

Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

87
janeiro/junho 2018

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

87

JANEIRO/JUNHO 2018



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

JUAN FRANCISCO CARPENTER

Procurador Geral do Estado

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 0102-8065

CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 – 10ª andar
CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7005
Home Page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Assessoria

Marilyn Diniz do Amaral Chavez, Emanuel Fonseca Lima e Sueine Patrícia Cunha de Souza

Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Américo Andrade Pinho, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Sérgio de Castro Abreu, Rafael Carvalho de Fassio, Juliana Campolina Rebelo Horta e Mariana Rosado Pântano

Revista

Coordenação editorial desta edição: Anna Candida Alves Pinto Serrano.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: 300 exemplares.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971-(semestral)

1971-2010 (1-72)
1998 (nº especial)
2003 (nº especial)

CDD-340.05
CDU-34(05)

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
TERCEIRIZAÇÃO E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: REFLEXOS DE UMA DISTINÇÃO	5
Lucas Pessoa Moreira	
O PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE E O ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA TRABALHISTA PARA ACESSO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	49
Paulo Henrique Procópio Florêncio, Renata Passos Pinho Martins e Rodrigo Trindade Castanheira Menicucci	
OS DESAFIOS JURÍDICOS PARA MIGRAÇÃO AO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE DE ENERGIA ELÉTRICA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: QUAIS SÃO E COMO SUPERÁ-LOS? ...	69
Lucas de Faria Rodrigues	
O CAPITAL EXTERNO NAS EMPRESAS ÁREAS BRASILEIRAS	97
Ismael Nedehf do Vale Corrêa	
PANORAMA SOBRE A AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO NAS AGÊNCIAS FEDERAIS	113
Jéssica Helena Rocha Vieira Couto	
POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE DANO MORAL COLETIVO EM MATÉRIA AMBIENTAL	127
Lígia Mara Marques da Silva Ribeiro	

MICROSSISTEMA DE TUTELA DA MORALIDADE
ADMINISTRATIVA E O NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONATÓRIO: A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE
ACORDO EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 171

Renata Lane

AS COMPRAS PÚBLICAS À LUZ DO REGIME JURÍDICO DA
CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO 187

Lucas de Faria Rodrigues

APRESENTAÇÃO

Convidado para apresentar esta edição da revista da PGE, reporto-me ao seu primeiro número, do ano de 1971, cujo texto de introdução e o estudo intitulado “Pedágio. Condições para sua cobrança” foram escritos pelo então secretário da Justiça Hely Lopes Meirelles e que contava, entre outras preciosidades, com um artigo do procurador do Estado Jose Afonso da Silva – “Coisa Julgada. Limites”.

Naquela apresentação, Hely Lopes prenunciou o êxito da revista, que hoje passa de 47 anos de existência, com 87 edições, e destacou a importância da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo:

“O serviço público é atividade vinculada ao Direito. Dele a Administração não prescinde, nem o realiza sem a normatividade da Lei. E a lei exige correta interpretação para sua fiel aplicação, no âmbito administrativo e judicial.

Bastam essas considerações para pôr em destaque a alta missão dos órgãos de defesa judicial do Estado e de assessoramento jurídico da Administração Pública, como é a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.”

Dessa importância institucional e do convívio pessoal com os colegas decorre a imensa alegria em voltar a me dirigir aos Procuradores do Estado e aos demais leitores da revista para apresentar a recente edição, que traz importantes artigos sobre temas desafiadores e contemporâneos que hoje provocam a advocacia pública e os pensadores do direito público: Terceirização; Acesso à Justiça; Avaliação de impacto regulatório; Contratação livre de energia elétrica; Dano moral coletivo e ambiental; Ciência, tecnologia e inovação e Acordos em ação de improbidade são alguns dos assuntos aqui tratados com especial competência pelos autores, todos procuradores do Estado de São Paulo.

A PGE SP tem em seus quadros advogados altamente capacitados e fornece à administração estadual profissionais preparados para o assessoramento jurídico e para solução de qualquer problema que envolva o direito público e as interações do espaço público com o privado.

A instituição que, claro, ainda tem muito no que avançar, há muito tempo é porto seguro na defesa do estado e na assessoria de seus gestores.

Nesse cenário, a revista da PGE se insere como instrumento de divulgação dos pensamentos e trabalhos dos advogados públicos e dos temas de interesse daqueles que atuam no estado de direito e pelo interesse público.

Esta é, muito honrosamente, minha primeira aparição numa revista da PGE. E a estreia foi logo para apresentá-la. Sentirei saudades desse momento e do prazer de ter servido ao Estado de São Paulo e à carreira de procuradores como procurador geral adjunto.

Pretensiosamente, citando o prefácio que Paulo Francis escreveu de Nova York para sua coletânea de artigos em 1978, espero que este texto e os que seguem na revista sejam lidos e sejam também queridos. E possam, como se pudessem, dizer... “é agradável e lisonjeiro saber que alguém me quer, ainda que não me chame de Baudelaire.”

O maior prazer da leitura é a possibilidade de se ter uma boa conversa íntima com gente inteligente. É o caso desta edição. Desejo a todos uma excelente leitura!

CAIO GUZZARDI

Procurador Geral do Estado Adjunto

TERCEIRIZAÇÃO E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: REFLEXOS DE UMA DISTINÇÃO

Lucas Pessoa Moreira¹

Resumo: Neste artigo, parte-se da análise da terceirização de serviços pela Administração Pública e dos contratos de gestão celebrados com entidades qualificadas como organizações sociais para, então analisar a relevância de suas distinções na responsabilidade do poder público pelas obrigações trabalhistas que lhe são decorrentes.

Palavras-chave: parcerias; terceirização; organizações sociais; legalidade; responsabilidade por obrigações trabalhistas.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Parceria da administração pública; 3 – Terceirização de Serviços; 4 – Terceirização na Administração Pública; 5 – Responsabilidade subsidiária da Administração Pública; 6 – Terceirização e organizações sociais; 7 – Terceiro setor e organizações sociais; 8 – Serviços prestados pelas organizações sociais; 9 – Natureza da relação firmada com as organizações sociais; 10 – Controle das organizações sociais; 11 – A gestão dos serviços pelas organizações sociais; 12 – A distinção também é considerada; 13 – Considerações finais; Referências Bibliográficas;

1. Introdução

A ausência de normatização no campo dos serviços terceirizados se deve a fatores políticos e sociais externos ao Direito. Ocorre que esta

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense. Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

omissão legislativa impacta diretamente a atividade de juristas, empregadores e trabalhadores, que devem, então, atuar em cenário de alta insegurança jurídica. Visando a suprir tal vazio legislativo o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal vêm estabelecendo balizas interpretativas sobre a matéria.

Pretende-se neste trabalho analisar, confrontar e questionar algumas dessas decisões, com apoio de doutrina autorizada, especialmente quanto às consequências jurisprudenciais da inserção no ordenamento brasileiro da figura do contrato de gestão com organizações sociais.

2. Parcerias da administração pública

Parceria é o vocábulo utilizado por DI PIETRO para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Ainda segundo a autora, a parceria pode ser utilizada como: (i) forma de *delegação* da execução de serviços públicos a particulares; (ii) meio de *fomento* à iniciativa privada de interesse público; (iii) forma de *cooperação* do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública; (iv) instrumento de *desburocratização*².

3. Terceirização de serviços

Instrumento principal das parcerias utilizadas como forma de cooperação do privado na execução de atividades próprias do público é a *terceirização*, que, no Direito do Trabalho, consiste basicamente em forma de contratação de força de trabalho sem o estabelecimento de relação jurídico-empregatícia direta com o trabalhador, podendo envolver tanto a produção de bens quanto a prestação de serviços, sendo que sobre esta centralizaremos as atenções deste trabalho.

A terceirização de serviços ocorre quando uma empresa em vez de executar os serviços diretamente com seus empregados, contrata outra empresa, para que esta os realize com o seu pessoal e sob a sua respon-

2 DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, p. 24.

sabilidade. Há três pessoas envolvidas na relação jurídica: *trabalhador*, *empresa prestadora de serviços* e *empresa tomadora de serviços*. A relação é triangular, portanto. O vínculo empregatício ocorre entre trabalhador e empresa prestadora de serviços, embora esse trabalhador preste serviços em outro local, qual seja, na empresa tomadora.

O desenvolvimento da terceirização promoveu profundas modificações nas clássicas relações de trabalho, tanto no âmbito privado quanto no público, pois o modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação essencialmente bilateral, expresso nos arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da CLT. Devido a tal choque com a estrutura teórica e normativa original do direito trabalhista a terceirização sofre restrições doutrinárias e jurisprudenciais, que tiveram o papel de traçar os contornos no instituto no direito brasileiro, ante a insuficiência de legislação específica sobre o tema.

Apenas nas últimas três décadas do segundo milênio a terceirização assumiu relevo nas relações trabalhistas. Posteriormente, portanto, à elaboração da CLT, de 1943, que faz menção a apenas duas figuras na qual existe a subcontratação de mão de obra: a empreitada e a sub empreitada. Tais situações inegavelmente podem ser enquadradas em hipóteses de terceirização, mas sua especificidade impediu que de seu regramento pudesse ser tomado como regra para as diferentes situações de intermediação de mão de obra de uma sociedade cada vez mais complexa.

Ao fim da década de 1960 é que a legislação passa a abordar adequadamente o fenômeno da terceirização como hoje o conhecemos. Tratando, entre outros temas, da contratação de serviços pela Administração Pública, em 25 de fevereiro de 1967 foi elaborado o Decreto-Lei nº 200, expedido no quadro da reforma administrativa intentada no âmbito das entidades estatais da União, que em seu Capítulo III, que trata da *descentralização*, determinou que:

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

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará

desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada para desempenhar os encargos de execução.”

Com objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina pública, a terceirização surge como um recurso de gestão fundamental em uma época em que se buscava a redução de custos aliada à eficiência e especialização. Sustentou-se que o Estado, ao terceirizar, acabaria reduzindo a burocracia estatal, podendo focalizar suas forças no desenvolvimento apenas das atividades em que é especializado, deixando as atividades secundárias nas mãos dos particulares.

O diploma era, de certo modo, uma indução legal à terceirização de “tarefas executivas” no âmbito da Administração Pública³, embora não se soubesse ao certo que tarefas seriam essas. Daí o advento da Lei nº 5.645/1970, que, no parágrafo único de seu artigo 3º, definiu quais seriam essas atividades ao dispor que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato”⁴. Trata-se de rol exemplificativo cuja extensão encontra limites na necessidade de que tais atividades digam a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio.

A legislação trabalhista não tardou, também, a regradar algumas das novas situações nas quais se verificava uma relação trabalhista de terceirização, através da Lei do Trabalho Temporário, Lei nº 6.019/1974, e, posteriormente, da Lei nº 7.102/1983, que autoriza a terceirização do trabalho de vigilância bancária em caráter permanente⁵.

Contudo, a incorporação cada vez mais ampla da terceirização da força de trabalho, como forma de dinamizar os serviços nas em-

3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 439

4 Tal dispositivo foi revogado pela Lei nº 9.527/97, que redefiniu as atividades possíveis de terceirização.

5 Importante notar que a hipótese legal da Lei nº 7.102/83 foi relativamente ampliada através da Lei nº 8.863, de 1994, que autoriza a terceirização permanente para a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga.

presas, tomou proporção superior às restritivas hipóteses permissivas contidas nos diplomas acima mencionados, a despeito da inexistência de texto legal prevendo o afastamento do modelo empregatício básico bilateral⁶.

Em esforço hermenêutico na busca da compreensão da natureza do processo de terceirização, e seus limites, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula de jurisprudência uniforme nº 256, de 1986, e, revendo-a, a nº 331, de dezembro de 1993. Com redação anterior à Constituição de 1988, a Súmula nº 256 previa:

“salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

Qualquer atividade de terceirização que não se enquadrasse nas exceções legais exaustivamente elencadas na redação da Súmula nº 256 do TST implicaria, automaticamente, o estabelecimento de uma relação de emprego direta entre o tomador dos serviços e o trabalhador, pois foi mantido como regra geral o clássico modelo empregatício bilateral constante da CLT. A orientação, fortemente limitativa, comprometia sua absorção pelos operadores jurídicos. Além disso, a partir da exigência de aprovação prévia em concurso público como requisito para a investidura em cargo ou emprego público, prevista na Constituição de 1988, não era mais possível a aplicação dos efeitos previstos na súmula em terceirizações efetuadas por entidades públicas.

Em fins de 1993, operou-se a revisão da Súmula nº 256, de 1986, através da Súmula nº 331 do TST. Ampliaram-se as hipóteses de terceirização, incluindo as atividades de conservação, limpeza e outras ligadas à atividade-meio do tomador do serviço. Adequaram-se os efeitos ao texto constitucional, ao ressaltar que a terceirização irregular não geraria vínculo direto com a Administração Pública⁷. Previu-se a

6 DELGADO, Mauricio Godinho. *Ob. Cit.* p. 438.

7 Importante observar, no ponto, o teor da Orientação Jurisprudencial 321 da SDI-I do TST: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos

responsabilização subsidiária por parte do tomador de serviços, em caso de inadimplemento do prestador dos serviços. Para CARRION, “a Súmula 256 do TST foi um freio à terceirização; a 331, um estímulo e uma concessão à realidade”⁸.

Em 2000, o inciso IV recebeu nova redação, através da Res. nº 96/2000, do TST, que esclarecia que a responsabilidade subsidiária ali prevista também abrangia a Administração Pública. Sua redação atual foi, contudo, estabelecida apenas após o julgamento da ADC nº 16, através da Res. nº 174/2011, que acrescentou os incisos V e VI, além de alterar o inciso IV, da Súmula nº 331, do TST, que determina:

“I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88.”

8 CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 289.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

As situações-tipo de terceirização lícita estão, assim, assentadas pelo texto da Súmula nº 331, TST. São elas, em suma: trabalho temporário regrado pela Lei nº 6.019/74; atividades de vigilância regidas pela Lei nº 7.102/83; atividades de conservação e limpeza; e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Salvo no caso do trabalho temporário, a terceirização somente poderá abranger a prestação de serviços relacionados à atividade-meio do tomador de serviços. GODINHO define *atividades-meio* como “as funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo”⁹. Há, também, a necessidade de que sejam serviços especializados. A razão de tal previsão, seguindo Abdala, “Foi para se coibir a terceirização generalizada e fraudulenta que, em primeiro lugar, se referiu a serviços especializados”. Prosseguindo, o autor define melhor o alcance da expressão: “Significa isso que a prestadora de serviços tem que ser empresa especializada naquele tipo de serviço; que tenha capacitação e organização para a realização do serviço a que se propõe”¹⁰. Deve, ainda, inexistir pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador e tomador de serviços, exceto no caso de trabalho temporário. A vedação à pessoalidade e subordinação direta ocorre, pois, quando se está realmente diante de um contrato de prestação de serviços o que interessa ao tomador é pura e simplesmente o resultado do trabalho e não quem, como e quando o executa¹¹.

Em caso de terceirização ilícita a Súmula nº 331 do TST prevê como efeito jurídico a formação do vínculo trabalhista diretamente entre trabalhador e tomador dos serviços. Incide o art. 9º da CLT, sendo nulo o contrato mantido pelo prestador com o trabalhador e reconhecido o vínculo

9 DELGADO, Mauricio Godinho. *Ob. Cit.* p. 452.

10 ABDALA, Vantuil. *Terceirização: normatização, questionamentos*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 17-25, out./dez. 2008.

11 *Idem, ibidem*.

empregatício entre este e o tomador, à luz dos arts. 2º e 3º, da CLT¹². Em tais casos, tomador de serviços e prestador de serviços serão solidariamente responsáveis pelo adimplemento dos direitos trabalhistas do trabalhador.

Sendo a Administração Pública a tomadora dos serviços, não se forma o vínculo direto com o trabalhador, divergindo a jurisprudência entre a aplicação do entendimento de que são devidos ao trabalhador o pagamento da contraprestação pactuada e os depósitos do FGTS, nos termos da Súmula nº 363 do TST¹³, ou a aplicação do raciocínio encontrado na OJ 383 da SDBI-1, do TST, que, buscando conferir um tratamento mais isonômico ao trabalhador, determina o pagamento das mesmas verbas devidas a empregado contratado pelo tomador de serviços em igualdade de funções¹⁴.

Em terceirizações lícitas, mantém-se intocada a relação triangular entre o trabalhador, a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora de serviços. Contudo, mesmo em tais casos, a Súmula nº 331 do TST determina que o tomador dos serviços poderá ser responsabilizado, subsidiariamente, a arcar com os direitos trabalhistas. Surge, então, a indagação de como é possível responsabilizar alguém que aparentemente respeitou a lei, já que a responsabilidade não se presume.

Respondendo à indagação, CASSAR considera que “a pedra de toque para responsabilizar os contratantes é o art. 9º da CLT, que considera praticado em fraude à lei todo ato que vise à impedir ou desvirtuar a aplicação dos direitos previstos na CLT”¹⁵. Com base em tal dispositivo,

12 A nulidade reconhecida não isenta de responsabilidade a empresa prestadora de serviços que concorreu com a fraude, pois, por força do art. 942 do Código Civil, responderá essa solidariamente pelas verbas contratuais devidas ao trabalhador.

13 Súmula 363 - A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

14 OJ 383 da SDBI-1 - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

15 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Niterói: Impetus, 2016. p. 510.

o empregador que deixa de adimplir os direitos trabalhistas de seu empregado comete ato ilícito, e o tomador dos serviços abusa do direito de terceirizar, pois deveria fiscalizar o cumprimento do contrato e escolher melhor as empresas intermediadoras de mão de obra. De acordo com o art. 187 do Código Civil, o abuso do direito equipara-se ao ato ilícito que é o fato gerador da responsabilidade civil. Assim, seguindo tal raciocínio, mesmo nos casos de terceirização regular o tomador dos serviços deve responder subsidiariamente.

4. Terceirização na Administração Pública

Embora a Constituição da República de 1988, em seu art. 37, inciso II, proíba a Administração Pública de contratar empregados sem a prévia aprovação em concurso público, não é vedado aos órgãos da Administração celebrarem contratos de prestação de serviços com empresas particulares. Assim, é constitucional a terceirização por entes públicos, de maneira que o já citado Decreto-lei no 200/1967 foi recepcionado pela Constituição de 1988, autorizando a Administração Pública Federal a recorrer, sempre que possível, à execução indireta de tarefas mediante contrato.

A Constituição trouxe, ainda, no inciso XXI do art. 37, fundamento para a contratação de serviços ao incluí-los, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação, embora DI PIETRO afirme que “É evidente que o intuito do legislador não foi o de inovar – pois tais contratos sempre foram celebrados –, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta”¹⁶. Tal determinação constitucional foi regradada, em 22 de julho de 1993, através da Lei nº 8.666, instituindo normas sobre licitações e contratos da Administração Pública.

De acordo com o art. 1º da Lei nº 8.666/1993, seu objeto é estabelecer normas gerais sobre, entre outras coisas, contratos administrativos pertinentes a serviços no âmbito da União, Estados e Municípios. Seu art. 6º, II, define serviços como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, fornecendo, como exemplo, os serviços de “demolição, conserto, instalação, montagem,

16 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Ob. Cit.* p. 225.

operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

A natureza das atividades que podem ser terceirizadas no âmbito dos órgãos e entes públicos federais é atualmente traçada, pelo Decreto nº 2.271/1997, editado substituição à revogada Lei nº 5.645/1970 para regulamentar o disposto no § 7º do art. 10 do DL nº 200/1967, que define em seu artigo 1º que “poderão ser objeto de execução indireta as tarefas acessórias, instrumentais e complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”, merecendo destaque o § 2º, do art. 1º, que estabelece que “Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”¹⁷.

Observa-se que o ordenamento jurídico pátrio cuidou em regram a atuação administrativa de maneira a possibilitar a contratação de serviços para execução indireta de determinadas atividades, buscando o maior foco do Estado no que parte da doutrina denomina de atividade-fim, de maneira a reduzir os custos das atividades do Estado evitar o inchaço da máquina pública. Assim, é ponto comum afirmar a possibilidade de a Administração Pública direta e indireta terceirizar serviços relacionados à sua atividade-meio. Em estudo do tema, SOUTO afirma:

“A regra é que, para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo e provido por um servidor selecionado através de concurso público. Só que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do poder público, notadamente, as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não exijam uso da força ou independência no controle podem (e muitas vezes devem) ser terceirizadas (sequer havendo necessidade de restabelecer o regime cele-

17 O Decreto nº 2.271/97 avançou, ainda, ao diferenciar a terceirização de serviços da intermediação de mão de obra, ao prescrever em seu art. 4º: “Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais permitam: (...) II – Caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra. (...) IV – Subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.”

tista para servidores públicos; basta que os cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, sejam reservados às funções típicas de Estado, liberando-se a terceirização para outras funções, que podem compreender diversas formas de parceria que não apenas o vincula celetista com o prestador do serviço).”¹⁸

5. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública

Na terceirização realizada por empresas privadas é praticamente unânime a responsabilização subsidiária da empresa tomadora dos serviços em caso de inadimplência da prestadora dos serviços quanto aos direitos de seus trabalhadores. Ocorre que, na terceirização em que a tomadora dos serviços faz parte da Administração Pública direta ou indireta, submetendo-se, para contratar serviços, ao regramento da Lei nº 8.666/1993, jurisprudência e doutrina divergem a respeito da interpretação adequada de seu artigo 71, §1º.

De início, tem-se que a Lei de Licitações cria no ordenamento jurídico brasileiro a figura da *irresponsabilidade administrativa* sobre os encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada, ante a redação do artigo 71, caput e § 1º:

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

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

Contudo, a jurisprudência da Justiça do Trabalho muitas vezes decidia existir a responsabilidade subsidiária por tais verbas, em decorrência do simples inadimplemento da empresa contratada prestadora do serviço. É o que consta no Enunciado Sumular nº 331 do TST, em sua primeira redação, que não distinguia a responsabilidade subsidiária de tomadores de serviço particulares ou públicos.

18 SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Desestatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001. p. 371.

Em sentido semelhante, a fim de fundamentar tal responsabilidade MARTINS leciona que “o não pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado mostra a inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços”, o que indicaria a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, pela escolha inadequada de empresa inidônea financeiramente e por não a fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhista¹⁹.

Outro fundamento, embora nem sempre explicitado, era a *responsabilidade objetiva* do Estado, estabelecida no art. 37, §6º da Constituição, conforme pode ser verificado no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR 297.751/96, em sessão de 11/09/2000, na qual o Tribunal Superior do Trabalho pacificou:

“Registre-se, finalmente, que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. Como ensina Hely Lopes Meirelles, em caso de dano resultante de obra, que, guardada a peculiaridade, mas perfeitamente aplicável à hipótese em exame, porque evidencia a natureza da responsabilidade sem culpa da Administração, “o só fato da obra causar danos aos particulares, por estes danos responde objetivamente a Administração que ordenou os serviços, mas, se tais danos resultam não da obra em si mesma, porém da má execução dos trabalhos pelo empreiteiro, a responsabilidade é originariamente do executor da obra, que, como particular, há de indenizar os lesados pela imperfeição de sua atividade profissional e, subsidiariamente, da Administração, como dona da obra que escolheu mal o empreiteiro” (Direito Administrativo - 16ª Edição RT. pág. 553 - 1991)”²⁰

19 MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 215

20 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso de Revista nº 297751-31.1996.5.04.5555. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroF%20formatado=RR%20-%20297751-%2031.1996.5.04.5555&base=acordao&numeroInt=83959&anoProcInt=1996&dataPublicacao=20/10/2000%2000:%2000:00&query>. Acesso em 26/06/2016.

Diante de reiteradas decisões responsabilizando subsidiariamente o poder público, no ano de 2007, o Governador do Distrito Federal ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8666/1993, no Supremo Tribunal Federal, pretendendo a obtenção de pronunciamento definitivo sobre o tema.

Arguiu-se, na ADC 16-DF, que a aplicação da Sumula nº 331 do TST negava vigência ao parágrafo 1º, do artigo 71, da Lei 8666/1993, eis que responsabiliza, subsidiariamente, a Administração Pública, Direta e Indireta, pelos aos débitos trabalhistas na contratação de qualquer serviço de terceiro especializado.

O ministro relator Cezar Peluso se manifestou no sentido do arquivamento da ação, à míngua de controvérsia, pois em seu entendimento, a edição da Súmula nº 331 não declararia a inconstitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993.

Divergindo do relator, a ministra Cármen Lúcia votou conhecimento da ação e julgamento pelo mérito, destacando a existência de inúmeros questionamentos das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e demais Tribunais Regionais do Trabalho, inclusive Reclamações Constitucionais junto ao Supremo.

A ministra cuidou em afastar essa responsabilização objetiva, com base no art. 37, §6º da Constituição da República. Nos seguintes termos:

“Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação do serviço público tenha como autor agente público. A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade. Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o ‘dano’ considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello considera ‘sujeitos que comprometem o Estado’ “os que tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido

pelo Estado como pertinente a si próprio” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 891). Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado. Entendimento diverso poderia levar à preocupação já externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em artigo intitulado “Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União ‘seguradora universal’?”, ao afirmar que “por mais que se faça um pretense juízo de equidade; constitui-se em abuso querer transformar o poder público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo “à brasileira”, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados”. Ao argumento de obediência ao princípio de responsabilidade de Estado – de natureza extracontratual – não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida.”²¹

Encerrou-se, então, o debate, com a conclusão de que a norma em discussão é constitucional, embora tal fato não pudesse impedir que a Justiça do Trabalho reconhecesse a responsabilidade da Administração com base em outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento pátrio.

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a *constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993*, de acordo com os fundamentos relatados na sua ementa:

“RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a Administração Pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, §

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 26/06/2016.

1º, da Lei federal nº. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº. 9.032, de 1995”

Assim, reputou-se constitucional o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sendo o antigo item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho considerado contrário à sua Súmula Vinculante nº 10 e ao art. 97 da Constituição (por haver afastado a aplicação daquele preceito legal com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente para tanto suscitado, nos termos e na forma dos arts. 480 a 482 do CPC), vedando-se, assim, que a Justiça do Trabalho atribuisse, de forma automática e absoluta, responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas por empresa contratada para prestar serviços em terceirizações lícitas e decorrentes de regular licitação.

O entendimento fixado culminou no provimento, pelo STF, a inúmeras reclamações contra decisões do TST e de TRTs, fundamentadas na Súmula nº 331 sem observar a cláusula da reserva de plenário ao desconsiderar o disposto na Lei nº 8.666/93, dentre elas as RCLs 7517²².

Tais fatos levaram o TST a alterar a redação de sua Súmula nº 331, que passou a tratar do tema da responsabilidade da Administração Pública de forma específica, no item V²³, exigindo a conduta

22 “EMENTA: PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. OCORRÊNCIA. AGRAVO PROVIDO.

I - Para que seja observada a cláusula de reserva de plenário, é necessário que o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal reúna-se com o fim específico de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

II - Embora tenha a atual redação do item IV do Enunciado 331 do TST resultado de votação unânime do pleno daquele Tribunal, o julgamento ocorreu em incidente de uniformização de jurisprudência.

III - Dessa forma, afastada a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem o procedimento próprio, restou violada a Súmula Vinculante 10.

IV - Agravo regimental provido, para julgar procedente a reclamação.”

23 Acrescentado na redação da Súmula nº 331 por meio da Res. nº 174/2011, o item V prevê que: “V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta

culposa do poder público no cumprimento de suas obrigações decorrentes da Lei nº 8.666, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora dos serviços como empregador, para que fosse responsabilizado subsidiariamente. Não poderia mais haver responsabilização em razão do simples inadimplemento da empresa prestadora dos serviços. A responsabilidade subsidiária deveria ser subjetiva.

Doutrina e jurisprudência majoritárias acolheram a interpretação do TST, que deslocou a questão da responsabilidade para o caso concreto, para o *contexto fático-probatório*, considerando-a compatível com a decisão do STF na ADC 16-DF. Ilustrativa a manifestação de VIANA, DELGADO e AMORIM:

“A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, caput), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de direitos fundamentais (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.”²⁴

Seria necessária a incidência da responsabilidade civil subjetiva de natureza extracontratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato ilícito, prevista nos arts. 186²⁵ e 927²⁶ do Código Civil, para que

culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

24 VIANA, Marcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização - Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques*. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011. p. 23. Disponível em: https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/22216/003_viana_delgado_amorim.pdf?sequence=4. Acesso em 26/06/2016.

25 “Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

26 “Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem,

se pudesse responsabilizar subsidiariamente o poder público. De acordo com PEREIRA:

“a essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. (...) Somente será gerador daquele efeito [ressarcitório] uma determinada conduta que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características”²⁷.

A verificação de culpa do agente é um dos requisitos essenciais à atribuição de responsabilidade civil subjetiva, sendo certo que no caso em questão, as principais modalidades de culpa hábeis a justificar a responsabilização são a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*, a partir da análise da observância, pelo poder público, de todos os procedimentos e requisitos previstos na Lei nº 8.666/93, quando da realização da licitação, e das normas legais relativas à fiscalização do contrato administrativo de prestação de serviços, especialmente no que tange ao pleno e tempestivo adimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador por ela contratado, no que se refere aos trabalhadores quem tomou serviços.

Adquire relevância a discussão sobre o ônus probatório da culpa do poder público. A fim de não ampliar demasiadamente o objeto do presente trabalho cumpre anotar a divergência entre correntes que pretendem a aplicação da Teoria Estática do Ônus da Prova, segundo o qual competiria ao autor comprovar seu direito, ou da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova, majoritária na doutrina e na jurisprudência trabalhistas²⁸, segundo o qual, ante a dificuldade de comprovação da culpa pelo

fica obrigado a repará-lo.”

27 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. Rio De Janeiro: GZ Editora, 2012.

28 Há divergência acerca do referido entendimento entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação nº 19.495/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, publicada em 4 de março de 2015, o relator deu provimento ao pleito, afastando a responsabilidade da Administração Pública, ao fundamento de que somente nos casos em que se lograr comprovar terem sido os atos administrativos praticados em desconformidade com a lei e aptos à interferir no direito pleiteado pelo trabalhador poderá o poder público ser responsabilizado, no limite de sua culpa, por verbas trabalhistas devidas a empregado contratado por empresa submetida a processo licitatório, o que não teria ocorrido no caso sob exame.

autor, competiria ao ente público comprovar que não incorreu em culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*.

Há, em que pese a ampla aceitação da tese acima exposta, quem defenda, com base na decisão do STF, a impossibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública. Sustenta-se que as afirmações, na votação da ADC 16-DF, de que a constitucionalidade do §1º do art. 71, da Lei de Licitações, não impediria a responsabilização subsidiária por outros fundamentos, não fariam parte do dispositivo da decisão. Este sim teria os efeitos decorrentes da declaração de constitucionalidade em controle concentrado abstrato.

Afirma-se, ainda, a inexistência de preceito legal que determine a fiscalização, pela Administração Pública, do cumprimento das obrigações trabalhistas das empresas contratadas. O princípio da legalidade impediria a exigência de qualquer comprovação que não a prevista em lei. A fiscalização prevista na Lei nº 8.666/93 visaria apenas assegurar a correta execução do contrato administrativo celebrado. O §2º do art. 71, da Lei nº 8.666/93 seria a única exceção à regra de não fiscalização das obrigações trabalhistas do contratado, ao prever o dever de fiscalização dos encargos previdenciários, com responsabilização solidária em caso de inadimplemento. Apenas com a edição da Lei nº 12.440/11 é que foi modificada a redação do inciso IV, do art. 27, da Lei de Licitações, passando a ser exigida a demonstração da regularidade trabalhista no momento da habilitação dos licitantes²⁹, que, assim como as demais regras fiscalizatórias e de habilitação previstas na Lei nº 8.666/93, teria por objetivo apenas assegurar a completa execução do contrato administrativo celebrado.

A solução oferecida pela nova redação da Súmula nº 331 não foi aceita pelas entidades públicas nacionais que, considerando que tal redação conflitava com o decidido na ADC 16-DF, continuaram a interpor um grande número de reclamações constitucionais discutindo a validade da condenação de entes públicos subsidiariamente. Diante de tais demandas o STF decidiu reconhecer a repercussão geral do tema, sobrestando os recursos com idêntica matéria, nos moldes do disposto no artigo 543-B

²⁹ Demonstração que passou a ser realizada através da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, prevista no art. 642-A, da CLT, após modificação também realizada pela Lei nº 12.440/11.

do CPC, dando origem ao Tema 246 da Lista de Repercussão Geral do STF, que trata sobre a Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Para a análise do tema, escolheu-se o Recurso Extraordinário nº 760.931/DF (em substituição ao RE nº 603.397), como processo paradigmático, de relatoria da Ministra Rosa Weber.

6. Terceirização e organizações sociais

Quando as parcerias do setor público e privado são utilizadas como meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, sua efetivação pode ocorrer mediante *contrato de gestão* celebrado com entidades qualificadas como organizações sociais³⁰.

Contudo, tais parcerias geram situações em que pessoas jurídicas de direito privado recebem subsídios públicos para a prestação de serviços que também são prestados pelo poder público, causando a impressão de ser adequado seu tratamento como terceirização de serviços. Partindo das similaridades existentes, VIOLIN afirma não ser possível o poder público firmar contrato de gestão com organizações sociais para repassar atividades-fim do Estado, por considerar que:

“Não há sentido que se entenda que não pode a Administração Pública terceirizar atividades-fim do Estado para a iniciativa privada, por meio de contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, por se considerar esta prática como burla ao concurso público, e permitir a terceirização de atividades-fim para entidades do “terceiro setor” por meio de convênios, contratos de gestão com organizações sociais e termos de parceria com OSCIPs.³¹”

O autor chega a tal conclusão após discorrer sobre dispositivos constitucionais que obrigam uma atuação direta do Estado na ordem social, e, após estudo da terceirização trabalhista, afirmar que qualquer

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. Cit.* p. 24.

31 VIOLIN, Tarso Cabral. *Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-12-DEZEMBRO-2007-TARSO%20CABRAL.pdf>. p. 10 e 11. Acesso em 25/06/2016.

repassa de atuação do Estado para o terceiro setor é possível apenas em relação às suas atividades-meio³².

Outras situações, nas quais os intérpretes se orientam pelas aparentes semelhanças entre as formas de parceria, surgem em reclamações trabalhistas em face de Organizações Sociais em que o poder público é demandado subsidiariamente. O Tribunal Superior do Trabalho frequentemente julga os Recursos de Revista das entidades públicas como situações de terceirização de serviços, na forma de sua Súmula nº 331, sem tratar de maneira específica a relação especial existente entre as partes. A situação ocorre, por exemplo, no seguinte julgado da 3ª Turma do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93 EXPLICITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. No caso concreto, o TRT a quo manteve a condenação subsidiária delineando, de forma expressa, a culpa in vigilando da entidade estatal. Ainda que a Instância Ordinária mencione fundamentos não acolhidos pela decisão do STF na ADC nº 16-DF (tais como responsabilidade objetiva ou culpa in eligendo), o fato é que, manifestamente, afirmou no decisum que houve culpa in vigilando da entidade estatal quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços terceirizados. A configuração da culpa **in vigilando**, caso afirmada pela Instância Ordinária (como ocorreu nos

32 *Idem, Ibidem*, p. 10.

presentes autos), autoriza a incidência da responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços (arts. 58 e 67, Lei 8.666/93; arts. 186 e 944 do Código Civil). Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstituiu os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 609-58.2012.5.23.0046 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 27/08/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/08/2014)

Como se vê, determinou-se a responsabilização subsidiária à entidade estatal, embora uma análise do inteiro teor da decisão permita verificar que o trabalhador havia laborado no Hospital Regional de Alta Floresta, que era gerido pelo Instituto Social Fibra, qualificado como Organização Social, em razão de contrato de gestão celebrado com a Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Mato Grosso.

Por ser comum a utilização do regramento da terceirização, especialmente através da Súmula nº 331, para, com base em tais parâmetros, analisar a juridicidade da relação do Estado com entidades qualificadas como Organizações Sociais, pretende-se distinguir tais parcerias, a fim de compreender suas especificidades.

7. Terceiro setor e organizações sociais

As Organizações Sociais fazem parte do denominado *Terceiro Setor*, que se refere às entidades da administração civil sem fins lucrativos que desempenham atividades de interesse social mediante vínculo formal de parceria com o Estado³³. ROCHA afirma que no Brasil, o crescimento do Terceiro Setor resulta do incentivo dado pela Reforma do Estado à atividade administrativa de fomento, em decorrência da redescoberta do princípio da subsidiariedade e da suposta crise do Estado enquanto prestador eficiente de serviços públicos³⁴.

33 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. São Paulo: Método, 2015. p. 335.

34 ROCHA. Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006. pag. 16

O princípio da subsidiariedade foi concebido para proteger a esfera de autonomia dos indivíduos e da coletividade contra toda intervenção pública injustificada, assumindo relevância na fundamentação de uma nova concepção de Estado subsidiário, que restringe o atuar do setor público ao incentivo e fomento da ação coletiva individual e coletiva ou às situações nas quais a sociedade se mostra incapaz de satisfazer seus próprios interesses, em contraposição ao Estado de Bem-Estar Social³⁵.

Assume destaque, então, a atividade de fomento público, definido por MOREIRA NETO como:

“a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas ou privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade”³⁶.

A intenção de transformar a administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria, para uma *administração pública gerencial*, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão³⁷, fica evidente no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. O plano aloca as funções do estado em quatro grupos: (i) núcleo estratégico; (ii) atividades exclusivas; (iii) serviços não exclusivos; (iv) produção de bens e serviços para o mercado. DI PIETRO relaciona o grupo dos *serviços não exclusivos*, em que o Estado atua concomitante a outras organizações públicas não estatais e privadas, com os *serviços sociais do Estado*³⁸, que atendem a necessidades coletivas em áreas em que a atuação do Estado é essencial e convivem com a iniciativa privada³⁹.

Sobre a forma de gestão dos serviços não exclusivos, BRESSER PEREIRA afirma a existência de três possibilidades: 1 - podem ficar sob o

35 *Idem, Ibidem*, p. 17 a 19.

36 *Apud*. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Ob. cit.* p. 26.

37 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* p. 33.

38 Considerando a tradicional divisão das atividades administrativas a cargo do Estado em: serviços administrativos; serviços comerciais e industriais; serviços sociais do Estado.

39 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* p. 34 e 35.

controle do Estado; 2 - podem ser privatizados; 3 - podem ser financiados ou subsidiados pelo Estado, mas controlado pela sociedade. Em seguida, posiciona-se a favor da terceira opção, por ser mais compatível com a administração gerencial. Afirma, ainda, que:

“Aqui, o Estado não é visto como produtor – como prega o burocratismo – nem como simples regulador que garanta os contratos e o direito de propriedade – como reza o ‘credo’ neoliberal – mas, além disso, como ‘financiador’ (ou subsidiador) dos serviços não exclusivos. O subsídio pode ser dado diretamente à organização pública não estatal, mediante dotação orçamentária – no Brasil estamos chamando este tipo de instituição de ‘organizações sociais’”⁴⁰.

Essa foi a opção adotada na Reforma Administrativa, conforme pode ser extraído dos Cadernos do então Ministério da Administração e Reforma do Estado:

“Por meio de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal, o denominado terceiro setor, a produção de serviços competitivos e não exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. Desse modo, o Estado abandona o papel de executor ou prestador de serviços, mantendo-se, entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais, como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-lo, buscando ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade.”⁴¹

Nessa linha reformista proliferaram-se em nossa legislação diversos instrumentos jurídicos de emparceiramento entre a administração e as organizações da sociedade civil, não lucrativas, que exercem atividades de interesse público, dentre os quais assumem relevo para o objeto deste trabalho as parcerias com tais entidades, qualificação como organizações

40 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Estratégia e estrutura para o novo Estado*. Revista de Serviço Público. Ano 48, n 1, jan/abr. 1997, p. 19.

41 BRASIL, *Cadernos MARE de reforma do Estado – organizações sociais*, v.2, p.9

sociais, por meio da Lei nº 9.637⁴², de 15 de maio de 1998. A lei prevê que pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde⁴³, com participação de representantes do poder público e de membros da comunidade com notória capacidade profissional e idoneidade moral em seu conselho de administração, que atendam aos demais requisitos previstos na lei, poderão ser *qualificadas como organizações sociais*. Tal qualificação não é, contudo, uma estrutura jurídica inovadora, mas sim uma qualidade especial adquirida facultativamente, conferida pelo poder público.

MODESTO afirma que, em um sentido abrangente as Organizações Sociais “representam uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos (perspectiva ex parte princeps) ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa (perspectiva ex parte populi)”⁴⁴.

O instrumento firmado entre a Administração Pública e a entidade qualificada como Organização Social é denominado *contrato de gestão*⁴⁵, celebrado com vistas à formação de parceria para fomento e execução de atividades de interesse público. Por seu meio são fixadas as metas a serem cumpridas pela entidade e, em troca, é nele que são previstas as formas de fomento à entidade, seja cedendo bens públicos, seja cedendo servidores públicos, seja transferindo recursos orçamentários.

8. Serviços prestados pelas organizações sociais

42 A Lei nº 9.637/1998, além de dispor sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, cria o Programa Nacional de Publicização.

43 O Estado de São Paulo, inicialmente, restringiu o modelo de organização social às áreas de saúde e educação, mas, em 2014, expandiu o seu uso para um número maior de setores como: esporte, atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, ao atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes; à proteção e conservação do meio ambiente e à promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento (art. 1º da Lei Complementar Estadual nº 846, de 05.06.98).

44 MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997. p. 201

45 A figura do Contrato de Gestão é prevista em duas situações, com fundamentos e características diversos: os celebrados entre entidades da própria administração e os celebrados entre a administração e entidades não-estatais.

A possibilidade de parceria existente entre poder público e entidades qualificadas como organizações sociais para a prestação dos serviços sociais do Estado serviços prestados não deve, conforme já indicado, se pautar na distinção atividade-meio/atividade-fim, utilizados na determinação se uma terceirização de serviços realizada pela Administração Pública é lícita, pois seus fundamentos são distintos.

A Constituição da República, de 1988, prevê diferentes formas de participação da sociedade na gestão da coisa pública. No que se refere aos serviços não exclusivos do Estado, que se identificam sobremaneira com os chamados serviços públicos sociais, diversos dispositivos alicerçam a celebração de parcerias para que sejam prestados mais eficientemente⁴⁶.

Um primeiro fundamento consta no inciso II do artigo 74 da Constituição Federal que trata do controle interno que deve ser mantido pela administração, sendo dever dos poderes “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, (...) da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”, que ocorre no seio das parcerias celebradas entre entidades do terceiro setor e o Estado.

O texto constitucional prevê, ainda, a possibilidade de colaboração entre o Estado e particulares para o seu oferecimento dos serviços previstos no art. 1º, da Lei Federal nº 9.637/1998. No campo da *saúde*, o art. 197, dispõe que a saúde pública deve ser executada diretamente pelo Estado ou através de terceiros. O art. 198 dispõe que uma das premissas do Serviço Único de Saúde - SUS é a participação da comunidade na sua organização. Cristalino, também, o art. 199, § 1º, ao prever que “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Ainda, o art. 226, § 1º, estabelece que o “Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais”. No campo da *educação*, o art. 205 expressamente in-

46 LINS, Bernardo Wildi. *As parcerias do Estado com as organizações sociais: uma análise sob a perspectiva constitucional*. p. 278 a 283. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/132971/333429.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 24/06/2016.

dica que o mesmo é dever do Estado e da família, sendo “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. Mais preciso, o art. 213, determina que os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação, dentre outras. Ainda, no campo da *cultura*, o art. 216, § 1º, estabelece que o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro. No que se refere ao *meio ambiente*, o art. 225 impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a geração presente e para as futuras. Por fim, o art. 218 dispõe que o Estado, além de promover, incentivará o *desenvolvimento científico*, a *pesquisa* e a *capacitação tecnológicas*, enquanto o art. 219 define que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Não há, portanto, impedimento constitucional à assunção por particulares atividades de interesse social em colaboração com a Administração Pública. A cooperação é lícita e até mesmo estimulada pela Constituição, desde que cumpridos requisitos de salvaguarda do interesse público, mais intensos e onerosos quanto mais ampla for a transferência de encargos e recursos.

JUSTEN FILHO⁴⁷ e ARAGÃO⁴⁸ afirmam que tais setores são denominados de serviços públicos sociais e se submetem, quanto à titularidade, por força de dispositivos constitucionais ao regime jurídico dos serviços públicos compartilhados ou serviços públicos não privativos ou não exclusivos, podendo tanto o poder público quanto a iniciativa privada exercê-los por direito próprio tendo em vista que ambos possuem titularidade.

Para MODESTO, essa forma de atuação direta de particulares ou entes privados na gestão direta de serviços ofertados ao público, alguns

47 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010. p. 711.

48 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007. p. 181.

até prestados concomitantemente pelo Estado, não deve levar a confundir duas situações jurídicas completamente distintas: a dos serviços privados de interesse público e a dos serviços públicos⁴⁹. Não bastaria prestar serviços ao público, inclusive sem objetivo de lucro, para ingressar na categoria jurídica de serviço público, pois não podem ser nomeadas de serviço público atividades desempenhadas por particulares ou por pessoas de direito privado, ainda quando afetem relevantes interesses coletivos, se não foram reservadas pela Constituição da República ou por leis ordinárias ao Estado ou aos seus delegados. Assim, as atividades prestadas pelas organizações sociais, não se sujeitariam ao regime do serviço público, mas ao regime típico das pessoas privadas, o que muitas vezes lhes confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais⁵⁰.

No ponto, deve ser estudada a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-DF*, proposta pelo PT e pelo PDT em 1998, questionando a constitucionalidade da Lei n.º 9.637/1998, em sua integralidade. Seus principais fundamentos são os mesmos mencionados por parte da doutrina: privatização de serviços públicos e fuga do regime jurídico administrativo.

Em sua decisão, o Tribunal considerou válida a prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o Poder Público, desde que a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais previstos no caput art. 37 da Constituição Federal de forma a permitir o acesso a todos os interessados. Afirmou serem os setores de cultura, desporto, lazer, ciência, tecnologia e meio ambiente atividades-deveres do Estado e também da sociedade. Seriam os chamados serviços públicos sociais, de natureza não exclusiva e não privativos, em que a titularidade poder ser compartilhada pelo poder público e pela iniciativa privada. A Constituição admite essa coparticipação particular. Há, hoje, no novo modelo gerencial da Administração Pública, uma

49 MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997. p. 211.

50 *idem*

flexibilização das atividades que não seriam exclusivas do Estado. O programa de publicização permite ao Estado compartilhar com a comunidade, as empresas e o terceiro setor a responsabilidade pela prestação de serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que são “deveres do Estado e da Sociedade” e “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo Poder Público, de forma que não incide o art. 175, “caput”, da Constituição⁵¹. Tais atividades têm natureza de serviços públicos quando exercidas pelo Poder Público e também quando prestados pelo particular por direito próprio, não havendo que se falar na alteração do perfil material da atividade apenas pela mudança do seu executor⁵².

Afirmou-se, ainda, que a atuação do poder público no domínio econômico e social poderia ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, quando disponibilizasse utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou quando fizesse uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executassem atividades de interesses públicos por meio da regulação, com coercitividade, ou do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. A Lei nº 9.637/1998 não delega serviços públicos, mas institui um sistema de fomento para que as atividades relacionadas em seu art. 1º sejam desempenhadas por particulares por meio de colaboração público-privada. O fomento público é posto em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabiliza o direcionamento, pelo poder público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, pela inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que se configure renúncia a dever de atuação. Cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que o resultado constitucionalmente fixado seja alcançado. Daí porque decidiu-se não haver inconstitucionalidade

51 Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

52 ADI nº 1.266. Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06.04.2005, DJ 23.09.2005. Disponível em << <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1613347>>>. Acesso em 01 jul. 2015.

na opção, manifestada pela lei questionada, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

A partir da decisão analisada verifica-se que o Supremo Tribunal Federal utilizou de critérios distintos do atividades fim/meio, utilizado na caracterização da terceirização ilícita/lícito, ao julgar a constitucionalidade da prestação dos serviços mencionados no art. 1º da Lei nº 9.637/1998 por entidades privadas qualificadas como organizações sociais.

Em que pese tais serviços sejam “fins” do poder público, não se tratam de serviços públicos exclusivos, ou seja, são passíveis de serem prestados tanto pelo Estado quanto pela sociedade civil organizada, desde que o serviço desenvolvido em razão do contrato de gestão celebrado observe seu regramento específico, especialmente a Lei nº 9.637/1998. Por tal razão não prosperou o argumento de que haveria burla ao regime estatutário quando o poder público optou por fomentar, ao invés de prestar diretamente, de maneira que restou decidido que os empregados das entidades qualificadas como organizações sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei, mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente, sem que seja obrigatória a realização de concurso público no processo seletivo.

A contrario sensu, deve ser afastada qualquer afirmação que encontre uma autorização constitucional para terceirização de mão de obra de atividade-fim na constitucionalidade da formação de parceria entre o poder público e a entidade privada para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º, d a Lei nº 9.637/1998. O regramento sobre as hipóteses de terceirização lícita pelo poder público continua inalterado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em decisão recentíssima, o TST teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, no RR - 917-24.2010.5.09.0024⁵³, em ação civil

53 AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. SAÚDE PÚBLICA. CONVÊNIO/PARceria DO MUNICÍPIO COM ENTIDADES PRIVADAS. LEGALIDADE. PROVIMENTO. Diante de provável divergência jurisprudencial, deve ser processado o recurso de revista para melhor exame. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014.

pública que questionava se a celebração de convênios e parcerias com terceiros (entidades privadas, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público), por entes federativos, para prestação de serviços na área de saúde, resultaria em terceirização ilícita. Rejeitou-se a pretensão do MPT, sendo considerada legítima a prestação de tais serviços por entidades do terceiro setor, ante a análise do regramento constitucional e legal sobre o tema. Assim, rejeitando os argumentos que pretendiam inviabilizar o modelo de parceria realizado com base nos critérios utilizados na avaliação de terceirizações, foi decidido que:

“uma vez registrado no v. acórdão regional que o município comprovou a celebração de convênios com pessoas jurídicas de direito privado para a prestação de serviços públicos de saúde; que o Ministério Público do Trabalho não comprovou nenhuma irregularidade nessa contratação, nem a perícia constatou irregularidades na origem dos recursos utilizados para o pagamento das empresas prestadoras de serviços médicos e dos servidores públicos municipais, não há como se declarar a ilicitude pleiteada.”

9. Natureza da relação firmada com as organizações sociais

A natureza da relação firmada mediante contrato de gestão celebrado entre o poder público e a entidade qualificada como organização

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. SAÚDE PÚBLICA. CONVÊNIO/PARceria DO MUNICÍPIO COM ENTIDADES PRIVADAS. LEGALIDADE. Os artigos 197 e 199 da Constituição Federal e 17 da Lei nº 8.080/90 legitimam a celebração de convênios e parcerias com terceiros (entidades privadas, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público), por entes federativos, para a prestação de serviços na área de saúde. Assim, delimitado pelo eg. Tribunal Regional que não houve comprovação de nenhuma irregularidade na contratação dos trabalhadores por meio dos contratos e convênios, nem pela perícia, que “apontou a origem dos recursos utilizados para o pagamento das empresas prestadoras de serviços médicos e dos servidores públicos municipais que atuam na área de saúde”, não há como se acolher a pretensão do Ministério Público do Trabalho para que o município se abstenha de contratar trabalhadores, por meio de “terceiros”, para a prestação de serviços públicos de saúde. Esta Corte já se manifestou sobre a legalidade dos convênios firmados com entidades privadas para a prestação de serviços ligados à saúde, ressaltando apenas a responsabilidade subsidiária do ente público quando evidenciada sua culpa in vigilando decorrente da ausência da fiscalização das obrigações por parte da empresa contratada. Recurso de revista conhecido e desprovido. (RR - 917-24.2010.5.09.0024 , Relator Desembargador Convocado: Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Data de Julgamento: 22/06/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2016)

social também deve ser diferenciada da relação na terceirização de serviços, a fim de distinguir as responsabilidades das figuras envolvidas em relação aos direitos dos trabalhadores contratados.

Embora na terceirização de serviços não haja dúvida a respeito da natureza contratual do pacto celebrado, a natureza jurídica dos contratos de gestão é assunto sobre o qual há pouca concordância na doutrina pátria. A própria Lei n.º 9.637/98 contribui para a confusão, pois, a despeito da denominação de contrato, o art. 5º, em sua redação, trata a relação entre o poder público e as entidades privadas como uma forma de parceria entre as partes, visando ao fomento de atividades de interesse público. Assim, há doutrina no sentido de que os contratos de gestão constituem contratos administrativos comuns, de que são uma espécie de convênio, e, ainda, de que não se identificam completamente com os contratos administrativos comuns ou com os convênios, devendo ser adotadas classificações próprias sobre o tema.

Contrato e convênio são ambos acordos de vontades, distinguindo-se basicamente pela natureza dos interesses de ambas as partes. No contrato, os interesses são de regra antagônicos ou contraditórios; no convênio, os interesses são comuns ou convergentes.

BANDEIRA DE MELLO⁵⁴ considera que os contratos de gestão nada mais são, pura e simplesmente, que *contratos* administrativos, dado que encartariam um relacionamento de natureza contratual entre o poder público e um particular. No mesmo sentido, VIOLIN⁵⁵ lhes atribui a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, pois encartariam interesses contraditórios: a administração pretende que os serviços sejam realizados, e a entidade, receber a remuneração.

De outro lado, adotando o entendimento majoritário no tema, JUSTEN FILHO é categórico ao afirmar que o contrato de gestão não tem natureza sinalagmática, pois não incumbe ao particular realizar qualquer prestação em favor da administração. Assim, o autor aduz que o

54 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 240

55 VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

contrato de gestão se assimilaria mais à figura do *convênio*, por entender que as partes nele envolvidas não possuem interesses contrapostos:

“Não se trata de submeter parcialmente o interesse próprio a um sacrifício para obter benefícios egoísticos ou vantagens consistentes na redução do patrimônio alheio. Trata-se, muito mais de contratos organizacionais ou associativos, pelos quais diversos sujeitos estruturam deveres e direitos em face de interesses comuns”.⁵⁶

MODESTO⁵⁷ e CARVALHO FILHO⁵⁸ também entendem que os contratos de gestão seriam convênios, por não haver contraposição de interesses. No mesmo sentido, DI PIETRO, afirma tratar-se de “acordo de vontades em que os partícipes objetivam a um fim de interesse comum; cada qual colabora de uma forma, podendo ser por meio de recursos humanos, materiais, financeiros, know how”⁵⁹.

Por fim, discordando dos entendimentos expostos, MOREIRA NETO considera os contratos de gestão uma espécie de acordo não contratual, ou, um tipo de *ato complexo*, que reuniria os instrumentos de cooperação, firmados entre entes estatais, e de colaboração, celebrados entre o Estado e entidades não estatais⁶⁰.

Diante da controvérsia exposta adquire relevância a posição do Supremo Tribunal Federal que, ainda, na ADI nº 1.923-DF se afirmou que o contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e

56 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 39

57 MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997. p. 212 e 213.

58 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 364.

59 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob.cit.* 293 e 294.

60 LINS, Bernardo Wildi. *As parcerias do Estado com as organizações sociais: uma análise sob a perspectiva constitucional*. p. 206. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/132971/333429.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 24/06/2016.

lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se considerou que não se aplicaria o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que determina a realização de licitação para contratações públicas.

Uma vez expostos que o entendimento majoritário da doutrina e do STF, no qual o contrato de gestão é espécie de convênio, decorre que, diferente da terceirização de serviços, na parceria do poder público com as organizações sociais nem sequer deve ser plenamente observada a Lei nº 8.666/1993.

A natureza jurídica e o regramento legal distintos justificam, portanto, o tratamento diferenciado da responsabilização subsidiária em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas da organização social, não devendo ser aplicado indiscriminadamente o entendimento consolidado pelo TST, na Súmula nº 331, e STF, na ADC nº 16.

A respeito de relações de trabalho decorrentes de convênios entre empresa privada e entidades estatais deve ser exposta a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho consolidada na Orientação Jurisprudencial nº 185, da SDI-I, publicada em 20/04/2005:

“CONTRATO DE TRABALHO COM A ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MESTRES - APM. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA DO ESTADO (inserido dispositivo) - DJ 20.04.2005. O Estado Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador.”

O entendimento de inexistência de responsabilidade subsidiária das entidades federativas com as APMs foi aplicado analogicamente a outras hipóteses de convênios. Entre outros:

RECURSO DE REVISTA – MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO – CONVÊNIO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – NÃO CONFIGURAÇÃO. O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a

incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07)

Contudo, mais recentemente tem sido comum a responsabilização subsidiária do poder público por obrigações trabalhistas devidas pelas entidades privadas com quem celebrou convênio, em razão da insuficiência de fiscalização, conforme pode ser observado nos seguintes precedentes: TST-E-RR-160400-35.2005.5.08.0011, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, SBDI-I, DJU de 09/10/2009 e TST-E-RR-132900-82.2005.5.08.0014, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candioti da Rosa, SBDI-I, DJU de 12/09/2008. O entendimento aplicado pode ser compreendido a partir do seguinte julgado, recentemente prolatado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. CONVÊNIO. A jurisprudência desta Corte é a de que cabe a responsabilização subsidiária dos entes públicos quanto aos convênios por eles celebrados. O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com os artigos 186 e 927 do Código Civil, que preveem a culpa in vigilando. Ademais, os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a sua empregada as verbas trabalhistas que lhe eram devidas. Saliente-se que essa conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC nº 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas da definição do alcance das normas inscritas nessa Lei, com base na interpretação sistemática. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR - 20223-54.2013.5.04.0010 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 15/06/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016)

10. Controle das organizações sociais

Conforme destacado pelos ministros do STF na ADI nº 1.923-DF, na atuação pelas organizações sociais o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de *controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado*⁶¹.

Com o foco, portanto, no controle por resultados, a legislação prevê mecanismos específicos destinados ao controle das organizações sociais, dentre os quais destacam-se o controle interno, efetuado no interior da própria entidade, especialmente por seu Conselho de Administração, o controle pelo Poder Executivo, através do órgão ou entidade supervisora da área, o pelos Tribunais de Contas, especialmente em razão da interpretação conforme pelo STF na ADI nº 1.923-DF, e, por fim, o controle social.

Verifica-se que a Lei nº 9.637/1998 prevê uma fiscalização diferenciada, ante os objetivos que a guiam e as características especiais da atuação das entidades submetidas ao seu regramento.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho, adotando entendimento já mencionado com relação aos convênios em geral⁶², opta por atribuir responsabilidade subsidiária às organizações sociais por ausência de fiscalização, sem que haja uma diferenciação entre a fiscalização específica de tal relação. A comprovação de fiscalização é examinada a partir do regramento da Lei nº 8.666/1993, como em casos de terceirização de serviços, como no seguinte caso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONVÊNIO

61 Controle este, idealizado pela Reforma do Estado, que surgiu em contraposição ao controle por processos, típico da Administração Pública Burocrática.

62 Embora haja, também, jurisprudência do TST no sentido de diferenciar a responsabilidade subsidiária do Estado em decorrência de convênios, genericamente, e Contratos de Gestão, excluindo-a no último caso, em razão de sua especificidade. É o caso do RR - 1268-25.2012.5.01.0064, em que constou: “Dessa forma, constata-se que o contrato de gestão não se confunde com um simples convênio, que tem por objeto a terceirização de serviços, razão pela qual resta inviável a responsabilização subsidiária do ora recorrente, fundamentada na Súmula 331 do TST”.

COM ENTIDADE PRIVADA. SÚMULA Nº 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO 1. O regime de parceria pactuado com pessoa jurídica de direito privado, quer seja sob o regime de “contrato de gestão” (Lei nº 9.637/98), quer seja sob o regime de “gestão por colaboração” (Lei nº 9.790/99), qualifica-se como convênio administrativo em virtude da comunhão de interesses e da mútua cooperação entre os pactuantes para realização de serviços de interesse social e utilidade pública. 2. Em tais modalidades de contratação, o ente público atua como verdadeiro tomador de mão de obra, mediante contratação de pessoa jurídica interposta, razão por que responde subsidiariamente quando resultar comprovado que este não cumpriu ou falhou em cumprir as obrigações previstas na Lei nº 8.666/93, aplicáveis ao convênio por força do disposto no art. 116 desse diploma legal. 3. Se o TRT de origem, com base em aspectos fáticos constantes dos autos, conclui que o ente público não fiscalizou o cumprimento da legislação trabalhista pela entidade conveniada, é legítima a condenação subsidiária imposta à Administração Pública. 4. Agravo de instrumento do Município de Santo André de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR - 1289-97.2013.5.02.0432, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 24/06/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015)

De fato, a possibilidade de responsabilização subsidiária em razão de culpa, subjetivamente auferida, não possui fundamento diverso da ocorrida na terceirização de serviços. Contudo, é de se espantar que a forma de controle da atividade do parceiro privado não repercuta na avaliação da existência, ou não, da culpa. Controles diversos devem necessariamente gerar avaliações diversas com relação à suficiência e regularidade de tais controles, especialmente considerando que o poder público está adstrito a fiscalizar na exata medida do determinado pelo ordenamento, e, que no caso, as normas que regulam tal fiscalização não são as mesmas.

11. A gestão dos serviços pelas organizações sociais

RAMOS explica que há três níveis de gestão dos serviços públicos: (i) a gestão estratégica, que corresponde aos aspectos relacionados à direção dos serviços, à concepção superior da sua prestação e à definição dos seus objetivos; (ii) a *gestão operacional*, que abrange as tarefas ordinárias de

otimização dos serviços, assim como as questões do dia a dia, tais como a logística de operação, a solução de conflitos e urgências; (iii) a execução material do serviço, que corresponde à prestação direta da atividade de serviço público. Segundo a autora, o mais elevado estágio da gestão pública é indelegável, sempre devendo ficar a cargo do poder público. A gestão operacional, por sua vez, é passível de transferência ao particular, o que ocorre nas parcerias firmadas com entidades do terceiro setor. A transferência para o particular somente do terceiro estágio de responsabilidades de gestão corresponde à terceirização da execução direta do serviço público⁶³.

Fica claro que, nas hipóteses em que o Estado, por meio do contrato de gestão, compartilha a gestão de determinado órgão ou serviço público com uma organização social, transfere-lhe somente a responsabilidade pela gestão operacional e a execução material daqueles serviços, mantendo consigo a responsabilidade pela sua gestão estratégica.

Analisado o tema sob este ponto de vista, a parceria do poder público com as organizações sociais se assemelham muito mais com as parcerias como forma de delegação, como as concessões de serviços públicos, do que com terceirizações de serviços, já que em ambos os casos o parceiro privado é que realiza a gestão operacional e a execução material dos serviços.

Certamente o nível de gestão do serviço apresenta reflexos na natureza da relação empregatícia que toma lugar no desempenho das atividades da entidade, tanto é ilegal a contratação de serviços terceirizados para a realização de serviços não especializados. Assim, deve ser analisada, também, a posição do TST com relação à responsabilização subsidiária do Estado por obrigações trabalhistas de concessionárias. Prevê, sobre o tema, a Orientação Jurisprudencial Transitória nº 66 da SBDI-1:

“SPTRANS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008)
A atividade da São Paulo Transportes S/A – SPTrans de gerenciamento e fiscalização dos serviços prestados pelas concessionárias de transporte público, atividade descentralizada da Administração Pública, não se

63 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001. p. 171 e segs.

confunde com a terceirização de mão de obra, não se configurando a responsabilidade subsidiária.”

Dos precedentes indicados na formação da Orientação Jurisprudencial podem ser retirados os fundamentos do entendimento, conforme trecho retirado do ERR RR 10403/2002-902-02-00.2:

“Primeiramente, não se há falar em responsabilidade subsidiária em face da culpa in eligendo e in vigilando. In casu, trata-se de empregado de empresa concessionária para exploração de linhas de transporte público, contratado mediante a modalidade de contratação por licitação pública, denominada concessão. Conforme assentado pelo Tribunal Regional, não há previsão legal para que a empresa assuma obrigações pela concessionária.

Isso porque, nas palavras do Exmo. Sr. Juiz do TRT da 2ª Região, Francisco Antônio de Oliveira, em seu livro Comentários aos Enunciados do TST, não se mostra razoável que as empresas que exploram os serviços de transporte urbano, sem que haja qualquer ingerência do órgão público, que não é o tomador dos serviços do empregado, venha a ser responsabilizado por eventual condenação judicial ao contratado.”

A atuação da organização social se assemelha sobremaneira à da concessionária de serviço público com relação ao tipo de serviços prestados e, ainda, com relação ao efetivo tomador dos serviços. Sob a ótica do trabalhista em ambos os casos o beneficiário direto dos serviços prestados é o usuário dos serviços, e não a administração. A fonte dos recursos utilizados e o intuito lucrativo, principais diferenças entre as formas de parceria, são distintas apenas em razão da opção do constituinte em fornecer alguns de tais serviços gratuitamente, ou não, sendo que tal distinção é de pouca influência para o trabalhador envolvido. Assim, é de se espantar que tais semelhanças, intimamente relacionada à atividade dos trabalhadores envolvidos, aparentemente não repercutam no entendimento do TST em relações trabalhistas decorrentes de contratos de gestão.

12. A distinção também é considerada

Apontadas situações nas quais o Tribunal Superior do Trabalho trata de maneira semelhante as distintas formas de parcerias, ou de maneira distinta as formas semelhantes de parceria, cumpre, antes de concluir,

trazer alguns julgados em que o Tribunal Superior do Trabalho decidiu não observar as Organizações Sociais sob a ótica com que analisa as prestadoras de serviços contratadas.

Recentemente foi rejeitada pretensão do MPT de impor à Organização Social a abstenção de disponibilizar, contratar ou intermediar mão-de-obra de trabalhadores subordinados e não eventuais para execução de atividades permanentes e essenciais de entidades que não sejam de sua propriedade, posto que o tema não sujeita ao regramento da Súmula nº 331:

I - AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER DIRIGIDA A ORGANIZAÇÃO SOCIAL. CONTRATO DE GESTÃO. Reconhecido o desacerto da decisão agravada, porquanto demonstrada a violação do art. 199, § 1º, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo a fim de prover o agravo de instrumento e determinar o processamento do recurso de revista. II - RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER DIRIGIDA À ORGANIZAÇÃO SOCIAL. CONTRATO DE GESTÃO. É competente a Justiça do Trabalho para dirimir controvérsia acerca da contratação de trabalhadores por organização social, nos termos da Lei nº 9.637/98. Recurso de revista não conhecido. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E POR CERCEAMENTO DE DEFESA. Com fundamento no art. 249, § 2º, do CPC, deixa-se de examinar as preliminares em epígrafe. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. NÃO CABIMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM QUANTO AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS – PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. O apelo não ultrapassa o óbice da Súmula 297, I e II, do TST. Recurso de revista não conhecido. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER DIRIGIDA A ORGANIZAÇÃO SOCIAL. CONTRATO DE GESTÃO. O contrato de gestão, celebrado nos termos dos artigos 199, § 1º, da Constituição Federal e da Lei nº 9.637/98, não implica contratação ou intermediação de mão de obra,

não se sujeitando, portanto, aos ditames da Súmula 331 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1563-60.2010.5.02.0046, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 14/10/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015)

Pelo mesmo motivo o Tribunal rejeitou, ainda, a atribuição de responsabilidade subsidiária à entidade pública:

RECURSO DE REVISTA – ENTE PÚBLICO. CONTRATO DE GESTÃO FIRMADO COM PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. O contrato de gestão, nos termos do art. 5º c/c o art. 1º da Lei nº9.637/98, é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, sem fins lucrativos, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesse diploma legal. Logo, constata-se que o contrato de gestão firmado entre o poder público e pessoa jurídica de direito privado não tem por objeto a terceirização de serviços, não havendo registro no acórdão regional de que o Reclamante tenha prestado serviços em benefício do Ente Público, razão pela qual resta inviável a responsabilização subsidiária do Estado do Pará, com fundamento na Súmula 331 do TST, V, do TST. Recurso de Revista não conhecido. (TST-RR-122100-54.2007.5.08.0004, 8ª Turma, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT de 18/05/12).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONTRATO DE GESTÃO. SÚMULA 331 DO TST. INAPLICABILIDADE. Constatada má aplicação da Súmula 331, V, do TST, merece provimento o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. II – RECURSO DE REVISTA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONTRATO DE GESTÃO. SÚMULA 331 DO TST. INAPLICABILIDADE. O contrato de gestão, celebrado nos termos da Lei nº 9.637/98, não implica contratação ou intermediação de mão de obra, não se sujeitando, portanto, aos ditames da Súmula 331 do TST. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR – 1268-25.2012.5.01.0064 , Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 11/05/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/05/2016)

13. Considerações finais

Diante do exposto, fica clara a necessidade de uma uniformização da jurisprudência trabalhista quanto às relações de trabalho para o exercício de atividades decorrentes de contrato de gestão celebrados com entidades qualificadas como organizações sociais.

Mesmo tendo como objeto apenas as decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, a quem competiria pacificar as controvérsias de direito envolvendo demandas trabalhistas, verifica-se que não há um tratamento que considere as modificações pelo qual passou a Administração Pública nas últimas décadas.

Na mesma medida em que se criam novas as formas de o poder público realizar suas tarefas, aumentam as especificidades das relações laborais a que se sujeitam os trabalhadores que vão realizar tal labor.

Foram expostos entendimentos jurisprudenciais que denotam não terem sido adequadamente sopesadas, pelo TST, as distinções e semelhanças entre as diferentes formas de parceria entre entidades públicas e privadas. Há características das organizações sociais que demandam um tratamento específico por parte da Justiça do Trabalho, a fim de traçar balizas adequadas à distinta situação dos trabalhadores envolvidos, o que só é possível através do estudo aprofundado do Direito Administrativo que rege tais situações.

Apenas com o conhecimento necessário para compreender as diferentes maneiras pelas quais o Estado atua, seja direta ou indiretamente, é possível se dedicar à tarefa de analisar as relações trabalhistas decorrentes, pois só assim se estará resguardando adequadamente os direitos das partes envolvidas. Este trabalho pretende ter demonstrado tal necessidade, servindo de base para que discussões mais profundas possam acarretar em uma maior adaptabilidade, ou não, do direito trabalhista às características de um Estado em constante transformação.

Referências Bibliográficas

ABDALA, Vantuil. *Terceirização: normatização, questionamentos*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 17-25, out./dez. 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL, *Cadernos MARE de reforma do Estado- organizações sociais*, v.2.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Estratégia e estrutura para o novo Estado*. Revista de Serviço Público. Ano 48, n 1, jan/abr. 1997.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Niteroi: Impetus, 2016.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Súmulas e OJs do TST comentadas e organizadas por assunto*. Salvador-Bahia: JusPODIVM, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LINS, Bernardo Wildi. *As parcerias do Estado com as Organizações Sociais: uma análise sob a perspectiva constitucional*.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. São Paulo: Atlas, 2010.

MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. Rio De Janeiro: GZ Editora, 2012.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Desestatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

VIANA, Marcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização - Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques*. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”*.

O PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE E O ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA TRABALHISTA PARA ACESSO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Paulo Henrique Procópio Florêncio¹

Renata Passos Pinho Martins²

Rodrigo Trindade Castanheira Menicucci³

Resumo: o princípio da unirrecorribilidade veda a concorrência de mais de um recurso contra a mesma decisão, embora existam exceções a essa regra. Impõe-se perquirir o caso da interposição dos embargos do art. 894, II, da CLT e de recurso extraordinário no âmbito do TST. O recurso extraordinário, por pressupor o esgotamento de instância, deve ser interposto quando já não couber outro recurso para impugnar a decisão judicial. Sob esse prisma, e considerando a interrupção do prazo recursal pela interposição de embargos (arts. 769 e 894 da CLT c/c arts. 15 e 1.044, §1º, do CPC), verifica-se que, se a parte optar pela interposição de embargos contra acórdão proferido por Turma do TST, ela deverá se valer do recurso extraordinário após o acórdão da SDI-1,

1 Procurador do Estado de São Paulo em Brasília, atuante perante os Tribunais Superiores. Ex-Procurador do Estado do Mato Grosso e Ex-Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

2 Procuradora do Estado de São Paulo classificada na Procuradoria Regional de Taubaté. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhaguera-UNIDERP e graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

3 Procurador do Estado de São Paulo em Brasília, atuante perante os Tribunais Superiores. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

independentemente de os recursos impugnarem capítulos autônomos da decisão.

Palavras-chave: processo do trabalho – embargos – recurso extraordinário.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Princípio da unirrecorribilidade; 3 – Esgotamento de instância; 4 – O princípio da unirrecorribilidade, a necessidade de esgotamento de instância e a interposição de embargos (art. 894, CLT) e de recurso extraordinário no âmbito do TST; 5 – Conclusão; Referências Bibliográficas

1. Introdução

Este artigo busca, sob a perspectiva do princípio da unirrecorribilidade e da necessidade de esgotamento de instância, examinar o cabimento de embargos (art. 896, CLT) e de recurso extraordinário contra acórdãos proferidos por Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, destacando se a interposição desses recursos deve ocorrer conjunta ou separadamente.

2. Princípio da unirrecorribilidade

Por meio do princípio da unirrecorribilidade, singularidade ou unicidade, veda-se a concorrência de mais de um recurso para uma mesma decisão. Ou seja, cada decisão somente poderá ser atacada por uma única espécie de recurso, tomando em consideração a decisão como um todo indivisível, e não a partir de capítulos autônomos. Foi a partir disso que a jurisprudência pacificou que a decisão de tutela antecipada concedida na sentença deverá ser recorrida em sede de apelação, e não por meio de agravo de instrumento contra o capítulo especificamente.

Contudo, mesmo tomando a decisão como um todo, é possível identificar exceções a este princípio da unirrecorribilidade. Um exemplo bem esclarecedor é a recorribilidade da decisão que julga *mandado de segurança* de competência originária dos tribunais. Diante de uma decisão de provimento parcial, será possível interpor recurso especial e extraordinário contra o capítulo que acolhe o pedido, e recurso ordinário contra o capítulo denegatório.

Ainda temos o exemplo citado pela doutrina em relação aos *embargos de declaração*. Havendo mais de um sucumbente, é possível que uma parte interponha imediatamente o recurso ordinário, ao tempo em que a outra parte oponha embargos de declaração, com o fim de, antes, esclarecer algum ponto omissis, contraditório ou obscuro. E, após o julgamento dos embargos de declaração, nada impede que o embargante ofereça recurso ordinário e o embargado complemente o recurso já apresentado. Segundo Sérgio Pinto Martins, “não há simultaneidade da interposição de recursos, mas sucessividade”⁴.

Outro exemplo que foge à regra é a possibilidade de interposição simultânea de recurso especial e extraordinário, prática corriqueira no processo civil. De fato, é possível vislumbrar violação contra dispositivo constitucional e contra a legislação federal no mesmo capítulo, ou em capítulos diversos de um acórdão.

No processo do trabalho, contudo, esta simultaneidade não ocorre, porque o TST tem competência para, em sede de recurso de revista, analisar eventual afronta tanto à norma legal quanto à constitucional, conforme se depreende do art. 896, ‘c’, CLT:

“Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

(Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

(...)

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998)”

Ou seja, no processo trabalhista, eventual contrariedade à Constituição não ensejará recurso extraordinário imediato ao STF, devendo antes ser esgotada a jurisdição trabalhista, por meio do recurso de revista ao TST.

4 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 38ª edição. São Paulo, Saraiva, 2016. P. 559.

Destaque-se, por fim, o caso controvertido acerca da interposição de embargos do art. 894, II, da CLT, e de recurso extraordinário, que será examinado nos tópicos seguintes.

3. Esgotamento de instância

De acordo com o artigo 102, III, da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas *em única ou última instância*, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Nota-se que a interposição de recurso extraordinário pressupõe, sempre, que se trate de causa decidida em única ou última instância. Trata-se da necessidade de *esgotamento (exaurimento) de instância*, sem o que fica inviabilizado o acesso ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a súmula 281 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

O termo *instância* é significativo. Diz respeito à “marcha processual, considerada no seu conjunto de atos, de prazos ou dilações, diligências e formalidades, necessários à instrução e julgamento do processo”⁵, ou, ainda, à “soma de atos praticados até que se dê uma solução à demanda”⁶.

A partir dessa perspectiva, o conceito de decisão de única ou última instância deve ser compreendido como o último pronunciamento *possível* do Judiciário sobre determinada questão constitucional em dado momento procedimental⁷, que ocorrerá após o esgotamento dos recursos disponíveis no sistema processual⁸. Vale dizer, o recurso extraordi-

5 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 756.

6 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 756.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1094.

8 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v.

nário deverá ser interposto quando já não couber outro recurso para impugnar a decisão judicial⁹.

É importante destacar que muitos autores, ao tratarem do tema, falam da necessidade do esgotamento das vias ou das instâncias *ordinárias*¹⁰. Essa referência mostra-se, contudo, inadequada. Em primeiro lugar, porque esse qualificativo não consta da disposição constitucional. Em segundo lugar, porque essa referência, apesar de servir para os recursos interpostos no âmbito cível, falha quando aplicada à esfera trabalhista. Diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho tem competência para apreciar e julgar violação à Constituição Federal, como se depreende do artigo 896, “c”, da CLT. Dessa forma, no processo do trabalho, eventual controvérsia constitucional será submetida primeiramente ao Tribunal Superior do Trabalho, por meio de recurso de revista, para, posteriormente, ser levada ao exame do Supremo Tribunal Federal, por intermédio de recurso extraordinário.

A interposição desse recurso extraordinário pressupõe, por força do artigo 102, III, da CRFB, o esgotamento de todos os recursos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, não obstante se tratar de uma instância *extraordinária*. Exige-se, nesse caso, que seja esgotada uma instância recursal *extraordinária* – e não *ordinária*. Por isso é mais adequado falar, simplesmente, que a Constituição Federal exige, para a interposição de recurso extraordinário, o *esgotamento de instância*, evitando a referência específica ao esgotamento das vias ou instâncias *ordinárias*.

3. 11^a ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 285

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 162. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 917.

10 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. V. 2. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 572. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 11^a ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 284. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2296. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1619

4. O princípio da unirrecorribilidade, a necessidade de esgotamento de instância e a interposição de embargos (art. 894, CLT) e de recurso extraordinário no âmbito do TST

Diante de um acórdão de Turma do TST que, em determinado capítulo, contrarie decisão de outra Turma, da própria Seção de Dissídios Individuais, ou seja contrário a súmula ou a OJ do TST, ou a súmula vinculante do STF, e, em outro capítulo, viole diretamente dispositivo constitucional, surge a seguinte dúvida: seria preciso interpor de imediato o recurso extraordinário, simultaneamente com os embargos (art. 894, II, CLT), para evitar a preclusão do capítulo não divergente, ou seria possível aguardar o julgamento do recurso de embargos pela SDI-1 para somente depois interpor o recurso extraordinário para o STF?

Antes de entrar no mérito dessa discussão, faz-se necessário realizar uma breve digressão a respeito da disciplina legal dos embargos.

A Lei 11.496/2007 deu nova redação ao artigo 894 da CLT e ao artigo 3º, III, b, da Lei 7.701, restringindo significativamente o cabimento do recurso de embargos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho. Até então, decisão de Turma que ofendesse preceito de lei federal ou da Constituição Federal ensejaria a admissibilidade dos embargos. Contudo, a partir de tal Lei, o recurso de embargos ficou restrito aos casos de divergência com decisão de outra Turma ou da Seção de Dissídios Individuais. Somente a partir da lei 13.015/2014, os embargos passaram a ser cabíveis das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou a orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Assim, até o advento da Lei 11.496/2007, a matéria constitucional sempre poderia ser objeto de recurso de embargos. Portanto, apenas com a decisão da Seção de Dissídios Individuais acerca da matéria constitucional estaria configurado o exaurimento de instância para fins de interposição de recurso extraordinário. Desse modo, a novidade legislativa permitiu que a Turma passasse “a ser o último grau de jurisdição para discutir a violação da lei federal. A competência que antes tinha a

Seção de Dissídios Individuais na matéria deixou de existir”¹¹. Conforme observa Mallet:

A matéria atinente ao recurso extraordinário, ou seja, violação à Constituição da República, estava compreendida no âmbito do recurso de embargos. Logo, podia e devia ser devolvida primeiramente à Seção de Dissídios Individuais, com os embargos, interpondo-se o recurso extraordinário somente a posteriori, caso não eliminado o contraste do julgamento com a norma constitucional. Agora, porém, o quadro é outro, o que suscita interessantes e delicados problemas teóricos, que merecem mais detida atenção¹².

Daí por que o Supremo Tribunal Federal entendia que, primeiramente, a parte deveria interpor o recurso dos embargos do artigo 894 da CLT, para, só então, interpor recurso extraordinário, sob pena de o recurso não ser conhecido pelo óbice da Súmula 281, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA VIA RECURSAL ORDINÁRIA. SÚMULA 281 DO STF. I - Recurso extraordinário interposto contra acórdão de Turma do TST, sendo ainda cabível o recurso de embargos previsto no art. 894, b, da CLT. Ante a ausência de decisão de única ou última instância, incide o óbice da Súmula 281 do STF. II - Agravo não provido.

(AI 643358 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 21/06/2007, DJe-077 DIVULG 09-08-2007 PUBLIC 10-08-2007 DJ 10-08-2007 PP-00030 EMENT VOL-02284-09 PP-01627)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA OBRIGATÓRIA. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA VIA RECURSAL ORDINÁRIA. SÚMULA 281 DO STF. (...) II - Recurso

11 MALLET, Estevão. Recurso Extraordinário e Recurso de Embargos após a Lei nº 11.496. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/3617/003_mallet.pdf?sequence=5>. Acesso em: 18 de jul. de 2016.

12 MALLET, Estevão. Recurso Extraordinário e Recurso de Embargos após a Lei nº 11.496. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/3617/003_mallet.pdf?sequence=5>. Acesso em: 18 de jul. de 2016.

extraordinário interposto contra acórdão de Turma do TST, sendo ainda cabível o recurso de embargos previsto no art. 894, b, da CLT. Ante a ausência de decisão de única ou última instância, incide o óbice da Súmula 281 do STF. III - Agravo não provido.

(AI 655090 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03/08/2007, DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00032 EMENT VOL-02287-10 PP-02215)

Inclusive, a possibilidade de interpor embargos com fundamento em violação à lei federal ou à Constituição Federal era um grande diferencial entre os embargos do artigo 894 da CLT e os embargos de divergência previstos no Código de Processo Civil, pois estes sempre foram cabíveis apenas por divergência¹³.

Realizado tal apanhado histórico, cumpre observar que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da sua Vice-presidência, tem entendimento de que a interposição dos embargos e do recurso extraordinário deve ser simultânea, sob pena de preclusão temporal. Segundo o raciocínio do órgão trabalhista, se a parte pretende recorrer de um capítulo não impugnado por meio de embargos, deve interpor, de forma simultânea, recurso extraordinário contra a decisão da Turma. É o que se infere da seguinte decisão:

“Com relação ao acórdão da 2ª Turma, constata-se a intempestividade do recurso extraordinário.

13 Rezava o artigo 546 do Código de Processo Civil de 1973:

É embargável a decisão da turma que:

I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial;

II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.

Prevê o o artigo 1.043 do Código de Processo Civil de 2015:

É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;

II - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade;

III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

IV - nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

Pretendendo a autora atacar o acórdão da Turma, cabia interpor recurso extraordinário no prazo legal, concomitante aos embargos à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, contado da publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração em sede de recurso de revista (art. 4º da IN 35/2012 do TST).

Com efeito, a publicação do acórdão da Turma, que julgou os embargos de declaração, ocorreu em 09/03/12 (sexta-feira), conforme fl. 879/seq. 01, iniciando-se a contagem do prazo de 15 dias para a interposição do recurso extraordinário, nos termos do art. 508 do CPC/1973, em 12/03/12 (segunda-feira) e expirando em 26/03/12 (segunda-feira). Todavia, o recurso extraordinário somente foi interposto em 29/09/14 (fl. 01/seq. 02), quando já extemporâneo.

Dessa forma, o apelo é manifestamente intempestivo.

Quanto ao acórdão da SDI-1, a egrégia Subseção I Especializada em Dissídios Individuais deste Tribunal Superior negou provimento aos Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista, em acórdão assim ementado:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA - TRABALHADOR AVULSO - APLICAÇÃO DE NORMAS PREVISTAS EM ACORDO COLETIVO EM FACE DA PRESCRIÇÃO - ARESTOS INESPECÍFICOS - SÚMULA Nº 296 DO TST. Restando ausente o questionamento da matéria pela Turma, que não analisou a questão da prescrição sob o enfoque da vigência do acordo coletivo, inservíveis os arestos colacionados para o cotejo jurisprudencial a que se refere o item II do art. 894 da CLT.

TRABALHADOR AVULSO - APLICAÇÃO DE NORMAS COLETIVAS DOS PORTUÁRIOS - ARESTOS INESPECÍFICOS - SUMULA Nº 296 DO TST. A matéria foi examinada sob a perspectiva de se tratar de aplicação do termo de “ajuste de conduta”, e não sob o enfoque de aplicação do previsto em acordo ou norma coletiva. Arestos inespecíficos para configurar dissenso jurisprudencial, nos termos estabelecidos no inciso II do art. 894 da CLT.

Recurso de embargos não conhecido.

Percebe-se que a decisão da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais deste Tribunal Superior ficou restrita aos requisitos de admissi-

bilidade dos embargos que lhe foram postos a julgamento.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico no sentido de que não cabe recurso extraordinário, por ausência de repercussão geral, em matéria de pressupostos de admissibilidade de recursos de competência de outro Tribunal.

Tal entendimento foi consagrado no RE 598.365, da relatoria do Min. Ayres Britto, no qual a Corte Suprema firmou a tese de que não há repercussão geral em relação ao -Tema 181- do ementário temático de Repercussão Geral do STF, hipótese dos autos.

Logo, não tendo havido na decisão recorrida exame do mérito da controvérsia debatida no recurso extraordinário, dada a imposição de óbice de natureza exclusivamente processual ao processamento dos embargos, a única questão passível de discussão em sede de recurso extraordinário seria a relativa aos pressupostos de admissibilidade daquele recurso, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal rejeita a possibilidade desse reexame, por ausência de repercussão geral da matéria.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário.” (E-ED-RR - 2900-44.2007.5.02.0255, Vice Presidente do TST: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 30/05/2016, Data de Publicação: DEJT 01/06/2016)¹⁴

“O recurso extraordinário não pode ser admitido, por intempestivo.

De plano, constata-se que, pretendendo a Parte atacar o acórdão da Turma por suposta violação de dispositivos constitucionais, cabia ao interessado interpor, concomitantemente aos embargos para a SDI-1 do TST, recurso extraordinário no prazo legal, contado da publicação do decisum (art. 4º da IN 35/2012 do TST).

Interposto recurso de embargos e tendo esse recurso o seguimento negado, cabia apenas o agravo regimental para a SDI-1 do TST, na forma art. 235, X, do Regimento Interno do TST. Apenas contra eventual acórdão da SDI-1 contrário aos interesses da Recorrente é que caberia

14 <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=rtf&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR%20-%202900-44.2007.5.02.0255&base=despacho&crowid=AAANmhAA+AAAQ9hAAY&dataPublicacao=01/06/2016&localPublicacao=DEJT&query=embargos%20and%20recurso%20and%20extraordin%20E1rio%20and%20intempestividade>

recurso extraordinário.

Com efeito, a publicação da decisão recorrida (acórdão da Turma) no DJe ocorreu em 14/09/12 (seq. 19), iniciando-se o prazo de 15 dias para a interposição do recurso extraordinário, nos termos do art. 508 do CPC, em 17/09/12 e expirando em 01/10/12. Todavia, o apelo somente foi aviado em 26/11/12 (seq. 31), quando já extemporâneo.

Do contido, o apelo ostenta manifesta intempestividade, sendo impassível de apreciação.” (E-ED-RR - 84700-61.2009.5.02.0017, Vice-Presidente do TST: Ives Gandra da Silva Martins Filho, Data de Julgamento: 03/03/2015, Data de Publicação: DEJT 16/03/2015)¹⁵

Esse entendimento, contudo, não se coaduna com o princípio da unirrecorribilidade, afastando o legítimo acesso da parte à instância extraordinária do Supremo Tribunal Federal.

Como foi examinado em tópico anterior, a decisão, para fins de recurso, deve ser vista como um todo, e não como um conjunto desconexo de capítulos autônomos. Assim, caso alguma questão do acórdão proferido pela Turma possa ser atacada por meio de embargos, seja por divergência de entendimento entre os órgãos do TST, seja por contrariedade a súmula ou a orientação jurisprudencial, não pode a parte ser compelida a interpor simultaneamente os dois recursos – embargos (art.894, II, CLT) e recurso extraordinário, sem que haja previsão legal para tanto.

A previsão constitucional de cabimento do recurso extraordinário fala expressamente em causas decididas em única ou última instância – art. 102, III, CF. A súmula 281 do STF é ainda mais enfática ao reputar inadmissível o recurso extraordinário quando ainda couber recurso na Justiça de origem – ou seja, é preciso antes esgotar a instância recursal de origem para interpor o competente recurso extraordinário.

Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha são enfáticos ao afirmar que é necessário o prévio esgotamento das instâncias para que se possa interpor recurso extraordinário:

15 [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=rtf&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR % 20- % 20 84700-61.2009.5.02.0017&base=despacho&crowid=AAANmhAA+AAAOkUAAB&dataPublicacao=13/03/2015&localPublicacao=DEJT&query=](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=rtf&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR%20-%2084700-61.2009.5.02.0017&base=despacho&crowid=AAANmhAA+AAAOkUAAB&dataPublicacao=13/03/2015&localPublicacao=DEJT&query=)

Ora, tanto o recurso especial como o recurso extraordinário são cabíveis de decisões que tenham julgado a causa em *última* ou *única* instância. Logo, enquanto houver recurso na instância de origem, ainda não houve decisão de *última* ou *única* instância. É necessário, como se percebe, o prévio esgotamento das instâncias ordinárias para que se possa intentar os recursos extraordinário e especial.¹⁶

O esgotamento das vias recursais constitui, portanto, requisito imprescindível para a interposição de recurso extraordinário.

Ocorre que o recurso de embargos, diferentemente de outros recursos, possui natureza facultativa, ou seja, o exaurimento de instância, para fins de interposição de recurso extraordinário, prescinde de sua prévia interposição.

Isso porque, a partir do momento em que o recurso de embargos deixou de ser cabível por violação à Constituição Federal, ele passou a ter como objetivo unicamente a uniformização da jurisprudência interna do Tribunal Superior do Trabalho, bem como a observância das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Perdeu, portanto, sua importância como recurso necessário para esgotamento de instância.

Se a verificação dos pressupostos recursais extraordinários – entre eles, o exaurimento de instância – deve ocorrer por ocasião da interposição do recurso¹⁷, a interposição do recurso extraordinário anteriormente à interposição dos embargos ensejaria a árdua tarefa de o relator do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal ter de analisar

16 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 3. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 11ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 284.

17 É o que se depreende da jurisprudência do próprio STF:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO-ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 281/STF. O recurso extraordinário só é cabível quando seus requisitos constitucionais de admissibilidade ocorrem, e um deles é o de que a decisão recorrida decorra de causa julgada em única ou última instância (art. 102, III, da Constituição federal). (...) (destacou-se)

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 460013 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/05/2005, DJ 24-06-2005 PP-00048 EMENT VOL-02197-14 PP-02803)

se, de fato, a decisão recorrida não se inclui em qualquer das hipóteses previstas no artigo 894, II, da CLT.

Conforme observa Estevão Mallet, nos embargos “a recorribilidade não é inerente à decisão. Decorre da adoção, por outra decisão, em processo distinto, de tese jurídica diversa, ou seja, supõe ocorrência de dissídio interpretativo. Trata-se, assim, de recorribilidade externa da decisão”. Dessa forma, “interposto o recurso extraordinário contra a decisão da Turma, não é possível apurar, apenas pelo exame dessa decisão ou dos autos correspondentes, se havia ou não espaço, em tese, para apresentação de recurso de embargos. Seria preciso, no fundo, examinar a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – toda ela, em última análise – para apurar a recorribilidade imediata ou não da decisão da Turma”¹⁸.

Desse modo, a decisão proferida pela Turma do Tribunal Superior do Trabalho já enseja, de imediato, a interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, caso haja violação à Constituição federal, ainda que presente divergência jurisprudencial com decisão de outra Turma ou contrariedade a súmula ou orientação jurisprudencial do TST ou mesmo contrariedade a súmula vinculante, a justificar a interposição dos embargos.

Ocorre que, caso a parte sucumbente opte por interpor os embargos, deverá aguardar o pronunciamento da Seção de Dissídios Individuais para, só então, interpor o recurso extraordinário. A partir do momento que a parte se utiliza da faculdade de interpor os embargos, fica sujeita à decisão do órgão julgador e, conseqüentemente, deverá aguardar seu pronunciamento para a interposição de eventual recurso extraordinário.

Assim, a interposição simultânea de embargos e de recurso extraordinário acarreta violação ao princípio da unirecorribilidade, motivo pelo qual apenas o primeiro recurso deverá ser conhecido, restando prejudicado o exame do segundo.

18 MALLET, Estevão. Recurso Extraordinário e Recurso de Embargos após a Lei nº 11.496. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/3617/003_mallet.pdf?sequence=5>. Acesso em: 18 de jul. de 2016.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal, conforme se observa a seguir:

Anote-se, ademais, que, muito embora o recurso de embargos de divergência seja de natureza facultativa, se a parte opta por sua interposição, não pode, ao mesmo tempo, manejar 2 (dois) recursos extraordinários antes do julgamento da divergência. Em tal hipótese, é mister aguardar-se a decisão definitiva daqueles embargos para, apenas então, vir a interpor o extraordinário, sob pena de ausência de esgotamento de instância e de violação do princípio da unicidade recursal.

Nesse sentido, é unânime o entendimento da Corte:

‘Agravo regimental no recurso extraordinário. Concomitante interposição de embargos de divergência e de recurso extraordinário contra o mesmo acórdão perante o Superior Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. 1. Muito embora o recurso de embargos de divergência seja de natureza facultativa, se a parte opta por sua interposição, não pode, ao mesmo tempo, manejar recurso extraordinário. 2. Em uma tal hipótese, é mister aguardar-se o julgamento daquele recurso para, apenas então, vir a interpor esse outro, sob pena de ausência de esgotamento de instância e de violação do princípio da unicidade recursal. 3. Agravo regimental manifestamente infundado, a que se nega provimento, com aplicação de multa’ (RE 839.163 - QO, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, DJE nº 194, divulgado em 03/10/2014).

Nesse sentido, a partir do princípio da singularidade recursal¹⁹ e do requisito constitucional do esgotamento de instância para a interposição do recurso extraordinário (súmula 281 c/c art. 102, III, CF), conclui-se que este recurso deve ser interposto, caso a parte opte pela interposição dos embargos, contra decisão proferida pela SDI, a qual passa a ser

19 (...) não é possível a utilização simultânea de dois recursos contra a mesma decisão; para cada caso, há um recurso adequado e somente um. Ressalvadas as exceções adiante mencionadas, a interposição de mais de um recurso contra uma decisão implica inadmissibilidade do recurso interposto por último. Trata-se de regra implícita no sistema recursal brasileiro – no CPC/39, estava prevista no art. 809. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 3. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 11^a. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 48).

necessária para a caracterização do exaurimento da instância recursal. Esse é o entendimento adotado por boa parte da doutrina:

As decisões trabalhistas passíveis de recurso extraordinário são as proferidas pela Seção de Dissídios Individuais ou Coletivos e do Pleno do TST, sendo em relação a este último a declaração da constitucionalidade ou não das leis. No processo do trabalho, o recurso extraordinário é interposto contra a última decisão proferida no TST, geralmente de embargos. A Súmula 281 do STF esclarece que “é inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.²⁰

No âmbito da Justiça do Trabalho, o recurso extraordinário somente pode ser interposto da última decisão prolatada no Tribunal Superior do trabalho, em geral, em sede de embargos, desde que haja violação ou ofensa direta à Constituição Federal.

Frise-se que, quando a Constituição menciona “causas decididas em última instância”, no processo do trabalho, refere-se às decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, quando já esgotados todos os recursos admissíveis.²¹

Na seara processual trabalhista, o recurso extraordinário é cabível **após o esgotamento das vias recursais da Justiça do Trabalho**, verificado após o recurso de revista ou embargos no TST.²²

Inclusive, o Ministro Dias Toffoli, quando do julgamento do RE 562.900 AgR, afirmou que, apesar de o recurso extraordinário dever ser interposto após a decisão dos embargos (art. 894, CLT), caso ele seja interposto anteriormente, contra a decisão de Turma passível de impugnação por embargos, deverá ser reiterado após a decisão da SDI-1, por força da súmula 281 do STF:

Anote-se que, ainda que a lei processual não exija a interposição do recurso de embargos para a SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho para que se esgote a instância, o ora agravante optou pela sua oposição, sendo

20 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 28^a. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 461.

21 SARAIVA, Renato. *Processo do Trabalho*. 7^a. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 293.

22 PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 600.

certo que o julgamento desse recurso pela SBDI poderia alterar o julgado anterior proferido pela Terceira Turma. Assim, cabia ao ora recorrente aguardar o julgamento do recurso de embargos no TST para somente então interpor o recurso extraordinário, ou, não o fazendo, reiterar as razões do apelo extremo após o julgamento daquele recurso, o que não fez. Incide, *mutatis mutandi*, o óbice da Súmula nº 281 desta Corte

(RE 562900 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 05-02-2014 PUBLIC 06-02-2014)

Partindo-se das premissas assentadas, é possível compreender, com clareza, o momento em que o recurso extraordinário deve ser interposto. Basta imaginar um acórdão proferido por Turma do TST composto por vários capítulos. Um deles, passível de impugnação por meio de embargos (art. 894, CLT); outro, mediante recurso extraordinário (art. 102, III, CF).

A parte sucumbente poderá interpor diretamente recurso extraordinário. Contudo, também poderá se valer, primeiramente, do recurso de embargos (art. 894, CLT), e, após seu julgamento, utilizar o recurso extraordinário (art. 102, III, CF).

Verifica-se, portanto, que a interposição do recurso extraordinário após o julgamento do recurso de embargos não tem outro objetivo senão, primeiramente, que a decisão recorrida se coadune com precedente de outra Turma ou da Seção de Dissídios Individuais, ou observe súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Os pressupostos recursais viabilizadores do recurso extraordinário se fazem presentes, caso a parte se utilize dos embargos, tão somente após a decisão da SDI-1, que, ao negar provimento ao recurso de embargos, exaure a instância recursal, viabilizando o acesso ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, CF, e súmula 281/STF).

A partir da interpretação sistemática das normas processuais, neste caso, o prazo para recurso extraordinário passa a fluir a partir da decisão da SDI-1, que dá ensejo ao implemento dos requisitos de admissibilidade extraordinários, viabilizando a interposição do apelo extremo.

Não seria lógico nem razoável exigir a interposição de recurso extraordinário prematuramente, antes da verificação dos requisitos de admissibilidade viabilizadores do acesso ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, CF, c/c súmula 281/STF). Se o sistema processual exige o esaurimento da instância para a interposição do recurso extraordinário, *e a parte opta pela interposição dos embargos (art. 894, CLT)*, não faz sentido que o prazo recursal comece a correr antes que todos os pressupostos recursais extraordinários – entre eles, aquele referido pela súmula 281/STF – estejam presentes, mesmo porque estes pressupostos são verificados por ocasião da interposição do recurso (cf. jurisprudência do STF²³). Essa conclusão decorre naturalmente da interpretação sistemática das normas jurídicas processuais que tratam da interposição do recurso extraordinário.

É válido destacar, ainda, que o fato de o acórdão proferido pela Turma do TST ser composto de mais de um capítulo, e de os embargos (art. 894, CLT) e o recurso extraordinário visarem a infirmar capítulos diferentes, não altera em nada as conclusões expostas acima.

Deve-se considerar que o artigo 769 da CLT determina que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. Da mesma forma, o artigo 15 do Código de Processo Civil dispõe que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Como a CLT não determina o momento e a forma de interposição dos embargos e do recurso extraordinário (omissão da legislação processual trabalhista), e considerando que a regra é a singularidade

23 AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. NÃO-ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 281/STF. O recurso extraordinário só é cabível quando seus requisitos constitucionais de admissibilidade ocorrerem, e um deles é o de que a decisão recorrida decorra de causa julgada em única ou última instância (art. 102, III, da Constituição federal). (...) (destacou-se)

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 460013 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/05/2005, DJ 24-06-2005 PP-00048 EMENT VOL-02197-14 PP-02803)

recursal²⁴, é preciso procurar, no direito processual comum, norma que possa ser aplicada à espécie.

A norma mais propícia é aquela que se infere dos artigos 1.043 e 1.044 do Código de Processo Civil, que disciplinam os embargos de divergência, recurso que, da mesma forma que os embargos do artigo 894 da CLT, baseiam-se na divergência jurisprudencial no âmbito dos Tribunais Superiores.

A disciplina processual para o momento da interposição dos embargos foi definida no artigo 1.044, §1º, do CPC. De acordo com esse dispositivo, “a interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes”.

Aplicando-se subsidiariamente essa lógica ao processo trabalhista, é possível afirmar que, além da imprescindibilidade da verificação dos pressupostos recursais extraordinários para a interposição do recurso extremo (súmula 281/STF), o prazo para a interposição do recurso extraordinário é interrompido com a interposição dos embargos (art. 894, CLT)²⁵.

Inclusive, não há que se fazer qualquer diferenciação quanto à natureza da impugnação do capítulo da decisão objeto dos embargos – se de natureza infraconstitucional ou constitucional. De fato, os embargos de divergência em recurso especial sempre serão de matéria infraconstitucional, e sua interposição sempre interromperá o prazo para interposição do recurso extraordinário.

24 (...) não é possível a utilização simultânea de dois recursos contra a mesma decisão; para cada caso, há um recurso adequado e somente um. Ressalvadas as exceções adiante mencionadas, a interposição de mais de um recurso contra uma decisão implica inadmissibilidade do recurso interposto por último. Trata-se de regra implícita no sistema recursal brasileiro – no CPC/39, estava prevista no art. 809. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 3. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 11ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 48).

25 Anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil, a doutrina já indicava que a possibilidade de interposição simultânea de recurso extraordinário e de embargos infringentes, como exceção ao princípio da unirrecorribilidade, deixou de existir com a redação conferida pela Lei 10.352/01 ao art. 496 do CPC/73 (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo, Saraiva, 2015. 13ª edição. P. 889). Desde então, no processo civil, o prazo para a interposição de recurso extraordinário ficava sobrestado até a intimação da decisão dos embargos, raciocínio que deveria ser aplicado à seara trabalhista.

Essa mesma lógica deve orientar o processo trabalhista, impondo a interrupção do prazo para interposição de recurso extraordinário sempre que forem interpostos embargos (art. 894, CLT) contra acórdão proferido por Turma do Tribunal Superior do Trabalho, independentemente de este recurso versar sobre matéria constitucional ou infraconstitucional.

Logo, caso a parte *opte* pela interposição de embargos (art. 894, CLT) contra acórdão proferido por Turma do Tribunal Superior do Trabalho, não restam dúvidas de que o recurso extraordinário deve ser interposto posteriormente ao julgamento dos embargos, independentemente de os recursos impugnarem capítulos autônomos da decisão.

5. Conclusão

Sob a perspectiva do acesso à Justiça, e considerando principalmente o princípio da unirrecorribilidade, a necessidade de exaurimento da instância e a interrupção do prazo recursal pela interposição do recurso de embargos (arts. 769 e 894 da CLT *c/c* arts. 15 e 1.044, §1º, do CPC), conclui-se que, caso a parte *opte* por interpor embargos contra acórdão proferido por Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a interposição do recurso extraordinário deve se dar posteriormente ao julgamento dos embargos pela SDI-1, independentemente de os recursos impugnarem capítulos autônomos da decisão.

Referências Bibliográficas

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 18ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 3. *Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 11ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

MALLET, Estevão. *Recurso Extraordinário e Recurso de Embargos após a Lei nº 11.496*. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/dspa>>

ce/bitstream/handle/1939/3617/003 _mallet.pdf?sequence=5>. Acesso em: 18 de jul. de 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. V. 2. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do Processo Coletivo no Movimento de Universalização do Acesso à Justiça*. Curitiba, Juruá, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARAIVA, Renato. *Processo do Trabalho*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OS DESAFIOS JURÍDICOS PARA MIGRAÇÃO AO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE DE ENERGIA ELÉTRICA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: QUAIS SÃO E COMO SUPERÁ-LOS?

Lucas de Faria Rodrigues¹

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir os aspectos jurídicos da migração de uma autarquia estadual para o Ambiente de Contratação Livre (ACL) de energia elétrica. Diante desta finalidade, buscou-se analisar quatro distintos eixos: (i) a viabilidade de uma autarquia ingressar no ACL; (ii) a necessidade de realização de licitação; (iii) a possibilidade de uma autarquia estadual abrir conta em banco que não seria o agente do tesouro estadual; (iv) a possibilidade de a autarquia constituir garantias para oferecimento tanto à Câmara de Compensação de Energia Elétrica (CCEE), como aos comercializadores de energia elétrica quando da contratação. A conclusão apontou a possibilidade de migração, com resultados potencialmente muito positivos à Administração Pública.

Palavras-chave: Energia Elétrica; Ambiente de Contratação Livre; Administração Pública

Sumário: 1 – Introdução; 2 – (Brevíssimos) Aspectos gerais do modelo do setor elétrico brasileiro; 3 – É possível que o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo,

1 Procurador do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

uma autarquia estadual, migre para o ACL?; 4 – Ao efetuar a contratação das empresas fornecedoras, é essencial a realização de licitação, em especial à luz do artigo 24, inciso XXII da Lei federal no 8.666/1993?; 5 – Considerando que um dos requisitos para ingresso no ACL é a abertura de uma conta junto ao Banco Bradesco, o denominado agente de liquidação e custódia, haveria algum impedimento para tanto, tendo em vista que o Banco do Brasil é o agente do tesouro estadual?; 6 – Considerando a necessidade de oferecimento de garantias obrigatórias junto à CCEE e a possibilidade de oferecimento de garantias aos fornecedores de energia elétrica, por parte da Administração, haveria algum impedimento legal para tanto?; 7 – Considerações finais; Referências Bibliográficas;

1. Introdução

Trabalhar na Administração Pública – mais especificamente em um órgão de Advocacia Pública – traz cotidianamente o desafio de analisar modelos jurídicos de contratação absolutamente novos – ao menos considerando o acervo de estudos já produzidos no âmbito do Estado. Estamos diante, aqui, de mais um destes casos. Este trabalho foi elaborado a partir de uma ampla pesquisa efetuada no âmbito da Consultoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (HCFMRP-USP), autarquia estadual, diante de uma demanda dos órgãos superiores da entidade para viabilização do seu ingresso no Ambiente de Contratação Livre² (ACL) de energia elétrica, em razão da potencial economia gerada pela migração³.

Embora tenham sido identificados modelos exitosos no Estado de São Paulo, o foram em empresas estatais (SABESP⁴, METRO⁵, CPTM⁶). Não

2 Poderei referir ora a Mercado Livre de Energia (MLE), ora a Ambiente de Contratação Livre (ACL), como sinônimos, sem preocupações mais técnicas. O ACL se contrapõe ao Ambiente de Contratação Regulado (ACR), em que o fornecedor é cativo e os valores já são pré-estabelecidos, como se verá mais à frente neste artigo.

3 Este trabalho gerou o Parecer CJ/HCRP nº 432/2017, prolatado nos autos do Processo HCRP nº 6195/2017.

4 Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo.

5 Companhia do Metropolitano de São Paulo.

6 Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

havia precedentes na *administração direta*, tampouco na *administração autárquica* – o caso do HCFMRP-USP⁷. Disto decorre outra consequência igualmente relevante: não havia, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, precedentes que pudessem servir de amparo para a migração pretendida.

Toda a discussão foi travada em um contexto de absoluta recessão econômica, no qual o contingenciamento orçamentário e as medidas de austeridade vinham sendo a regra no Estado. Vislumbrada a possibilidade técnica, caberia aprofundar e enfrentar alguns dos principais dilemas jurídicos do modelo⁸. Entretanto, o resultado desta pesquisa pode potencialmente beneficiar outros órgãos do Estado, o que justificou enriquecer aquele outrora *parecer jurídico* e transformá-lo em um *artigo jurídico*.

Sem prejuízo de aqui se mostrar necessário uma breve contextualização sobre o modelo do setor elétrico brasileiro, até para permitir a compreensão dos tópicos essenciais enfrentados no artigo, a consulta originária, por assim dizer, pairou sobre quatro questões básicas, que, como não poderia deixar de ser, serão parte do roteiro do trabalho⁹:

- i. Seria possível, sob o aspecto legal, que o HCFMRP-USP migrasse para o ACL?
- ii. Há necessidade de realização de licitação para contratação das empresas fornecedoras ou a licitação seria dispensável à luz do artigo 24, inciso XXII, da Lei federal nº 8.666/1993?
- iii. Considerando que um dos requisitos para ingresso no ACL é a abertura de uma conta junto ao Banco Bradesco, o denominado agente de liquidação e custódia, haveria algum impedimento para tanto, tendo em vista que o Banco do Brasil é o agente do tesouro estadual?

7 Mais recentemente, por meio de um julgado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TC-002645/003/07) tivemos a notícia da contratação exitosa por parte da Universidade Estadual de Campinas, que, entretanto, goza de autonomia e não se submete ao Governo do Estado de São Paulo.

8 Embora evidente, necessário se fazer uma ressalva metodológica. A migração para o ACL envolve diversas variáveis técnicas e econômicas (por exemplo, regras sobre a demanda e tensão mínimas a serem contratadas) que não constituem nosso objeto de análise, embora possamos a elas fazer referências quando exigido para compreensão dos aspectos jurídicos abordados. Focaremos, portanto, nos quesitos formulados, atinentes às variáveis jurídicas do modelo.

9 Estas questões foram originalmente formuladas em consulta encartada no Processo HCRP nº 6195/2017.

- iv. Considerando a necessidade de oferecimento de garantias obrigatórias junto à CCEE e a possibilidade de oferecimento de garantias aos fornecedores de energia elétrica, por parte da Administração, haveria algum impedimento legal para tanto?¹⁰

Diante destas características peculiares, este artigo focará menos em apresentar e delinear o modelo regulatório do setor de energia elétrica, mais em enfrentar os pontos específicos ligados à participação da Administração Pública no ACL. Trata-se de artigo alicerçado na prática, com a preocupação de compartilhar com os demais órgãos do Estado a estratégia jurídica adotada para, eventualmente, estimulá-los a iniciar avaliações voltadas à adoção deste modelo¹¹.

2. (Brevíssimos) Aspectos gerais do modelo do setor elétrico brasileiro

A década de 1990 foi marcada por reformas regulatórias em diversos setores da infraestrutura brasileira, uma delas ocorrida no setor elétrico. Até então a marca era o monopólio e *“as mudanças inseridas foram calcadas na inserção da competição em um setor tradicionalmente marcado pela sua ausência”*¹². Consequência desse novo modelo foi a desverticalização, mantinham-se as atividades de transmissão e geração

10 Em relação a este quesito, a consulta trouxe a seguinte complementação: *“Especificamente em relação à 4ª questão alguns apontamentos complementares. No tocante à garantia oferecida à CCEE, esta é obrigatória, sem a qual seria inviável o ingresso no mercado. No tocante à garantia oferecida pela Administração ao comercializador, embora não seja obrigatória, pode ser elemento essencial ao ingresso. Isso porque neste modelo de negócio, a distribuição segue sendo efetuada pela concessionária de energia (no caso do HC, a CPFL). Por outro lado, o comercializador não tem a prerrogativa do “corte” pois esta permanece com a concessionária. Neste cenário, sobretudo considerando o histórico de “atrasos” da instituição, o não oferecimento de garantia (contrariando prática corriqueira do mercado, praticada, por exemplo, pela SABESP) poderá afastar potenciais interessados ou, no limite a prática de valores desarrazoados pelos fornecedores”*.

11 Recomendamos, àqueles leitores interessados em compreender melhor o funcionamento do Mercado Livre de Energia, de forma didática e simples, consultarem o site da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) – www.ccee.org.br – e a Cartilha elaborada pela Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – disponível em http://www.abraceel.com.br/archives/files/Abraceel_Cartilha_MercadoLivre_V9.pdf (acesso em 16.09.2017).

12 NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. Fundamentos da Comercialização de Energia Elétrica no Brasil. In: Nery, Eduardo (org.). *Mercados e Regulação de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2012, p. 57.

reguladas, mas em regime de monopólio – natural, dada a especificidade técnica destas atividades –, entretanto introduzia-se competição na geração e transmissão¹³. Este movimento nacional refletia uma tendência internacional daquele momento histórico:

Os caminhos trilhados nos diferentes países respeitam as particularidades de cada um, porém, é possível identificar alguns pilares comuns às diversas reformas ocorridas ao redor do mundo, tais como a criação de agências reguladoras, a introdução do livre acesso ao sistema de transporte de energia (transmissão e distribuição), a criação de um mercado livre, no qual consumidores e produtores negociam abertamente seus contratos de compra e venda de energia, a busca por elevar o número de agentes aptos a participar do processo de oferta de energia, reduzindo a possibilidade de abuso de poder de mercado por parte do segmento de produção de energia, e a criação de uma instituição destinada a operar o mercado de energia elétrica¹⁴.

Focamos aqui, como na salientado na introdução, em um destes pilares, o funcionamento do mercado livre de energia elétrica e à possibilidade de a Administração Pública integrá-lo, ao qual passamos a dedicar estas linhas gerais.

Com efeito, no Brasil invariavelmente se contrata energia elétrica por um entre dois modelos possíveis: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL).

O ACR é o ambiente de contratação das empresas distribuidoras de energia, que adquirem energia elétrica para atender às necessidades de seus consumidores cativos – consumidores que não tem o direito de escolher o fornecedor de energia e que compra energia diretamente do distribuidor ao qual estão conectados, pagamento tarifas reguladas pela ANEEL¹⁵.

13 Cf. TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2015, p. 6.

14 NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. Fundamentos da Comercialização de Energia Elétrica no Brasil. In: Nery, Eduardo (org.). *Mercados e Regulação de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2012, p. 57-58.

15 NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. Fundamentos da Comercialização de Energia Elétrica no Brasil. In: Nery, Eduardo (org.). *Mercados e Regulação de Energia*

Por outro lado

O ACL é o ambiente de contratação dos consumidores livres e especiais, que podem escolher seu fornecedor de energia elétrica. Esses consumidores têm liberdade de negociar com os agentes vendedores volumes de energia, prazos, preços, garantias financeiras, dentre outros itens que constituem um contrato de compra e venda de energia elétrica¹⁶.

Dentro do ACL, um dos principais atores é a Câmara de Compensação de Energia Elétrica (CCEE), pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, fiscalizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, criada com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica (artigo 4º da Lei federal nº 10.848/2004)¹⁷. Neste contexto,

Elétrica. Rio de Janeiro: Interciência, 2012, p. 60.

16 NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. Fundamentos da Comercialização de Energia Elétrica no Brasil. In: Nery, Eduardo (org.). *Mercados e Regulação de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2012, p. 61.

17 São atribuições da CCEE, nos termos do artigo 2º do Decreto federal nº 5.177/2004:

- I - promover leilões de compra e venda de energia elétrica, desde que delegado pela ANEEL;
- II - manter o registro de todos os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR e os contratos resultantes dos leilões de ajuste, da aquisição de energia proveniente de geração distribuída e respectivas alterações;
- III - manter o registro dos montantes de potência e energia objeto de contratos celebrados no Ambiente de Contratação Livre - ACL;
- IV - promover a medição e o registro de dados relativos às operações de compra e venda e outros dados inerentes aos serviços de energia elétrica;
- V - apurar o Preço de Liquidação de Diferenças - PLD do mercado de curto prazo por submercado;
- VI - efetuar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados e a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no mercado de curto prazo;
- VII - apurar o descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações e, quando for o caso, por delegação da ANEEL, nos termos da convenção de comercialização, aplicar as respectivas penalidades; e
- VIII - apurar os montantes e promover as ações necessárias para a realização do depósito, da custódia e da execução de garantias financeiras relativas às liquidações financeiras do mercado de curto prazo, nos termos da convenção de comercialização.
- IX - efetuar a estruturação e a gestão do Contrato de Energia de Reserva, do Contrato de Uso da Energia de Reserva e da Conta de Energia de Reserva
- X - celebrar o Contrato de Energia de Reserva - CER e o Contrato de Uso de Energia de Reserva - CONUER.
- XII - efetuar a estruturação, a gestão e a liquidação financeira da Conta no Ambiente de Contratação Regulada - CONTA-ACR, realizando as atividades necessárias para sua constituição e operacionalização;

todos os interessados deverão estar registrados como agentes na CCEE, aportar as garantias exigidas, pagar as taxas devidas, dentre outras obrigações – em outras palavras, operar a compra e venda dentro do ambiente da CCEE, seguindo suas regras. A saída do HCFMRP-USP do ACR para o ACL pressupõe seu enquadramento às regras estabelecidas, razão pela qual é impositivo examinar tal processo à luz de inúmeros aspectos jurídicos, reunidos nas questões que assinaladas ainda na introdução.

3. É possível que o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, uma autarquia estadual, migre para o ACL?

Esta, talvez, seja dentre as questões apresentadas aquela de menor complexidade e a resposta parece-me positiva. Por certo, a solução aos outros três questionamentos estará de certa forma imbricada com a do primeiro: ora, a eventual existência de barreiras insuperáveis no tocante à contratação de garantias e à abertura de conta junto ao Bradesco, por exemplo, pode significar a inviabilidade da migração pretendida pelo HCFMRP-USP. Trata-se, agora, de questionamento preliminar; presente algum obstáculo, o projeto estaria desde logo condenado.

Com efeito, as normas que regulamentam os serviços de energia elétrica não estabelecem qualquer distinção para ingresso no MLE segundo a natureza do consumidor, se uma pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado. Neste sentido, os critérios de distinção (ou de ingresso) existem, mas estão relacionados à carga e à tensão, conforme se verifica pelos artigos 15 e 16 da Lei federal nº 9.074/1995 – os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV podem fazer tal opção (artigo 15, § 2º). Os requisitos são técnicos e, uma vez superados, **não impossibilitam o acesso aos entes da Administração**¹⁸.

XIII - efetuar a estruturação, a gestão e a liquidação financeira da Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias, realizando as atividades necessárias para sua constituição e operacionalização;

XIV - efetuar a gestão administrativa dos recursos financeiros da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, da Conta de Consumo de Combustíveis - CCC e da Reserva Global de Reversão - RGR

18 Como veremos mais à frente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo possui precedentes

Tal questão, ainda que de forma lateral, ficou pacificada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer PA nº 18/2003, que discutia o enquadramento da contratação de energia elétrica – se uma hipótese de inexigibilidade de licitação (Artigo 25 da Lei federal nº 8.666/1993) ou de dispensa de licitação (Artigo 24, inciso XXII, da Lei federal nº 8.666/1993).

4. Ao efetuar a contratação das empresas fornecedoras, é essencial a realização de licitação, em especial à luz do artigo 24, inciso XXII da Lei federal nº 8.666/1993?

Trata-se de outra questão não tão tormentosa, em razão da existência de uma hipótese específica de dispensa de licitação, trazida pelo artigo 24, inciso XXII da Lei federal nº 8.666/1993, segundo o qual é dispensável a licitação *“na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica”*.

A dúvida sobre o enquadramento das contratações de energia elétrica no artigo 25 ou 24 levou a fixação de posicionamento pela Procuradoria Geral do Estado, ainda no ano de 2003, sintetizada no despacho de aprovação do Parecer PA nº 18/2003:

(...)

Ao considerar dispensável a licitação, o legislador parte do pressuposto de ser, em tese, possível a competição. Faculta-a, porém, a significar, como enfatizado pelo parecer, que, não obstante possível a competição, a licitação não é obrigatória.

A distinção, portanto, entre licitação dispensável ou inexigível impõe ao administrador a consideração da situação fática concreta. Se a aquisição de determinada coisa somente é possível de um fornecedor único, ainda que ele seja um concessionário, permissionário ou autorizado, a hipótese é de inexigibilidade e não de dispensa. Se o fornecimento, v. g., de energia elétrica apenas pode, em dada região, local,

em que julgou regular a aquisição de energia elétrica no MLE por empresas estatais e pela Universidade Estadual de Campinas.

condições etc., ser contratada com o único concessionário, permissionário ou autorizado ali existente, a hipótese concreta é de inexigibilidade e não de dispensa, porque esta pressupõe uma competição que, no exemplo figurado, não há. A despeito do texto legal, a definição sobre se determinada hipótese é de inexigibilidade ou de dispensa demanda a apreciação do caso concreto.

Embora pudesse ser reconfortador ter uma posição institucional clara sobre o assunto, não era possível deixar de buscar outros elementos, porque desde a prolação do parecer já havia se passado mais de 14 anos – projeções que se faziam de um mercado ainda “jovem”, hoje podem ser encaradas a partir de outra perspectiva – e, principalmente, porque a migração para o ACL impunha o exame de outras tantas variáveis.

Pois bem, ainda na redação antiga do dispositivo¹⁹, Carlos Ari Sunfeld, em artigo publicado em 2001, defendia que o inciso XXII do artigo 24 (Lei federal nº 8.666/1993) aplicar-se-ia para a situação **de um concessionário de distribuição** de energia elétrica “*adquirir seu insumo (a energia elétrica) sem realizar o processo de licitação, pois o mesmo foi afastado pela própria lei, em favor de outros procedimentos específicos ao setor*”²⁰.

Sem prejuízo do enorme respeito de que é digno o ilustre administrativista, não me parece ser esta a leitura mais adequada. Ora, a pretexto de interpretar, não pode o intérprete inserir elementos que não estão contidos na norma, sob pena substituir o próprio legislador. Na posição citada acima, a restrição é extraída de um dispositivo legal que, nos limites intrínsecos à sua literalidade, não traz qualquer impedimento à aplicação pretendida nestes autos: um ente da Administração contratando no MLE. O dispositivo legal não limitou sua incidência aos “*concessionários de energia elétrica*”, previu, indistintamente, a dispensa para

19 O inciso XXII do artigo 24 foi inserido pela Lei federal nº 9.648/1998, com a seguinte redação: “*na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica*”. Referido dispositivo foi alterado pela Lei federal nº 10.438/2002, para aquela redação até hoje vigente, que inseriu a menção a gás natural – “*na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica*”.

20 SUNDFELD, Carlos Ari. *Os contratos de fornecimento de gás e o dever de licitar*. IP – Interesse Público, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul/set 2001, p. 9.

situações em que a Administração adquiere energia elétrica de um “*concessionário, permissionário ou autorizado*”.

O texto legal (teor literal) delimita o processo de concretização, apontando os limites para atuação do intérprete. “*O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. e., funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis*”²¹. A interpretação gramatical, porém, não terá como produzir a norma por si mesma, sempre recorrerá a outros elementos (em graus distintos). Quando se extrai do artigo 24, inciso XXII uma condição (ser o adquirente um concessionário de distribuição), **está a se inserir requisito não previsto no texto legal**, vale dizer, está a se criar uma nova regra e não simplesmente se concretizando ou interpretando um comando legislativo posto.

Em questões como essa, sempre importante se reportar a uma preciosa e clássica lição de Carlos Maximiliano:

Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.

Em suma, o que se debate diz respeito aos limites atribuídos ao intérprete. Se o legislador não restringiu, deliberadamente, não seria facultado ao intérprete fazê-lo, em casos nos quais o texto da norma é cristalino.

Nada obstante, a redação do dispositivo legal mencionado parece-me inequívoca, sem modificações textuais ou fáticas no seu contexto de aplicação que pudessem caracterizar eventual superação do precedente outrora firmado pela Procuradoria Geral do Estado.

Não entendo que a faculdade trazida no dispositivo debatido represente uma carta branca nas mãos do Administrador, que permitiria eventualmente contratar em valores ou condições desvantajosas. A um, isso violaria princípios constitucionais fundamentais aplicáveis à Administração Pública e esculpidos no artigo 37 da Constituição Federal. A dois,

21 MÜLLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

contrariaria norma expressa da Lei federal nº 8.666/1993, que no artigo 26 exige não só justificativa prévia à contratação, mas também (e não exclusivamente) razão da escolha do fornecedor e justificativa de preço.

Para corroborar este entendimento, prudente consignar a lição de um importante administrativista sobre o tema, Marçal Justen Filho:

Também no intento de afastar controvérsias, o dispositivo alude a contratação de fornecimento ou de suprimento. Ou seja, **trata-se de reconhecer que não se aplicam as normas de licitação** tanto aos casos em que a entidade administrativa fornece a terceiros energia elétrica **como nos casos em que há a aquisição da referida energia**. A distinção é relevante porque uma pluralidade de empresas estatais atua no setor elétrico nos setores de geração, transmissão e distribuição. **Por outro lado, toda e qualquer entidade administrativa necessita aprovisionar-se de energia elétrica**.

(...)

Ressalta-se que a dispensa de licitação não significa a ausência absoluta de procedimentos seletivos e competitivos. A regulação do setor elétrico prevê mecanismos competitivos específicos, cuja aplicação poderá ser obrigatória²²

Com efeito, é igualmente esclarecedora a Nota Técnica produzida pela SABESP nos autos do TC-039741/026/12 (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo), cujo resultado foi a **regularidade** da contratação (portanto, acolhida pela Corte de Contas), da qual peço vênia para extrair os principais argumentos:

Conforme citado anteriormente, a contratação de energia elétrica foi realizada com respaldo no inciso XXII do art. 24 da Lei 8.666/93, que autoriza dispensa de licitação “na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica”, e a legislação específica, no caso sujeita contratos dessa natureza à livre negociação.

Para certeza do que se diz, tome-se o teor da Lei 9.648/98, que promo-

22 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 458-459.

veu a reforma do setor energético nacional, que dispôs no seu artigo 10, caput, o seguinte: “Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados”.

Esta é a razão pela qual a Lei 8.666/93 estabelece ser dispensável o procedimento licitatório na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica, com concessionário permissionário ou autorizado.

Na ocasião da elaboração da Lei 9.648/98, houve uma discussão prévia acerca da hipótese de inclusão de dispensa de procedimento licitatório. À ocasião, o mercado de energia elétrica passara a contar com a participação dos produtores independentes de energia elétrica. Exercem eles atividade regulada por lei e sob a autorização e fiscalização da ANEEL. Por outro lado, a energia elétrica é negociada em um mercado em que os parâmetros para a fixação do preço por MWh é conhecido, sem mencionar o fato de ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários ou autorizados. Na verdade, a opção de modelagem do setor elétrico, quando de sua reestruturação, foi a de liberdade de negociação ao nível dos geradores, focando-se o controle de preços ao nível da distribuição. Por essa razão, criou a ANEEL mecanismo destinado a controlar o repasse do custo da energia adquirida entre concessionários e autorizados para as tarifas de fornecimento aplicáveis aos consumidores cativos, visando a garantir a modicidade destas, sem que isso caracterize um rompimento com o princípio de liberdade de negociação antes mencionado. Portanto, a dispensa de licitação, nos casos aqui mencionados, se deu pelo fundamento de que a estruturação do setor elétrico era, por si só, suficiente para assegurar os mesmos resultados pretendidos pela licitação. (grifo nosso)

Diante do exposto, a aquisição de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado prescinde de licitação, por força de disposição expressa da Lei federal nº 8.666/1993. Entretanto, tal fato não afasta a necessidade de uma robusta justificativa de preços, seja pela obtenção de cotações com um número elevado de fornecedores, seja pela fixação de um procedimento simplificado de avaliação das propostas. Demais disso, por ser dispensável, nada obsta a entidade da Administração, como o HCFMRP-USP, proceda à licitação, embora com as dificuldades inerentes à aplicação da licitação clássica à contratação no ACL (morosidade; dificuldade de manutenção das propostas por fornecido-

res por longos períodos de tempo, dada variação intrínseca ao mercado; diminuição potencial no número de “players”, etc.)²³.

5. Considerando que um dos requisitos para ingresso no ACL é a abertura de uma conta junto ao Banco Bradesco, o denominado agente de liquidação e custódia, haveria algum impedimento para tanto, tendo em vista que o Banco do Brasil é o agente do tesouro estadual?

Por força do Decreto estadual nº 60.244/2014 e em “*em consonância com o artigo 164, § 3º da Constituição Federal, o Banco do Brasil S.A. manterá a condição de agente financeiro do tesouro estadual, em continuação ao originalmente previsto na Lei nº 13.286, de 18 de dezembro de 2008*” (artigo 1º). Esta condição restou disciplinada no Acordo Base de Parceria Institucional firmado entre o Estado de São Paulo e o Banco do Brasil S.A. (artigo 2º), **cuja adesão é obrigatória às entidades da Administração Indireta** (artigo 4º). Ainda nos termos deste decreto, “*o exercício da função de agente financeiro do tesouro estadual poderá abranger a prestação de serviços financeiros e a execução de atividades bancárias correlatas de interesse da administração pública, combinado com a exploração de oportunidades de negócio, quando justificável pela maior segurança operacional, eficiência econômica e comodidade dos usuários*” (artigo 3º).

A disciplina segue com a edição do Decreto estadual nº 62.297/2016, estabelecendo que “*Os pagamentos de despesas, obrigações ou responsabilidades de qualquer natureza, inclusive os decorrentes de decisões*

23 Como será visto ao longo deste artigo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem se posicionado em inúmeros precedentes (TC nº 035926/026/04, julgado em 21/02/2006; TC nº 039741/026/12, julgado em 25/11/2014 e TC nº 012355/026/05, julgado em 29/08/2005) favoravelmente ao processo de aquisição de energia no ACL por meio de dispensa de licitação. Embora mais recentemente, no julgamento do TC-002645/003/07 (julgado em 04/07/2017) tenha *recomendado* a realização de processo licitatório (mas ainda assim julgado regular a dispensa de licitação), pessoalmente entendo que um procedimento simplificado de competição pode ser mais recomendável à luz das peculiaridades do mercado, garantindo assim “competição” efetiva, isonomia entre os interessados e a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, mas sem perder de vista a faculdade estabelecida pela norma de não aplicar as regras clássicas de contratação por meio de licitação, por ser ela dispensável. Demais disso, com a devida vênia, o Tribunal de Contas não tem a prerrogativa de fazer recomendações que contrariam disposição legal expressa, que neste caso afastam a incidência da licitação.

judiciais, de serviços da dívida pública ou de transferências, processados pelos órgãos que integram a Administração Direta do Estado, deverão ser executados exclusivamente pelo Banco do Brasil S.A., na forma estabelecida por este decreto” (artigo 1º).

Já o Acordo Base, traz todo o detalhamento desta relação, especificando de forma objetiva os serviços contemplados. Pois bem, analisando as normas regulamentadoras e o Acordo Base verifica-se que as operações realizadas junto ao Bradesco, no que toca à atuação no MLE, não foram abrangidas. E nem poderia ser diferente, pois o Banco Bradesco foi eleito pela CCEE como o Agente de Liquidação e Custódia **exclusivo** – para ingressar no MLE é essencial abrir uma conta específica na Agência Trianon²⁴. Para compreender adequadamente o papel do Banco Bradesco nesta operação, cumpre citar trecho extraído do *site* da CCEE²⁵:

“As relações comerciais entre os agentes participantes da CCEE são regidas por contratos de compra e venda de energia, sendo que a liquidação financeira desses contratos é realizada diretamente entre as partes contratantes, por meio de condições livremente negociadas.

As operações realizadas no âmbito da CCEE são contabilizadas e liquidadas de forma multilateral, não havendo indicação de parte e contraparte. Um agente em posição credora recebe seu crédito de todos os devedores do mercado e não de um agente devedor específico. Em contrapartida, um agente devedor efetua o pagamento a todos os credores e não especificamente a um ou outro agente credor.

A liquidação financeira é realizada mensalmente pela CCEE e marca o momento de pagamento e recebimento dos débitos e créditos apurados pelo processo de contabilização.

24 “*Para fins da Liquidação Financeira, o Agente da CCEE deverá cumprir as seguintes obrigações: 4.1 abrir conta-corrente, utilizando o mesmo CNPJ informado no termo de adesão na CCEE, junto ao Agente de Custódia e ao Agente de Liquidação, Banco Bradesco S/A, Agência 0895-8 Trianon Urb SP, localizada na Avenida Paulista, 1249, CEP: 01311-200 São Paulo – SP. Por tratar-se de uma conta corrente específica para realização da Custódia das Garantias e da Liquidação Financeira, esta exigência aplica-se a todos os Agentes da CCEE, mesmo aos que já possuam conta corrente junto ao Banco Bradesco S.A”.* (Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais – Liquidação Financeira, disponível em http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_075557, acesso em 25.05.2017) – fls. 125/132.

25 Disponível em https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/liquidacao?_afLoop=85655279854491#%40%3F_afLoop%3D85655279854491%26_adf.ctrlstate%3Dsqsdbwfu9_4, acesso em 11.02.2017.

A operação de tais compensações é realizada por uma instituição financeira autorizada pelo Banco Central, contratada pela CCEE, que recebe valores devidos num dia e credita os valores aos credores no outro dia.

A CCEE não é contraparte na liquidação, tendo somente o papel de viabilizar a realização das compensações financeiras. Não há emissão de notas fiscais pela CCEE aos agentes, e os resultados das operações são divulgados por meio de relatórios mensais”

Portanto, seja porque o serviço pretendido não está abrangido no Acordo Base, seja porque o Banco do Brasil nem mesmo presta este serviço, em razão da exclusividade prevista ao Banco Bradesco, não há qualquer óbice legal à contratação pretendida. No mais, ainda que não questionada diretamente, essa contratação seria efetivada por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 25, *caput*, da Lei federal nº 8.666/1993 (inviabilidade de competição).

6. Considerando a necessidade de oferecimento de garantias obrigatórias junto à CCEE e a possibilidade de oferecimento de garantias aos fornecedores de energia elétrica, por parte da Administração, haveria algum impedimento legal para tanto?

Para bem analisarmos a viabilidade legal de o Poder Público (autarquia) contratar garantia para assegurar seu ingresso no Ambiente de Contratação Livre (garantias vinculadas à CCEE) e para afiançar o pagamento ao *fornecedor* (especificamente no contrato de fornecimento de energia elétrica), devemos superar uma série de pontos preliminares para, ao final, propor uma resposta à questão essencial da consulta.

6.1. O que devemos entender como garantia?

Quando utilizamos o termo *garantia* podemos estar nos referindo a diversas acepções doutrinárias e legais. O gênero garantia inclui “qualquer caução destinada a conferir segurança ao pagamento, quer oferecida pelo próprio devedor, em adição à garantia genérica que o seu próprio patrimônio configura, quer por terceiro, estranho à obrigação principal”²⁶. Esse é o mesmo sentido adotado na definição da Lei com-

26 MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333 (comentários de

plementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal): “*compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada*” (artigo 29, inciso IV). A ideia central por trás deste conceito (e que interessa a este artigo) é a de **segurança** – certeza de que o devedor adimplirá sua obrigação.

6.2. Quais as garantias exigidas para que o interessado ingresse no Ambiente de Contratação Livre?

Este é outro ponto a se esclarecer. “*O consumidor livre deve realizar aporte obrigatório de garantias financeiras na CCEE. Exigências nesse sentido também podem ser feitas pelo vendedor da energia*”²⁷. Há, como pode se ver, duas garantias cabíveis: uma obrigatória (sem a qual o interessado não ingressa no mercado livre), a outra, embora não obrigatória, decorrente da dinâmica do *Ambiente de Contratação Livre*.

As garantias financeiras prestadas à CCEE, obrigatórias, decorrem de imposição legal, nos termos da Lei federal nº 10.848/2004:

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

(...)

§ 6º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos termos da Convenção de Comercialização, a ser instituída pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que deverá prever:

I - as obrigações e os direitos dos agentes do setor elétrico;

II - **as garantias financeiras;**

III - as penalidades; e

IV - as regras e procedimentos de comercialização, inclusive os relativos ao intercâmbio internacional de energia elétrica.

Misabel Abreu Machado Derzi).

27 ABRACEEL – Cartilha Mercado Livre de Energia, disponível em http://www.abraceel.com.br/archives/files/Abraceel_Cartilha_MercadoLivre_V9.pdf, acesso em 25.05.2017.

Com fundamento na lei e também no Decreto federal nº 5.177/2004, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL editou a Resolução Normativa nº 109/2004, que instituiu a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Nos termos do artigo 17, inciso III, os **Agentes da CCEE**²⁸ deverão efetuar o aporte de Garantias Financeiras²⁹ para a realização de operações de compra e venda de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo. Assim, para poder operar junto à CCEE, necessariamente deverá o consumidor livre constituir estas garantias (que aqui vamos denominar de **garantia de integração ao mercado**).

Entretanto, pode ser necessário que os comercializadores exijam garantia de adimplemento das obrigações de pagamento pela energia contratada – o que aqui vamos denominar de **garantia de pagamento**. Tal garantia também possui previsão expressa na regulamentação da ANEEL. Nos termos do artigo 4º, § 3º da Resolução Normativa nº 109/2004, “*A contratação de energia elétrica no ACL será formalizada mediante Contratos Bilaterais³⁰ livremente pactuados, que deverão prever, entre outras disposições, montantes de energia e de potência, prazos, preços e Garantias Financeiras*”.

Tal previsão tem uma razão óbvia: se no Ambiente de Contratação Regulado o consumidor contrata diretamente com a distribuidora e paga conjuntamente pela energia, transmissão e distribuição, no Ambiente de Contratação Livre as faturas são separadas – mantém-se duas “contas”, com o pagamento da distribuidora de um lado (o denominado coloquialmente “uso do fio”) e a fornecedora de outro. Assim, o fornecedor de energia elétrica não possui “o poder do alicate” – denominação informal para a “prerrogativa de corte de energia elétrica”. Por esta razão, deve ele se proteger para o caso de eventuais inadimplementos.

28 Agentes da CCEE - Concessionário, permissionário, autorizado de serviços e instalações de energia elétrica e **consumidores Livres** integrantes da CCEE (artigo 1º da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, aprovada pela Resolução Normativa ANEEL nº 109/2004).

29 Garantias Financeiras - Meios, executáveis extrajudicialmente, com que se assegura o cumprimento de uma obrigação de pagamento (artigo 1º da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, aprovada pela Resolução Normativa ANEEL nº 109/2004).

30 Contrato Bilateral – instrumento jurídico que formaliza a compra e venda de energia elétrica entre Agentes da CCEE, tendo por objeto estabelecer preços, prazos e montantes de suprimento em intervalos temporais determinados (artigo 1º da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, aprovada pela Resolução Normativa ANEEL nº 109/2004).

Claro, não desconheço que a lógica do mercado é a livre negociação e estipulação – porém, quanto menores as garantias, maiores os preços, ou, no limite, maiores as chances de inexistir interessados, em razão das peculiaridades da Administração Pública enquanto consumidora. Basta examinar atentamente o caso do HCFMRP-USP (e do Estado como um todo), que frequentemente deixa de efetuar pagamentos tempestivos das suas contas de energia elétrica enquanto consumidor cativo.

6.3. Há alguma regulamentação clara sobre a possibilidade de o poder público oferecer garantias para assegurar o adimplemento das suas obrigações?

A Lei de Responsabilidade Fiscal, além de trazer uma definição legal para *garantia*, dedica uma seção inteira ao tema da *garantia* e da *contragarantia* (Seção V), inserida no Capítulo VIII – *Da Dívida e Do Endividamento*. Um olhar mais desatento poderia, em princípio, apontar inúmeros entraves à contratação, o que não parece se sustentar quando avançamos em um exame mais cuidadoso da matéria.

Neste exame mais superficial, as normas ali descritas trariam diversas barreiras à constituição da **garantia de integração do mercado** e da **garantia de pagamento**, por exemplo: (i) A garantia estaria condicionada ao oferecimento de contragarantia (artigo 40, § 1º); (ii) É nula a garantia concedida acima dos limites fixados pelo Senado Federal (artigo 40, § 5º); (iii) É vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos (artigo 40, § 6º).

Seriam estas regras aplicáveis ao caso específico de contratação no ACL? Quer me parecer que não. Todas estas previsões estão inseridas no artigo 40, cujo *caput* é claro ao delimitar seu alcance: garantias concedidas em operações de crédito³¹.

Definitivamente não se trata, aqui, de operação de crédito, definida pela mesma lei como “*compromisso financeiro assumido em razão de*

31 Art. 40 - Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros” (artigo 29, inciso III). Tampouco se trata de “*assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16.*”, o que se equipara à operação de crédito nos termos do artigo 29, § 1º.

O que se faz aqui, única e exclusivamente, é a garantia de pagamento futuro (por imposição legal ou regulamentar), de obrigação correspondente a uma contraprestação específica, o que não se enquadra em nenhuma das hipóteses descritas acima. Seria verdadeiramente uma garantia concedida em operação comercial regular (a contratação de energia elétrica) ou para assegurar a quitação das obrigações junto à CCEE, por meio do Agente de Custódia por ela designado (o Banco Bradesco), conforme já explicitado. Mês a mês a instituição deverá quitar suas obrigações, por meio do pagamento da fatura emitida pelo fornecedor de energia e por meio do pagamento dos débitos da CCEE (com a manutenção do montante necessário na conta aberta junto ao Bradesco, no dia da liquidação).

Demais disso, tal dispositivo (artigo 40 da Lei de Responsabilidade Fiscal) seria voltado à disciplina da garantia a obrigações de terceiros, mais especificamente de operações de crédito contraídas por outros entes federados ou entidades a eles vinculadas, vejamos:

Embora vedadas as operações de crédito entre os entes da Federação (inclusive entidades da Administração indireta), não proíbe a mesma lei complementar, ao contrário, expressamente autoriza, no art. 40, **que uma pessoa estatal conceda garantias em operações internas e externas**, contraídas por outro ente junto a instituições financeiras privadas, nacionais ou internacionais³².

E segue mais à frente o mesmo autor:

32 MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328 (comentários de Misabel Abreu Machado Derzi).

Garantias e contragarantias podem ser oferecidas pelos entes da Federação uns aos outros para fortalecer o crédito, quer a obrigação financeira ou contratual (a ser garantida) se destine a constituir dívida fundada ou fluante. Sujeitam-se elas a limites e condicionamentos impostos por resoluções do Senado Federal e pelas normas constantes do art. 32 desta lei³³.

No mesmo sentido caminha o Manual para Instrução de Pleitos, da Secretaria do Tesouro Nacional, no item 4.1 (fls. 133/135):

A Concessão de Garantia não é considerada operação de crédito, conforme inciso IV do art. 29 da LRF, mas está igualmente sujeita à verificação prévia de seus limites e condições de realização. É obrigação de natureza contingente, definida como “compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada”. Trata-se de garantia a obrigação de terceiros. **A garantia, real ou fidejussória, de obrigação própria do ente, portanto, não se enquadra neste conceito**³⁴.

Poder-se-ia, além disso, invocar uma suposta quebra da isonomia e do estabelecimento de favorecimento indevido a um credor específico. Outro argumento que deve de pronto ser rechaçado. Em primeiro lugar, o princípio da isonomia, *per se*, não pode afastar a incidência de outros igualmente relevantes no caso do acesso ao mercado livre de energia: o princípio da eficiência (na medida em que a transição do mercado cativo para o livre pode mostrar-se mais econômica ao erário, permitindo a melhor alocação dos recursos públicos), o princípio da legalidade (uma vez que a utilização da garantia segue, como já afirmamos, matrizes legais e regulamentares) e, por que não, o princípio da moralidade (a manutenção no mercado cativo, diante da oneração desnecessária do erário, poderia levar à violação a este postulado). Sem prejuízo destes antagonismos, há regra específica neste particular, resultado de uma pondera-

33 MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333 (comentários de Misabel Abreu Machado Derzi).

34 Disponível em http://conteudo.tesouro.gov.br/manuais/modules/mod_pdf_manual/pdf/mip.pdf (Acesso em 16.02.2017).

ção prévia – e adequada – do legislador pátrio, o artigo 5º da Lei federal nº 8.666/1993:

Art. 5º - Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

Em regra, as obrigações devem ser adimplidas na sua ordem cronológica. Em caso de inadimplemento por parte da Administração, em contratações decorrentes do mercado livre de energia, será possível que o crédito garantido seja satisfeito antes de outros ordinários, por meio do acionamento desta garantia. Entretanto, como excepcionado pela lei, há relevante interesse público no caso, consistente na viabilização de ingresso no mercado, com resultados potenciais muito positivos.

6.4. O fato de inexistir norma expressa autorizativa, voltada especificamente ao poder público, impediria a constituição de garantia?

Há muito encontra-se assente na doutrina brasileira de Direito Administrativo uma noção do “*princípio da legalidade*” aplicada à Administração Pública, algo que poderia ser traduzido na máxima: à Administração só é facultado fazer aquilo que a lei expressamente autorize. Esta diretriz, inclusive, já foi incorporada, com alguma moderação, em precedente da própria Procuradoria Geral do Estado:

13. A questão de direito envolvida nos autos é bastante singela: em se tratando de Administração Pública, **não basta inexistir vedação legal para a prática de ato, é necessário que do ORDENAMENTO JURÍDICO se possa extrair autorização para a prática de ato**, ainda que essa autorização esteja contida em mera norma genérica de competência. No caso em exame, não há referida norma que autorize a participação de representantes do poder público nos órgãos de gestão de entidades

privadas de apoio. As leis invocadas, além de não terem aplicação à espécie, apenas reforçam a ideia de que essa proximidade entre poder público e entidade privada de apoio apenas é possível se devidamente autorizada pela lei. **Recorramos inicialmente ao regime jurídico dos contratos administrativos, delineado pela Lei Federal nº 8.666/1993.** (Parecer PA nº 104/2010) – destaque nosso

Diante disto, como sugere a ilustre parecerista na peça supramencionada, recorramos inicialmente ao regime jurídico dos contratos administrativos, disciplinado pela Lei federal nº 8.666/1993, para verificar a possibilidade de a Administração garanti-los (ainda que tenha sido omissa nesse ponto).

Sob a ótica da contratada, em um contrato administrativo típico, o artigo 56 da Lei federal nº 8.666/1993 traz a regra geral no tocante à apresentação de garantia, prevendo, dentre as modalidades aceitas, a caução em dinheiro, o seguro-garantia e a fiança bancária. Nada fala sobre garantias concedidas pela contratante.

Pois bem. O intérprete poderia, a partir de um conceito mais conservador de legalidade, afirmar que no silêncio da lei não poderia a Administração apresentar garantia a seus contratos. Porém esta não é a solução legalmente adequada. Devemos buscar a fundamentação no **ordenamento jurídico** na sua totalidade, como aponta o próprio precedente da Procuradoria Administrativa, não apenas em um diploma normativo específico, como é a Lei federal nº 8.666/1993 – sobretudo se entendermos que nele há abertura para este diálogo.

A doutrina vem reconhecendo que a lei formal não é o único fundamento de ação estatal; há de se pensar no *bloco de legalidade* como ensina Gustavo Binenbojm, que abrange normas outras, ou, mais precisamente, “*o ordenamento jurídico como um todo sistêmico*”³⁵. Por certo, aqui ficará demonstrado que há base legal para a conduta pretendida pela administração, quer tenhamos uma visão mais restrita deste conceito de “legalidade”, quer assumamos uma visão mais ampla.

Com efeito, a Lei federal nº 8.666/1993, em que pese não ter previsto expressamente a concessão de garantia pela Administração, não se

35 BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141

fechou. Ao contrário, se abriu a influxos da teoria geral dos contratos, como, aliás, não poderia deixar de ser. O artigo 54 preceitua que aos contratos administrativos aplicam-se, supletivamente, “os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”. Ora, o direito privado aceita as modalidades de garantia aqui mencionadas, como por exemplo, a fiança, o seguro-garantia e a caução.

Não é só, a legislação que regulamenta o setor elétrico traz menção expressa à garantia, como afirmado anteriormente. Ademais, não há qualquer vedação à participação da Administração no mercado livre. Neste contexto, é tranquila a noção de que a Administração nas contratações de serviço público nas quais figure como usuária, deixa de lado algumas prerrogativas contratuais usualmente presentes nos contratos administrativos (não só nelas, mas também naquelas predominantemente regidas pelo direito privado):

Lei federal nº 8.666/1993, Art. 62 – (...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, **no que couber**:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e **aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado**;

II - aos contratos em que a Administração for parte como **usuária de serviço público**.

Por fim, mas não menos importante, cabe retomar um ponto trazido neste artigo quando tratamos da dispensa de licitação disciplinada pelo artigo 24, inciso XXII da Lei federal nº 8.666/1993. Ali, fazendo referência a uma nota técnica da SABESP, mas também a Administrativistas conceituados, ficou evidenciada a essência daquela previsão: assegurar a participação em um mercado já regulado (pela ANEEL), cujos pressupostos da lei geral de contratos administrativos não seriam integralmente transpostos para as relações muito peculiares do setor de energia elétrica. A própria estrutura do setor elétrico, em conjunto com o arcabouço regulatório nele incidente, bastariam para garantir a participação legítima da Administração Pública.

Assim, viável extrair do ordenamento jurídico autorização para a constituição de garantia.

6.5. Partindo da premissa de ser possível a constituição da garantia, como indicado na resposta anterior, quais modalidades poderiam ser constituídas e como fazê-lo?

No que toca à **garantia de integração ao mercado**, os modelos são pré-definidos pelo Agente de Liquidação (Banco Bradesco) e CCEE, por meio do Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais³⁶: Moeda corrente nacional; Títulos Públicos Federais; Carta de Fiança; Quotas de Fundos de Investimento Extramercado. Optamos aqui por ficar adstritos às alternativas mais usuais e cuja implementação será facilitada: **moeda corrente** e **carta fiança**³⁷.

Especificamente quanto à moeda corrente, esta deverá obrigatoriamente ser depositada no Banco Bradesco, pois é a instituição financeira que detém a exclusividade para realizar tais operações. Como já discutimos anteriormente, esta contratação fugiria do Acordo Base celebrado com o Banco do Brasil, decorrente da condição de ser o Agente Financeiro do Tesouro Estadual.

Restaria examinar a contratação de fiança bancária, o que poderia **em tese** ser efetuado junto a qualquer banco regular, desde que observadas as regras fixadas pelo Agente de Liquidação. Eis a indagação central: haveria necessidade de contratá-la exclusivamente com o Banco do Brasil S.A., ou seria possível licitar?

Não parece que a contratação de fiança bancária, ao menos em um exame inicial, estaria abrangida pelo Acordo Base e, portanto, seria uma atividade exclusiva do Banco do Brasil. A fiança (gênero) é um contrato, por meio do qual “*uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra*” (artigo 818 do Código Civil). No caso da fiança bancária, o banco é o fiador, garantindo o adimplemento de determinada obrigação pelo seu cliente. No caso específico do ACL, assumirá o pagamento ao credor, sub-rogando nos seus direitos (artigo 831 do Código Civil). Não se trata, propriamente, de movimentação financeira ou mesmo de uma aplicação de disponibi-

36 Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais – Liquidação Financeira, disponível em http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_075557, acesso em 25.05.2017.

37 Quando da consulta original, advertimos a Administração que a utilização dos outros tipos de garantia possíveis implicaria na necessária análise prévia por parte da Consultoria Jurídica.

lidade financeira da Autarquia, tampouco o pagamento propriamente de uma obrigação ou despesa. Servirá o banco apenas como um garantidor, acionado eventualmente – está verdadeiramente prestando um serviço bancário típico de mercado, que não justificaria a exclusividade do Agente do Tesouro.

Por certo, o pagamento pelo serviço de fiança pelo Estado deve ser feito por intermédio do Banco do Brasil, mas a fiança em si pode ser prestada por qualquer um que preencha os requisitos regulamentares do setor elétrico. Assim, decidida pela alternativa da fiança bancária, **viável será a competição**, cabendo à entidade providenciar a contratação por meio de licitação, salvo se enquadrar-se nas hipóteses de dispensa (por valor, *v.g.*).

Sem prejuízo de não caber a um estudo jurídico como este fazer juízos sobre a opção discricionária do administrador público, no tocante à **garantia de integração ao mercado**, não podemos nos furtar de consignar que o depósito de recursos diretamente no Banco Bradesco parece a alternativa mais recomendável. A um, a entidade não precisaria arcar com os custos da fiança. A dois, este modelo de fiança tende a ter custos elevados, além de não haver tanta facilidade para sua obtenção, pois exigida a modalidade D+0 (o pagamento da fiança será providenciado no mesmo dia em que se der o comunicado de inadimplemento)³⁸. A três, a própria sistemática da prestação das **garantias de integração ao mercado** favoreceria a utilização de moeda corrente, vejamos.

As garantias são constituídas mensalmente, dentro de cada ciclo de liquidação financeira (mensal). Este ciclo é o “*período que considera os processos de: a) divulgação dos valores relativos às Garantias a serem aportadas pelos Agentes; b) divulgação do Mapa de Liquidação Financeira; c) execução da Liquidação Financeira; d) emissão da Nota de Liquidação da Contabilização (NLC); e e) compatibilização do montante de Garantias aportadas ao último cálculo aplicável*”³⁹. Em outras palavras, as garantias são aportadas em cada ciclo, o que dificulta sobremaneira

38 Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais – Liquidação Financeira, disponível em http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_075557, acesso em 16.09.2017.

39 Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais – Liquidação Financeira, disponível em http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_075557, acesso em 16.09.2017.

a operação com a fiança. Ademais, utilizando moeda corrente como garantia, os valores devidos e oportunamente apurados são abatidos deste montante, havendo para a Administração, em regra, uma única operação.

Quanto à **garantia de pagamento**, aquela destinada a garantir o adimplemento das obrigações para com os comercializadores de energia, a solução, embora próxima, não é idêntica àquela sugerida às **garantias de integração ao mercado**.

A contratação de seguro garantia, modelo adotado pela SABESP com sucesso, não encontraria nenhum óbice. Dada sua natureza, aqui não se coloca qualquer discussão em relação à necessidade de vinculação ao Acordo Base do Banco do Brasil, restando sua contratação por meio de licitação, salvo se enquadrar-se nas hipóteses de dispensa. A solução da fiança bancária é similar àquela da **garantia de integração ao mercado**, acima tratada, com uma única diferença: mais maleabilidade na definição das suas condições e prazos (por exemplo, não necessariamente deverá ser contratada na alternativa D+0) – dependerá mais da aceitação do mercado, do que de uma regra propriamente dita.

Especificamente com relação à caução, no modelo usado pela SABESP, trabalha-se com a ideia de depósito em conta vinculada, que somente poderia ser movimentada em caso de inadimplemento da compradora ou com o término de vigência do contrato⁴⁰. Diferentemente da **garantia de integração ao mercado**, aqui não existe a necessária intermediação do Banco Bradesco. Entretanto, o uso desta modalidade restou afastado no âmbito do HCFMRP-USP, em razão dos riscos envolvidos – possibilidade de sequestro dos valores depositados, diante do grande número de ações trabalhistas contra a entidade.

Em qualquer das situações aqui expostas, a decisão do Administrador pelo modelo de garantia não é livre de motivação, na qual se verifique todas as variáveis técnicas (por exemplo, o risco de sequestro de depósitos em contas-correntes) e econômicas, para só então escolher dentre as opções aquela que melhor assegure o interesse público. Especificamente no caso da **garantia de pagamento**, para bem configurar

40 O que pode ser verificado, por todos, no Edital de Leilão de Compra de Energia Elétrica SABESP CSS Nº 24.896/16.

a presença de relevante interesse público a justificar a contratação da garantia, prudente que a Administração efetue uma consulta prévia ao mercado, verificando a existência de interessados potenciais e a variação de preços, conforme se exija ou não a garantia⁴¹.

7. Considerações finais

Como tivemos oportunidade de apontar, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em ao menos quatro oportunidades julgou regular contratação de energia elétrica, no MLE, com fundamento no artigo 24, inciso XXII da Lei federal nº 8.666/1993 – TC nº 035926/026/04, julgado em 21/02/2006, TC nº 039741/026/12, julgado em 25/11/2014; TC nº 012355/026/05, julgado em 29/08/2005; e TC-002645/003/07, julgado em 04/07/2017⁴². Os dois primeiros casos envolvem contratações da SABESP, o terceiro da CPTM⁴³ e o último da UNICAMP. Embora os precedentes, *per se*, não sejam suficientes para caracterizar a regularidade da contratação almejada pelo HCFMRP-USP, são importantes como elementos de persuasão e convencimento, em especial da própria Corte de Contas.

Não é só, a Administração deve se certificar, no complexo processo de tomada de decisão, de todos os riscos envolvidos em um negócio deste jaez, valendo-se para tanto de um completo conjunto de informações e estudos. A migração acabará por confrontar a Administração com as variações típicas de um mercado como este, no qual a avaliação de todas as variáveis é essencial para permitir a correta definição de estratégia. Por esta razão, prudente possuir equipe técnica própria capacitada para o acompanhamento do projeto e definição de perspectivas para o futuro – ou mesmo, em caso de inviabilidade, a contratação de uma consultoria externa.

Por fim, a migração impõe uma mudança de paradigma por parte da Administração no tocante ao adimplemento das obrigações decor-

41 Por ser obrigatória a **garantia de integração ao mercado**, não se coloca esta alternativa.

42 Em nota anterior foi efetuada observação em relação à recomendação do TCE/SP, neste julgado de 2017, de se efetuar licitação, embora tenha julgado regular a contratação por dispensa, diante de hipótese expressa. Defendi ali a possibilidade de um procedimento simplificado de contratação, em detrimento de uma licitação clássica, consoante regras da Lei federal nº 8.666/93.

43 Empresa dependente.

rentes deste contrato. Os valores devidos à CCEE ou mesmo ao fornecedor devem ser tratados com prioridade máxima, evitando-se qualquer tipo de atraso nos pagamentos. Não fazê-lo poderá trazer consequências danosas e prejuízos financeiros significativos – corre-se o risco de serem acionadas as garantias, há possibilidade de punições no âmbito da CCEE (no limite até a exclusão da Câmara), há um prazo mínimo para retorno ao mercado cativo, dentre outros inúmeros problemas.

Refrências Bibliográficas⁴⁴

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. *Fundamentos da Comercialização de Energia Elétrica no Brasil*. In: Nery, Eduardo (org.). *Mercados e Regulação de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Os contratos de fornecimento de gás e o dever de licitar*. IP – Interesse Público, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul/set 2001.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2015.

⁴⁴ Constam da bibliografia apenas as obras consultadas e citadas no artigo. Foram excluídos textos legais, documentos técnicos e pareceres jurídicos, cujas referências foram indicadas exclusivamente quando mencionados ao longo do texto.

O CAPITAL EXTERNO NAS EMPRESAS AÉREAS BRASILEIRAS

Ismael Nedehf do Vale Corrêa¹

RESUMO: O presente artigo objetiva estudar, à luz do Direito e Economia, aspectos da regulação do setor aéreo brasileiro, no que tange às restrições legais à participação do capital externo nas empresas nacionais. Realiza-se um breve esboço histórico acerca da regulação do setor até o presente momento, marcado por oligopólio parcialmente concentrado. Analisam-se as normas constitucionais e legais que limitam a participação de capital estrangeiro, bem como as tentativas anteriores de mudança legislativa e os projetos em tramitação. Conclui-se que as restrições em vigor consistem em notórias limitações ao desenvolvimento econômico e à livre concorrência, prejudicando, em última instância, os consumidores.

Palavras-chave: Direito e Economia. Setor aéreo. Regulação. Capital externo.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Breve histórico da regulação do setor aéreo brasileiro; 3 – Oligopólio de companhias aéreas; 4 – Participação do capital estrangeiro nas companhias aéreas brasileiras; 5 – Considerações finais; Referências Bibliográficas;

1. Introdução

O presente estudo tem por escopo geral realizar uma breve análise econômica acerca da regulação do setor aéreo brasileiro, no que tange às restrições legais à participação do capital externo nas companhias nacionais.

¹ Procurador do Estado de São Paulo lotado na Procuradoria Judicial. Pós-graduando em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Muito se discutiu sobre o tema em 2016, principalmente em razão da Medida Provisória 714/2016, editada em março, que viria a alterar o Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei 7.565/1986).

Parte dos interessados na modificação defendia a total abertura para o capital externo, com a extinção do limite atual de 20% sobre o capital votante, enquanto outros propunham um avanço gradual, inicialmente, para até 49%, com salvaguardas para proteger o mercado de trabalho de aeronautas e acordos de reciprocidade com os demais países.

O texto original da MP 714/2016 ampliava a possibilidade de participação do capital estrangeiro de 20% para 49%. Na Câmara, o percentual foi elevado para 100%, mas a proposta encontrou resistências no Senado. Tendo em vista que a não aprovação do diploma legal prejudicaria a Infraero, o governo entrou em acordo com os senadores para que aprovassem o texto enviado, com o compromisso de o presidente vetar o dispositivo sobre o capital estrangeiro, o que veio a acontecer, restando promulgada a Lei 13.319/2016².

Em abril de 2017, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei 7.425/2017, que permite o controle acionário de companhia aérea por empresa estrangeira, desde que constitua sede no Brasil e opere segundo a legislação nacional. Foi aprovado, em março de 2018, regime de urgência na tramitação.³

Tramita no Senado, ainda, o PLS 258/2016, que reforma o Código Brasileiro da Aeronáutica e vem sendo objeto de intensos debates em audiências realizadas por Comissão Especial.

Em se tratando de restrições à participação estrangeira no setor aéreo nacional, impende destacar, ademais, a vedação legal à operação de linhas domésticas (cabotagem) por empresas estrangeiras, prevista no artigo 216 do Código Brasileiro da Aeronáutica em vigor.

2 <http://www.valor.com.br/politica/4618985/senado-aprova-mp-das-aereas-e-temer-vetara-capital-estrangeiro>. Acesso em 08/12/2016.

3 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2129730>. Acesso em 04/10/2018.

Faz-se mister, pois, uma análise econômica das mencionadas restrições, de modo a melhor entender a modelagem de regulação atual do setor aéreo e os aspectos positivos e negativos de eventuais modificações do panorama legal.

2. Breve histórico da regulação do setor aéreo brasileiro

Impende realizar, inicialmente, um esboço histórico acerca da regulação do setor em análise, a fim de compreender o contexto em que se deram as restrições ao capital estrangeiro das companhias aéreas.

O setor de transporte aéreo no Brasil surgiu na segunda metade da década de 1920, dominado por duas subsidiárias de empresas estrangeiras: Compagnie Générale Aéropostale e Condor Syndikat. VARIG (1927), Panair do Brasil (1929), VASP (1933) e Aerolloyd Iguassu foram fundadas na época.

A estrutura do mercado de transporte aéreo na década de 1930 veio marcada por fortes barreiras à entrada, em razão do acesso privilegiado à tecnologia. As inovações que caracterizam a evolução da indústria de transporte aéreo somente eram acessíveis às subsidiárias de empresas estrangeiras. Além das restrições tecnológicas, a fragilidade gerencial e financeira do incipiente capital nacional também limitava a atuação das empresas brasileiras, o que resultou no predomínio das empresas oriundas do exterior nas décadas de 1920 e 1930 (BIELSCHOWSKY; CUSTÓDIO, 2011).

A década de 1940 foi marcada pelo processo de difusão tecnológica no setor de transporte aéreo, que reduziu as barreiras à entrada, tornando o setor acessível ao capital nacional. A partir de então, o mercado passou a ser dividido por empresas nacionais e estrangeiras. Na década de 1950, as empresas aéreas nacionais consolidaram suas posições nos mercados doméstico e internacional, passando a contar com o apoio de políticas industriais. No final da década, o setor passou por um novo período de inovações radicais. Esse novo ciclo de inovações foi incorporado pelas grandes empresas nacionais. A partir da Segunda Guerra Mundial, o setor de transporte aéreo foi dominado pela tecnologia e capital norte-americanos. Durante o conflito, as empresas de origem alemã foram entregues ao capital nacional (BIELSCHOWSKY; CUSTÓDIO, 2011).

No início da década 1960, a aviação comercial brasileira enfrentou intensa crise, decorrente da instabilidade política e econômica, dos altos custos de manutenção e da elevada concorrência no mercado de transporte aéreo.

A experiência em regulação do mercado de aviação civil teve início nos anos 1960, com as Conferências Nacionais da Aviação Comercial (CONAC), realizadas em 1962, 1963 e 1968. O modelo de regulação previa o estímulo à concentração de empresas, o controle de entrada e a definição de linhas, assim como um controle tarifário estrito. É da mesma época a primeira tentativa de estímulo à aviação regional, com a criação da Rede de Integração Nacional (RIN), que previa subsídios para determinadas rotas, de baixa viabilidade econômica (BNDES, 2002).

As conferências objetivavam sistematizar as negociações entre as empresas e o Estado, contando com a presença de representantes das companhias aéreas e do órgão regulador, o Departamento de Aviação Civil (DAC). Durante as discussões, chegou-se ao consenso de que havia a necessidade de instauração de uma política de estímulo às empresas, como fim de reduzir o seu número a um máximo de duas, na exploração do transporte internacional, e três, no transporte doméstico (MALAGUTTI, 2001).

Deu-se início, assim, ao período de *regulação estrita*, em que os preços e as frequências dos voos passaram a ser ditados pelo Estado, que também restringia a entrada de novas companhias aéreas, dividindo-se o mercado em segmentos regional e nacional. Esse modelo restou consolidado nos Decretos 72.898/1973 e 76.590/1975.

Com a crise econômica da década de 1980, a combinação do baixo crescimento das receitas com o aumento dos custos operacionais e financeiros resultou no endividamento das grandes empresas nacionais. A deterioração econômico-financeira das companhias aéreas agravou-se com o aumento do preço do petróleo, com as desvalorizações cambiais e com o controle de preços.

A partir dos anos 1990, a crise financeira das empresas do setor motivou a desregulamentação progressiva do mercado de transportes aéreos no Brasil, realizada em três fases: a primeira, em 1992; a segunda, em 1997/1998; e a terceira, em 2001/2002 (FERREIRA; OLIVEIRA, 2007).

Na primeira fase, abandonou-se o monopólio legal das empresas estabelecidas nos mercados nacional e regional, substituiu-se a política de regulação de preços pela definição de *preços de referência*, bem como passou-se a incentivar a concorrência.

A segunda fase foi marcada por um processo de intensificação da quase desregulamentação. Nesse período, foram expedidos dois importantes atos administrativos no sentido de acentuar a flexibilização e estimular a competição das operadoras: a Portaria 986/DGAC, de 18 de dezembro de 1997, que liberou as empresas para a prática de tarifas com descontos de até 65% sobre o valor de referência fixado, e a Portaria 05/GM5, de 9 de janeiro de 1998, que liberou “qualquer empresa aérea regular brasileira” para operar as chamadas “Linhas Aéreas Especiais”, que ligam os aeroportos centrais (BUSTO; TUROLLA; OLIVEIRA, 2005).

Na terceira fase, a partir de agosto de 2001, houve a total desregulamentação tarifária. Essa fase também marca a redefinição tanto dos agentes no mercado (companhias aéreas e suas coalizões) como da própria autoridade reguladora (do DAC para a futura ANAC).

Em termos de aumento de bem-estar para os usuários de transporte aéreo, os resultados positivos do processo de liberalização e a introdução de concorrência nesse mercado foram evidenciados por diversos estudos recentes. Em linhas gerais, ampliou-se a oferta de voos e, portanto, as opções e o acesso ao serviço para os usuários; introduziu-se a competição de preços que, por sua vez, ampliou a dimensão do mercado; e introduziu-se a competição por diferenciação, o que representa melhor atendimento de segmentos da demanda com perfis distintos (GUIMARÃES; SALGADO, 2003).

Em 2003, seguindo novas orientações de política setorial, o Estado voltou a implementar alguns procedimentos de intervenção econômica no mercado, objetivando controlar o que foi chamado de “excesso de capacidade” e o acirramento da “competição ruínosa” no mercado (IPEA, 2010).

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), instituída pela Lei 11.182/2005, autarquia federal de regime especial, foi criada para regular e fiscalizar as atividades da aviação civil e a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária no Brasil. Começou a atuar em 2006, substituindo o antigo Departamento de Aviação Civil (DAC).

3. Oligopólio de companhias aéreas

A indústria do transporte aéreo brasileiro foi marcada por pouquíssimos episódios de entrada nos últimos quarenta anos. Com efeito, somente com a reforma regulatória dos anos 1990, o setor teve sua estrutura de mercado oficialmente aberta, rompendo-se com o arcabouço institucional de quatro companhias aéreas de âmbito nacional (linhas-tronco) e cinco companhias aéreas de âmbito regional, modelo que caracterizou a fase regulatória mais estrita, de *competição controlada*.

A operação das companhias aéreas regionais iniciou-se com as subvenções do SITAR (Sistema Integrado de Transporte Aéreo Regional) a partir de 1976, no qual foram designados monopólios geográficos para TAM, Taba, Votec, Rio-Sul e Nordeste, com vistas a impulsionar o transporte aéreo em rotas menos densas do sistema. Antes disso, havia apenas a operação do triopólio Varig-Cruzeiro, Vasp e Transbrasil, que operavam, sobretudo, as linhas-tronco do segmento doméstico (IPEA, 2010).

Apesar da abertura iniciada em 1992, tendo o número de companhias aéreas mais do que dobrado, o acréscimo não se traduziu em uma participação de mercado considerada relevante.

Verifica-se, atualmente, que a competição no setor aéreo é marcada por uma estrutura de *oligopólio parcialmente desregulado*, em que se vislumbra forte concentração.

Nesse aspecto, apesar da queda nos preços das passagens aéreas nos últimos anos, o Brasil ainda é o 12º país mais caro do mundo em transporte aeroviário. O levantamento foi realizado pela empresa alemã GoEuro, comparando o preço médio pago a cada 100 quilômetros pelos passageiros. O preço cobrado no Brasil é bem superior ao praticado nos maiores mercados aéreos. Brasileiros pagam, por exemplo, 48% mais que os britânicos e 223% mais que os norte-americanos. Na Argentina, o custo médio é de quase metade: são US\$ 24,74 a cada 100 quilômetros. Na comparação com as grandes economias emergentes, a tarifa média cobrada no Brasil é 121% mais alta que no México, 124% superior à da China, 166% maior que da Rússia e 335% superior à da Índia⁴.

4 <http://economia.estadao.com.br/blogs/fernando-nakagawa/passagem-de-aviao-no-brasil-e-a-12a-mais-cara-do-mundo/>. Acesso em 08/12/2016.

Registre-se que os altos preços resultam, dentre outros fatores, do oligopólio formado por LATAM, Gol, Azul e Avianca, que dominam o setor aéreo em um país de dimensões continentais. Atualmente, existem somente doze empresas nacionais de transporte aéreo regular de passageiros sob fiscalização da ANAC e em operação no Brasil⁵

Em que pese a busca de um novo desenho estatal para a intervenção no setor aéreo, existem significativas *barreiras à entrada* no mercado. Algumas dizem respeito às características inerentes ao próprio transporte aéreo, tais como altos custos operacionais, de aquisição de aeronaves e de estrutura, bem como gastos com marketing voltados à atração de clientes. Outras resultam de restrições legais, como as limitações ao capital externo e ao exercício da direção por estrangeiro (MAIA; REIS, 2009).

4. Participação do capital estrangeiro nas companhias aéreas brasileiras

A Constituição da República dispõe, no art. 21, XII, *c*, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.

Conforme previsto no artigo 180 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986), “a exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados”. Do artigo 181 consta que “a concessão somente será dada à pessoa jurídica brasileira que tiver: I - sede no Brasil; II - pelo menos 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto, pertencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social; III - direção confiada exclusivamente a brasileiros”.

Verifica-se, pois, que, nos termos da legislação em vigor, empresas estrangeiras não podem possuir mais de 20% de participação no capital votante de companhias brasileiras que realizem transporte aéreo regular.

5 <https://sistemas.anac.gov.br/sas/empresasaereas/view/frmEmpresas.aspx>. Acesso em 04/10/2018.

Historicamente, a regulação econômica do setor aéreo no Brasil foi norteadada pela visão estatal de que a indústria de transporte aéreo de passageiros seria um serviço de utilidade pública essencial. Assim, o governo procurava assegurar a estabilidade do empreendimento, a segurança e a defesa nacional, a proteção ambiental, o prestígio e a política comercial e industrial do país e o desenvolvimento regional e urbano (BUSTO; TUROLLA; OLIVEIRA, 2005).

A aviação é um dos setores econômicos mais protegidos contra a concorrência internacional por cada país, em razão do momento histórico em que foi formatado internacionalmente o atual marco regulatório da aviação (final da Segunda Guerra Mundial).

A regulação tradicionalmente adotada no Brasil sempre colocou em primeiro plano a proteção das empresas brasileiras, mediante a criação de barreiras de entrada ao mercado que dificultam a concorrência, em detrimento dos interesses dos consumidores e da economia nacional (PINTO, 2006).

Em meio à recessão econômica, o Governo Federal editou a MP 714/2016, que ampliava a possibilidade de participação do capital estrangeiro de 20% para 49%. Na Câmara, o percentual foi elevado para 100%, mas a proposta encontrou resistências no Senado. Tendo em vista que a não aprovação do diploma legal prejudicaria a Infraero, o governo entrou em acordo com os senadores para que aprovassem o texto enviado, com o compromisso de o presidente vetar o dispositivo sobre o capital estrangeiro, o que ocorreu, restando promulgada a Lei 13.319/2016⁶.

Em abril de 2017, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei 7.425/2017, que permite o controle acionário de companhia aérea por empresa estrangeira, desde que constitua sede no Brasil e opere segundo a legislação nacional. Foi aprovado, em março de 2018, regime de urgência natramitação.⁷

De um lado, parte das companhias defendem a abertura como alternativa de capitalização. O Estado, a seu turno, com a medida, atrairia

6 <http://www.valor.com.br/politica/4618985/senado-aprova-mp-das-aereas-e-temer-vetara-capital-estrangeiro>. Acesso em 08/12/2016.

7 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2129730>. Acesso em 04/10/2018.

empresas de baixo custo (*low cost*), estimulando a concorrência e beneficiando os consumidores.

Em maio de 2016, a demanda por viagens domésticas registrou baixa de 7,7% na comparação com o mesmo mês de 2015. Foi o 10º resultado mensal negativo consecutivo para o item, e o pior, em termos absolutos, desde maio de 2012. O volume de passageiros transportados no mês foi de 6,8 milhões, 9,9% abaixo do que o obtido em 2015⁸. No ano anterior, Gol, TAM, Avianca e Azul contabilizaram, juntas, perdas de R\$ 5,9 bilhões (o pior resultado financeiro da história, pelos cálculos da ANAC). Uma das razões apontadas pelas próprias companhias para o pífio desempenho, além da alta carga tributária, da infraestrutura sucateada e da intensa volatilidade do câmbio, foi o excesso de intervenção estatal⁹.

Levando-se em conta a situação de escassez de poupança no País – o que eleva o custo de capitalização das empresas aéreas –, a elevação de investimentos via capital externo significaria maior oferta de serviços e mais concorrência, com melhores preços e mais variedade de opções para os passageiros. A permanência de limitações a investimentos no setor somente interessa a quem não deseja mais concorrência.

Tendo em vista que a restrição aos investimentos estrangeiros nas companhias nacionais ainda é a regra em diversos países, parte dos especialistas defende a abertura gradual, assim como previa o texto original da MP 714/2016 (de 20% para 49%). Segundo Ricardo Bisinotto Catanant, representante da ANAC, na União Europeia, já existe uma abertura até 49% do capital externo entre os países membros, com diretriz para estudos para a medidas de flexibilização se estenda a nações de fora do espaço comum. Os Estados Unidos, por sua vez, já vêm tentando implementar a flexibilização há mais de uma década¹⁰.

Representantes da Azul e da Avianca também tendem a adotar a posição gradualista, sendo que a primeira defende a discussão de termos

8 <http://www.forbes.com.br/negocios/2016/09/como-as-companhias-aereas-brasileiras-estao-se-preparando-para-o-futuro/>Acesso em 10/12/2016.

9 <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20160624/espaco-para-estrangeiras/386847>. Acesso em 08/12/2016.

10 <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/09/08/debate-sobre-capital-estrangeiro-no-setor-aereo-vai-da-bertura-total-ao-avanco-gradual>. Acesso em 08/12/2016.

acerca de reciprocidade com os demais países (concessões mútuas). Somente o representante da Gol defendeu a abertura total do capital aos investidores externos.¹¹

Durante os debates acerca da MP 714/2016 e do PLS 258/2016, tem-se verificado dois tipos de abordagens contrárias ao aumento do capital estrangeiro: i) discursos retrógrados no sentido de “defesa da soberania nacional”; ii) interesses particulares de empresas que buscam a manutenção de sua posição dominante no mercado oligopolizado.

A aversão ao capital externo surgiu no contexto histórico de conflitos militares do século passado, em que havia, de fato, um interesse dos Estados no controle do setor aéreo por empresas nacionais. Diante do panorama mundial atual, o excessivo protecionismo não mais se justifica, revelando-se nocivo à livre concorrência e ao desenvolvimento econômico e prejudicial aos consumidores.

Parte dos defensores da limitação traz como argumento o fato de que outros países também restringem o capital social das companhias aéreas. Nos Estados Unidos, por exemplo, conforme previsto no Federal Aviation Act de 1958, segue em vigor o teto de 25% de capital votante estrangeiro¹².

Não se pode olvidar, porém, das notórias diferenças existentes entre a economia estadunidense e a brasileira, principalmente no que diz tange ao setor aéreo.

Deveras, apesar de, tecnicamente, também estar caracterizada uma barreira à entrada nos EUA, em razão da abundância de capital no país pelos mais variados motivos históricos e sociais, jamais verificou-se deficiência de competitividade entre as empresas por falta de recursos financeiros. Pelo contrário, mesmo em meio às crises econômicas, o setor aéreo norte-americano tem se recuperado e se revelado competitivo, principalmente, em rotas internacionais. No Brasil, contudo, o capital é mais limitado, tendo ficado evidente, no processo de desestatização, a ausência de recursos para o Estado manter e realizar os investimentos necessários em serviços básicos, como os de energia elétrica e de telecomunicações. Dessa

11 *Idem.*

12 Federal Aviation Act of 1958, Pub. L. No. 85-726, 72 Stat. 737 (codificado como U.S.C. §§ 1301 et.seq. (1988)).

forma, empresas atuantes no Brasil tendem a necessitar de mais recursos estrangeiros no seu processo de capitalização (MAIA; REIS, 2009).

Em uma análise econômica de eventual modificação legislativa, verifica-se que a capitalização das companhias aéreas brasileiras mostrar-se-ia positiva para a indústria, com efeitos benéficos no que diz respeito à manutenção da atividade, ao aumento da concorrência, à implementação de novas rotas e à melhoria dos serviços prestados pelas companhias aéreas no Brasil.

A depender de um novo percentual adotado (49% ou 100%), maior poderia ser a atratividade para o investidor externo, atenuando-se a escassez de recursos no setor de transporte aéreo de passageiros. Nesta senda, aos investidores externos seriam abertas as possibilidades de aumentar a participação em companhias aéreas brasileiras já em atividade, bem como de constituir novas empresas em território nacional.

Se uma maior parcela de capital votante, por exemplo, dos atuais 20% para a faixa de 40 a 49%, fosse acompanhada pela alteração da legislação quanto à participação de estrangeiros na direção da empresa (presidência e/ou maioria dos diretores podendo ser de nacionalidade estrangeira), companhias atualmente em dificuldades econômico-financeiras e com histórico de problemas organizacionais poderiam ser alvo de interesse de investidores estrangeiros, em particular empresas e grandes consórcios diretamente atuantes na indústria do turismo (DO ESPÍRITO SANTO JR; CORREIA, 2003).

Avaliações apriorísticas no sentido de que a abertura tornaria as aéreas brasileiras suscetíveis a aquisições hostis não merecem prosperar, eis que compete ao CADE intervir quando necessário o combate a práticas anticoncorrenciais.

Nesta senda, cabe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência acompanhar o ambiente competitivo do setor e evitar estruturas ou condutas que venham a ser consideradas prejudiciais à concorrência. O Estado deve possuir a capacidade de eliminar barreiras à entrada e confiar na atuação de seus órgãos de defesa da concorrência para dirimir eventuais distorções. O excesso de intervenção tende a engessar a atuação dos agentes, ou pior, estimular a existência de estruturas societárias que subvertam de forma indesejada a regulação do setor (MAIA; REIS, 2009).

Impende consignar, ainda, que Austrália e Nova Zelândia permitem que estrangeiros sejam 100% donos de empresas aéreas operando ligações domésticas, assim considerados, também, voos entre os dois países, eis que possuem um acordo bilateral de excepcional amplitude, inclusive permitindo a cabotagem em reciprocidade. No Chile, para o governo autorizar a operação de uma empresa aérea estrangeira em seu país, apenas estipula que tenha o seu principal local de negócios no país solicitante (DO ESPÍRITO SANTO JR; CORREIA, 2003).

Importa registrar, por fim, os argumentos constantes da exposição de motivos do PL 7.425/2017:

(...) A eliminação desse limite de participação de capital estrangeiro com direito a voto justifica-se, por um lado, porque sua permanência faz com que o Brasil seja um dos países mais fechados a investimentos estrangeiros no setor aéreo. Segundo informações do Banco Mundial, apenas países como Arábia Saudita, Etiópia, Haiti e Venezuela mostram-se mais restritivos à participação de investidores estrangeiros nesse setor – nesses países o capital estrangeiro com direito a voto não é permitido, ao passo que em alguns países sul-americanos, como Chile, Colômbia e Bolívia, permite-se até 100% (cem por cento) de controle acionário por investidores estrangeiros em empresas aéreas nacionais. Por outro lado, tal limite ainda faz com que o transporte aéreo seja o setor da economia brasileira mais restritivo a investimentos estrangeiros. Nesse sentido é importante mencionar que setores relevantes como hospitalar, aeroportos, portos, ferrovias, telecomunicações, energia elétrica, saneamento básico, construção, turismo, varejo, mineração, óleo e gás, agricultura, manufaturas leves, bancos e seguros permitem a participação de até 100% de capital estrangeiro com direito a voto. 22. É importante destacar que não se trata, com esta proposta de Projeto de Lei, de garantir a exploração do mercado doméstico brasileiro a empresas aéreas estrangeiras. Empresas constituídas em outros países continuarão impedidas de realizar a chamada “cabotagem” – ou seja, o transporte aéreo de passageiros, carga e correio entre pontos no Brasil. Como observado na minuta normativa, a exploração de serviços aéreos públicos somente será dada à pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil. Deste modo, para que uma empresa aérea estrangeira queira explorar serviços aéreos públicos no país, ela deverá constituir uma filial em território brasileiro

e operar conforme a legislação pátria. 23. Dentre os resultados esperados a partir da abertura do setor aéreo ao capital estrangeiro, incluem-se o aumento da competição e a desconcentração do mercado doméstico, o aumento da quantidade de cidades e rotas atendidas pelo transporte aéreo regular, a redução do preço médio das passagens, o aprimoramento de técnicas gerenciais e a incorporação de novas tecnologias no processo de gestão das empresas, a diversificação de serviços e produtos e uma melhor conectividade da malha aérea doméstica com voos internacionais(...).¹³

5. Considerações finais

Em face de todo o exposto, pode-se concluir que as atuais restrições legais à participação de capital externo nas companhias aéreas nacionais consistem em notórias limitações ao desenvolvimento econômico e à livre concorrência, prejudicando, em última instância, os consumidores.

A aviação é um dos setores econômicos mais protegidos contra a concorrência internacional por cada país, em razão do momento histórico em que foi formatado o atual marco regulatório da aviação (final da Segunda Guerra Mundial). A aversão ao capital externo surgiu nesse contexto de conflitos militares do século passado, em que havia, de fato, um interesse dos Estados no controle do setor aéreo por empresas nacionais. No panorama mundial atual, não mais prosperam discursos retrógrados no sentido de “defesa da soberania nacional”, nem se justifica o excessivo protecionismo.

Atualmente, a competição no setor aéreo brasileiro é marcada por uma estrutura de *oligopólio parcialmente desregulado*, em que se vislumbra forte concentração. LATAM, Gol, Azul e Avianca dominam o setor em um país de dimensões continentais, existindo somente treze empresas nacionais de transporte aéreo regular de passageiros sob fiscalização da ANAC e em operação no Brasil.

Nesta senda, a escassez de recursos no setor aéreo e a necessidade de capitalização externa impõem imediatas modificações legislativas

13 http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AE3664E0DF129C61B40334927DE9F41D.proposicoesWebExterno2?codteor=1546081&filename=PL+7425/2017. Acesso em 04/10/2018.

no Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei 7.565/86), principalmente com relação ao artigo 181, II, que entrou em vigor em um contexto histórico diferente do atual. Faz-se mister, pois, a atualização desse marco regulatório.

Vislumbra-se como ideal, portanto, a extinção do limite de participação estrangeira no capital social votante, o que atrairia vultosos e necessários investimentos externos ao setor, resultando em maior oferta de serviços e mais concorrência, com melhores preços e maior variedade de opções para os passageiros. A permanência de limitações a investimentos somente interessa a quem não deseja mais concorrência: empresas que buscam a manutenção de sua posição dominante no mercado oligopolizado.

Subsidiariamente, poder-se-ia, ao menos, elevar referido limite a 49%, o que traria uma solução gradualista, permanecendo o controle acionário em poder de nacionais.

Referências Bibliográficas

BIELSCHOWSKY, Pablo; CUSTÓDIO, Marcos da Cunha. **A evolução do setor de transporte aéreo brasileiro**. Revista Eletrônica Novo Enfoque, v. 13, n. 13, p. 72-93, 2011.

DO ESPÍRITO SANTO JR, Respicio Antônio; CORREIA, Fábio Cardoso. **O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras**. 2003. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006 (Revista de Informação Legislativa).

DOS SANTOS FERREIRA, Natália; DE OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques. **Discussão das Abordagens Teóricas na Investigação de Práticas de Concorrência Predatória no Transporte Aéreo**. São José dos Campos, 2007.

IPEA. **Panorama e Perspectivas para o transporte aéreo no Brasil e no Mundo**.

Série eixos do desenvolvimento, n. 54. Brasília: Ipea, 2010.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MAIA, Alessandra Japiassú; REIS, Sérgio L. B. F. **O limite de participação do capital estrangeiro no setor de transporte aéreo brasileiro – aspectos regulatórios.** Revista da AGU, v. 10, n. 30, p. 45–84, out./dez.,2009.

MALAGUTTI, A. O. **Evolução da Aviação Civil no Brasil.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia.** São Paulo: Cengage Learning, 2016.

PINTO, Victor Carvalho. **A abertura do mercado brasileiro de aviação: a questão da cabotagem e da participação do capital estrangeiro nas companhias aéreas brasileiras.** 2006.

POSNER, Richard A. **Frontiers of Legal Theory.** Harvard University Press. Cambridge, MA, EUA, 2004.

PANORAMA SOBRE A AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO NAS AGÊNCIAS FEDERAIS

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto¹

I. Introdução. II. Avaliação de Impacto Regulatório: conceito e importância. III. Recomendações do Conselho sobre Política Regulatória e Governança - OCDE. IV. A Avaliação de Impacto Regulatório no Âmbito das Agências Reguladoras Federais. V. Conclusão. VI. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

De prôemio, importa consignar que a regulação estatal não deve ser associada unicamente à ideia de privatizações e concessões. Com efeito, a chamada regulação econômica - uma de suas “espécies” - está inserida na atividade administrativa inerente ao próprio Estado, como verdadeira prerrogativa destinada a suprir falhas de mercado, cuja implementação pode se dar pela intervenção direta do Estado ou de maneira indireta, pela adoção do modelo de Estado regulador.

Nesse sentido, Diogo de Sant’ana² aduz que

independentemente da noção adotada como referência, o sentido do vocábulo regulação indica um atividade (atuação ou intervenção do Estado no ou sobre o domínio econômico) e uma finalidade (organização da economia capitalista, correção de falhas de mercado, distribuição de

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Mackenzie, em Direito Administrativo, pela Fundação Getúlio Vargas - GVLAW, e em Direito e Economia, pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Possui MBA em Economia e Gestão, pela Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas – EESP/FGV.

2 Schapiro, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*, p. 369.

riqueza, combate ao poder econômico, distribuição de benefícios entre as indústrias).

Desse modo, é possível entender o termo regulação como “toda forma de organização com a presença do Estado na atividade econômica, seja por meio da concessão de serviço público, seja pelo exercício do poder de polícia.”³

Para a Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico - OCDE, regulação é definida de forma ampla, abrangendo o conjunto diversificado de instrumentos pelos quais são estabelecidos requisitos para empresas e cidadãos, incluindo normas formais e informais emitidas em todos os níveis de governo, bem como “normas expedidas por órgãos não-governamentais ou autorregulados aos quais os governos tenham delegado poderes regulatórios (OECD, 1997)”⁴.

Contudo, e para os fins do presente trabalho, o termo regulação será adotado em seu sentido estrito. Mesmo com tal redução de espectro, é possível afirmar, seguindo posicionamento externado pela OCDE, que a regulação “é um dos três principais instrumentos de poder formal do Estado (juntamente com tributação e gastos)”. Assim, quando realizada de forma efetiva, a política regulatória, que tem por objetivo assegurar que o arcabouço regulatório funcione de forma efetiva, de modo que as regulações e os marcos regulatórios estejam de acordo com o interesse público, complementa a formulação e implementação de todas as outras políticas⁵.

Pois bem. No que concerne ao âmbito nacional, durante a década de 1990, o Brasil passou por uma grande reforma regulatória caracterizada, sobretudo, por: (i) privatizações de empresas estatais, no bojo do Plano Nacional de Desestatização; (ii) reformas constitucionais e (iii) criação de agências reguladoras⁶.

A partir do incremento das privatizações e da concessão de serviços públicos, o Estado teve de dedicar-se à atividade de regulação indireta

3 *Idem.*

4 Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico. *Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança*, p.21-22

5 *idem.*

6 Diogo de Sant’ana. *op cit.* p. 373.

que inclui, dentre outras, medidas de garantia de segurança jurídica do sistema, até mesmo para propiciar a atração de investimentos privados, havendo, pois, intensificação de mecanismos de regulação em sentido estrito, os quais não implicam em sua atuação como agente econômico, mas “como agente normativo e regulador da atividade econômica”, desempenhando “funções de fiscalização, incentivo e planejamento”, nos termos do artigo 174 da Constituição Federal.

Nesse contexto, foram criadas diversas agências reguladoras setoriais⁷, dentre as quais vale citar: (i) Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL - Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; (ii) Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL - Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; (iii) Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis⁸ - ANP - Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 e (iv) Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ - Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

A essas agências foi atribuído, dentre outros, o relevante papel de regular e fiscalizar, em suas respectivas esferas de atribuições, as atividades de prestação de serviços públicos e exploração de infraestruturas agora concedidas a parceiros privados, aí compreendidas a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos ajustes firmados com o Poder Concedente, bem como a coordenação das tarifas cobradas dos usuários, agora disciplinadas em contrato.

Note-se, pois, o relevante papel atribuído às agências que, de um lado, atuam de modo a garantir que os serviços, ora prestados por parceiros privados, o sejam de forma adequada aos usuários, e, de outro, buscam garantir o retorno financeiro pactuado para os vultuosos investimentos privados realizados.

Nada obstante, não é incomum a divulgação de notícias que revelam a inadequação das medidas regulatórias adotadas que, por vezes, optam por soluções custosas e cujos benefícios ao interesse público, considerados médio e longo prazos, são bastante diminutos.

7 Que convivem com outras autarquias e órgãos da administração direta, também dotados de competência regulatória.

8 Denominação conferida pela Lei nº 11.097/2005.

Nesse ponto, a adoção da chamada Avaliação de Impacto Regulatório poderia representar verdadeiro salto de qualidade e eficiência para a política regulatória do País, como adiante se verá, atraindo sobremaneira a concretização de investimentos privados para projetos cuja execução seria inviável somente com recursos públicos.

Assim, o presente trabalho, através de um panorama inicial, procura provocar a reflexão do leitor para a ineficiência econômica causada pela ausência de uma regulação adequada e eficiente que adote métodos e ferramentas, como a Avaliação de Impacto Regulatório, que busquem orientar a decisão do agente regulador.

2. Avaliação de Impacto Regulatório – conceito e importância

No modelo brasileiro, as agências reguladoras adotaram a conformação de autarquias de regime especial, pessoas jurídicas de direito público, integrantes da administração indireta, dotadas de algumas prerrogativas dentre as quais destacam-se o mandato fixo de seus dirigentes e a autonomia financeira.

Tais prerrogativas vêm ao encontro de suas relevantes atribuições de regulação e fiscalização, aliadas à finalidade de alternância das decisões relacionadas à ordem econômica que se distancia das influências do poder político e se aproxima da tecnicidade, razão última da implantação do padrão de agências reguladoras.

De fato e como cediço, muito embora possuam delimitações de competências determinadas por suas leis de criação e por sua própria estruturação jurídica, haja vista que a administração direta preserva suas atribuições indissociáveis, como ente central e Poder Concedente, no caso das concessões de serviços públicos, as decisões das agências reguladoras possuem grande relevo e elevada repercussão.

Nesse sentido, vem à tona a chamada análise ou avaliação de impacto regulatório.

Como mencionado por Alexandre Aragão⁹,

⁹ <http://www.valor.com.br/arquivo/878993/regulacao-mais-eficiente-e-menos-invasiva>. Acesso em 03 de dezembro de 2016.

O ente regulador deve colher as impressões da sociedade, mas não se limitar a elas, devendo também produzir com independência e competência técnica o próprio arcabouço fundamentador da sua pretensão normatizadora, submetendo, sem paixões, esse próprio estudo prévio ao debate.

...

O âmago da Análise de Impacto Regulatório (AIR) é fazer com que as liberdades das pessoas e empresas, como o bem mais sagrado em um estado democrático de direito, não sejam sacrificadas desnecessariamente, por incompetência, paixões pessoais, desconhecimento da realidade a ser regulada, pressa ou amor aos holofotes das pessoas que ocasionalmente estiverem exercendo a função de regulador.

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE,

análise de impacto regulatório (AIR) é tanto uma ferramenta como um processo de decisão com o objetivo de informar os tomadores de decisão sobre se e como devem regular para atingir as metas das políticas públicas. Melhorar a base empírica da regulação através de uma avaliação *ex ante* (prospectiva) do impacto da nova regulação é uma das mais importantes ferramentas regulatórias disponíveis para os governos. Seu objetivo é melhorar a elaboração de regulações auxiliando as autoridades a identificar e considerar as opções regulatórias mais eficientes e efetivas, incluindo as alternativas não regulatórias, antes de ser tomada uma decisão. Um método de fazer isso é através da análise empírica dos custos e benefícios da regulação e dos meios alternativos para se alcançar os objetivos da política, identificando a abordagem que provavelmente produzirá o maior benefício líquido para a sociedade.¹⁰

Com efeito, a adoção do modelo de agências reguladoras busca consolidar a imagem de eficiência do Estado Regulador, até em obediência ao estatuído no artigo 37 da Constituição Federal (redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998), afastando temas relevantes das ingerências políticas naturais ao Poder Executivo Central. Busca-se, desse modo, aumentar a atratividade de investimentos estrangeiros, ante

10 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança*, p.25.

a promessa de garantia de segurança jurídica do sistema e, consequentemente, redução de riscos alheios à matriz contratual avençada.

Para a consecução de tal finalidade, por óbvio, é preciso que as decisões das agências se pautem por regras estáveis e coerentes, dotadas de tecnicidade tal que seja possível a previsibilidade de seus resultados, evitando-se, ao máximo, efeitos indesejados, até pela grande proporção que estes podem assumir.

Nesse sentido, a AIR busca melhor orientar as decisões regulatórias, com incremento de sua qualidade, conferindo, inclusive, embasamento transparente ao processo decisório.

3. Recomendações do Conselho sobre Política Regulatória e Governança – OCDE

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, fundada em 1961, conta, atualmente, com 34 países membros. O Brasil, muito embora não esteja em tal grupo, figura como *key partner* e, portanto, pode participar de Comitês e de diversas áreas de trabalho.

Ademais, em 2015, foi assinado um Acordo Macro de Cooperação com a OCDE que visa “institucionalizar a participação brasileira em diversos foros da Organização e estabelece os mecanismos para a definição de linhas de trabalho futuras.”¹¹

“A OCDE, no intuito de apoiar o processo brasileiro de aproximação da entidade, vem intensificando a produção de dados e de estudos a respeito do Brasil, além de ter criado um espaço específico em seu site oficial para divulgar relatórios, notícias e estatísticas sobre o país.”¹²

Nessa ordem de ideias, merece destaque a recomendação do conselho sobre política regulatória e governança da OCDE, publicada em 2012, “primeiro documento abrangente sobre política regulatória desde a crise”¹³, que traz a concepção de *governo como um todo* na política

11 <http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/ocde>. Acesso em 03.12.2016.

12 *idem*

13 *idem*

regulatória, enfatizando a importância da transparência e de meios que permitam maior participação da sociedade.

Com efeito, em sua recomendação, a OCDE fornece orientações acerca dos princípios, ferramentas e instituições necessárias para um adequado marco regulatório, ressaltando que a eficiência da regulação pode trazer melhores resultados não apenas econômicos, mas também sociais e ambientais.

Tal documento confere especial atenção à importância da Avaliação de Impacto Regulatório - AIR, *ex ante* e *ex post*, constando como recomendação expressa sua integração “desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação”.

As recomendações esmiúçam os passos que a Administração deve adotar para a correta aplicação da AIR, valendo destacar, como imprescindíveis: (i) identificar os objetivos e finalidades da medida a ser adotada, até para que seja traçado plano estratégico de atuação, incluindo ponderações acerca de custos e benefícios; (ii) avaliar se, de fato, é necessária a adoção de nova medida regulatória, e, caso a resposta seja positiva (iii) como ela pode ser mais efetiva e eficiente para alcançar os objetivos e finalidades almejados.

Do mesmo modo, devem ser considerados meios alternativos de regulação, com análise de todos os *trade-offs* para seleção da alternativa mais eficiente.

Outro aspecto importante é a transparência e participação nos processos regulatórios, o que inclui a realização de consultas públicas e clareza da regulação, de modo a que esta seja facilmente compreensível pela população, reduzindo-se, desta maneira, a assimetria de informações existente entre regulador e regulado. Busca-se, desse modo, suprimir ou amenizar o déficit democrático existente em relação às decisões das agências reguladoras.

4. A avaliação de impacto regulatório no âmbito das agências reguladoras federais

Com o objetivo de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório no âmbito Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de

participação e monitoramento por parte da sociedade civil, bem como da qualidade da regulação de mercados, a União editou o Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007¹⁴, que instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG.

Nos termos do artigo 2º de mencionado edito federal, o PRO-REG contempla a elaboração e a implementação de medidas integradas que objetivem (i) fortalecer o sistema regulatório e a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados, a autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; (ii) a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e o processo regulatório, bem como (iii) o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório.

Referido programa atualmente é coordenado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em atuação conjunta com a Casa Civil da Presidência da República e Ministério da Fazenda, e teve apoio financeiro do Banco Interamericano de Desenvolvimento, para quem devem ser apresentados informes semestrais de avanço elaborados pelo seu Comitê Gestor (artigo 6º, V, do Decreto nº 6.062/2007).

Consoante informação obtida no Boletim PRO-REG - outubro de 2012¹⁵, por meio do programa foram iniciados projetos-piloto de avaliação de impacto regulatório, conduzidos em sete agências reguladoras federais, quais sejam: ANCINE, ANEEL, ANP, ANS, ANTAQ, ANVISA e ANAC. No mesmo sentido, foi desenvolvida parceria com a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE.

Também foram elaborados indicadores de qualidade para o monitoramento e avaliação da atividade regulatória no âmbito federal, de modo a possibilitar o acompanhamento qualitativo e quantitativo do progresso de execução do PRO-REG.

Como indicadores de finalidade foram adotados componentes do Índice de Competitividade Global, elaborado e publicado pelo Fórum

14 Alterado pelos Decretos nº 10.871/2004 e nº 8.760/2016.

15 <http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/boletim-pro-reg/boletim-pro-reg-2o- semestre-de-2012>. Acesso em 03.12.2016.

Econômico Mundial, formado por doze pilares, dentre os quais destacam-se o Pilar Institucional (PI) e o Pilar de Infraestrutura (PIE).

Na mesma linha, foi desenvolvido o Indicador de Qualidade Regulatória Ampliado (IQRA), “para captar, especificamente, o desenvolvimento da qualidade regulatória nas Agências Reguladoras Federais brasileiras” e calculado a partir de dados fornecidos pelas próprias agências.

Em levantamento contido no já mencionado Boletim PRO-REG - outubro/2012, há relevante número de capacitações promovidas no âmbito do programa, qual seja:

Desde o início do Programa até julho de 2012 foram capacitadas 2921 pessoas, das quais 1876 são de Agências Reguladoras Federais e do CADE, 423 de ministérios supervisores, 203 de Agências Reguladoras Estaduais e Municipais, 215 de entidades de defesa do consumidor e 137 de outras instituições.

Contudo, a despeito de tais iniciativas, de fato, a evolução do nível de governança da política regulatória brasileira ainda se mostra bastante incipiente.

A partir das auditorias operacionais em agências reguladoras de infraestrutura, realizadas pelo Tribunal de Contas da União - TCU, a última com resultado consolidado no Acórdão nº 240/2015, prolatado pelo seu órgão plenário, é possível perceber que a governança da regulação ainda pode e deve ser bastante aprimorada.

Com efeito, o TC 031.996/2013-2, que culminou no aludido Acórdão nº 240/2015, avaliou a governança da regulação nos setores de energia, comunicações e transportes, por meio das respectivas agências reguladoras federais setoriais.

Como fundamento teórico para o diagnóstico, o TCU utilizou seu referencial básico de governança, que distingue três mecanismos de avaliação, quais sejam: (i) liderança, (ii) estratégia e (iii) controle.

Sob o prisma da liderança, foram analisados “a existência e o grau de maturidade dos fundamentos que suportam o processo decisório dessas entidades e, por conseguinte, a existência das condições mínimas para o exercício da boa governança”.

A avaliação de impacto regulatório foi abordada no âmbito do processo decisório, considerados os enfoques de autonomia e transparência.

Quanto à estratégia, foram analisados “os planos estratégicos propriamente ditos e o modelo de gestão da estratégia adotado por cada agência”.

No que concerne ao controle, a auditoria debruçou-se sobre a política de gestão de riscos.

A apreciação de tais aspectos foi conjugada em duas questões de auditoria: (i) existem condições favoráveis para que o processo decisório das agências seja transparente e produza decisões técnicas e livres de ingerência? e (ii) em que medida está implementada a gestão estratégica da agência?

A conclusão alcançada pela Corte de Contas foi a de que “não há os sustentáculos mínimos para os Diretores/Conselheiros das agências tomarem decisões estritamente técnicas, transparentes e livre de ingerências».

Referida decisão conta com item específico destinado à avaliação de impacto regulatório, com apontamento no sentido da “incapacidade das agências reguladoras de infraestrutura de realizar a AIR nos moldes das melhores práticas estabelecidas internacionalmente”, o que traz grande prejuízo para o sistema brasileiro, pois, por meio da AIR, impõe-se que “as soluções possíveis sejam comparadas em termos de custos e benefícios”, custos estes que podem ser diretos (arcados pelas empresas e pela sociedade como resultado direto da regulação) e indiretos ou governamentais ou “custo regulatório”.

Os dados obtidos pelo TCU foram consolidados e seu resultado pode ser visto nas tabelas a seguir:

Resumo da situação atual das agências reguladoras quanto à AIR

	AIR obrigatória	Manuais internos	AIR simplificada	Consultas Públicas
ANTT	N	S	N	N
ANTAQ	N	N	N	N
ANAC	N	S	S	N
ANP	N	N	S	S
ANEEL	S	N	S	S
ANATEL	S	N	S	S

Fonte: TCU - Acórdão 240/2015 - Plenário

Como se vê, no âmbito das agências reguladoras federais, apenas ANEEL e ANATEL já preveem em seus regimentos a obrigatoriedade de realização de avaliação de impacto regulatório *ex ante*, mas, ainda assim, não consolidada como ferramental de governança. Por tal razão, o Tribunal de Contas da União recomendou às agências reguladoras que adotem as boas práticas referentes à Análise de Impacto Regulatório difundidas pela OCDE.

Síntese da governança das agências reguladoras

	Vacância	Transparência	Planejamento	AIR	Gestão de Riscos
ANTT	Elevada	Ruim	Em elaboração	Inexistente	Inexistente
ANTAQ	Elevada	Regular	Inexistente	Inexistente	Inexistente
ANP	Média	Ruim	Em elaboração	Inicial	Inexistente
ANATEL	Média	Boa	Em elaboração	Intermediário	Inexistente
ANAC	Baixa	Regular	Completo	Intermediário	Inexistente
ANEEL	Baixa	Boa	Em elaboração	Intermediário	Inexistente

Fonte: TCU - Acórdão 240/2015 - Plenário

Após a prolação do Acórdão nº 240/2015, foi publicada a Deliberação nº 85, de 23 de março de 2016, que dispõe sobre a análise de impacto regulatório a ser realizada no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Por tal ato, a ANTT tornou obrigatória a AIR no âmbito da agência, dividindo-a em dois níveis: (i) nível I, obrigatória para a edição e alteração de atos normativos que tenham natureza regulatória e para atos regulatórios que impliquem edição ou alteração de modelos de outorga e prorrogação de prazos de outorgas e (ii) nível II, para analisar processos mais complexos ou quando a AIR - nível I demonstrar ser insuficiente para a tomada de decisão.

Em complementação, a ANTT publicou manual de análise de impacto regulatório, com orientações e modelos a serem utilizados pelos servidores da agência.

Por relevante, menciona-se os itens-chave da AIR - nível I, quais sejam: (i) identificação da análise; (ii) diagnóstico e mapeamento da situ-

ação-problema; (iii) análise das alternativas e (iv) conclusão. Esta última deve responder às seguintes questões: a AIR realizada é suficiente para embasar uma tomada de decisão? Caso esta AIR seja suficiente para tomada de decisão, é recomendada uma das alternativas? Se sim, qual a opção escolhida e como seria feita a implantação da ação regulatória?

Oportuno consignar, ainda, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1539/2015, de autoria do Deputado Federal Eros Biondini, que objetiva estabelecer a obrigatoriedade de realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR pelas agências reguladoras no âmbito da administração federal.

Referido projeto foi apreciado pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), contando com relatório subscrito pelo Deputado Nelson Marchezan Junior, de 17 de maio de 2016, contando com oferecimento de texto substitutivo.

Interessante observar que, em seu artigo 3º, o PL determina a adoção obrigatória de AIR para: “(i) edição e alteração de atos normativos, (ii) edição e alteração de planos setoriais e (iii) edição de atos que impliquem edição, alteração ou prorrogação de outorgas”, sendo que a sua não realização, para tais situações, ensejará a nulidade do ato administrativo (artigo 34, do PL 1539/2015).

5. Conclusão

De todo o exposto nessas singelas linhas, depreende-se que embora a avaliação de impacto regulatório represente importante ferramental à disposição da boa governança regulatória, não há o seu devido manejo pelas agências reguladoras no Brasil. Com efeito, a grave conclusão alcançada pelo Tribunal de Contas da União, no bojo do Acórdão nº 240/2015 - Plenário, espelha tal realidade.

De fato, a adoção do modelo de agências reguladoras se deve à ideia de implantação de um sistema que busca a tecnicidade e eficiência da regulação, livre de ingerências políticas e de capturas da iniciativa privada. E, nesse contexto, a AIR permite a obtenção de processos decisórios fundamentados, transparentes e eficientes.

Como cediço, uma eficiente política de governança regulatória impactaria direta e positivamente na economia do país, haja vista que a

segurança jurídica e a limitação do arbítrio do regulador implicam em maior atratividade de investimentos privados, até mesmo estrangeiros, para os vultuosos e necessários empreendimentos de infraestrutura (os quais, em última instância, alavancam o crescimento econômico).

De outro modo, a falta de credibilidade das decisões regulatórias tem como consequências diretas a fuga de investimentos e a exigência de maiores taxas de retorno para os projetos.

Nesse sentido, a adoção da AIR está presente em recomendações oriundas de diversos setores, com destaque à OCDE e ao Tribunal de Contas da União.

Não se há de negar que foram adotadas algumas iniciativas em tal sentido, como a implantação do Programa Pro-Reg e a previsão da AIR nos regimentos de algumas agências reguladoras federais. Contudo, prevalece o caráter sobremaneira formal da ferramenta sem a necessária profundidade em sua aplicação.

Com efeito, muito embora o presente trabalho não tenha como finalidade o estudo de casos concretos, a partir dos diagnósticos realizados pelo TCU e pela OCDE é possível afirmar que ainda há um importante e longo caminho a trilhar na busca da boa governança regulatória e dos benefícios que certamente trará para a economia do País.

Referências Bibliográficas

Aragão, Alexandre. *Regulação mais eficiente e menos invasiva*. <http://www.valor.com.br/arquivo/878993/regulacao-mais-eficiente-e-menos-invasiva>. Acesso em 03 de dezembro de 2016.

Boyer, Robert. *Teoria da Regulação - Os Fundamentos*. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Manual de Análise de Impacto Regulatório*. 2ª ed. Brasília: Distrito Federal, 2016.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Deliberação nº 85, de 23 de março de 2016, que dispõe sobre a Análise de Impacto Regulatório a ser realizada no âmbito da ANTT.

BRASIL. Câmara Federal. Projeto de Lei nº 1.539/2015.

BRASIL, Casa Civil. Boletim PRO-REG. Disponível em <http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/boletim-pro-reg/boletim-pro-reg-2o- semestre-de-2012>. Acesso em 03 de dezembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário - Acórdão nº 240/2015, de 11 de fevereiro de 2015. Relator Ministro Raimundo Carreiro.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Disponível em <http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/ocde>. Acesso em 03 de dezembro de 2016.

Coutinho, Diogo. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico - OCDE. *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*. Paris, 2012.

Schapiro, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE DANO MORAL COLETIVO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Ligia Mara Marques da Silva Ribeiro¹

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar se lesões difusas ao meio ambiente possuem o condão de acarretar em responsabilidade do ofensor por danos morais coletivos. Para tanto, iniciamos o estudo a partir da análise de alguns princípios do direito ambiental e das particularidades do dano ao meio ambiente em relação ao dano tradicionalmente tutelado por nosso ordenamento. Em seguida, abordamos a responsabilidade civil por danos ambientais, demonstrando que as peculiaridades desta espécie de dano acabaram por justificar a adoção, pela legislação pátria, de regras diferenciadas em relação às aplicáveis à responsabilidade civil clássica. Analisamos ainda o instituto jurídico do dano moral e expusemos o entendimento de que ele teria cabimento não somente em caso de dano individual, mas também em lesões coletivas, em especial por ofensa ao direito fundamental ao meio ambiente sadio, em que pese o assunto ainda não se encontre pacificado na jurisprudência.

Palavras-chaves: lesões difusas; meio ambiente; responsabilidade; dano moral coletivo; direito fundamental.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Dano Ambiental; 3 – Aspectos gerais da responsabilidade civil aplicada ao direito ambiental; 4 – Dano Moral;

1 Procuradora do Estado de São Paulo lotada na Procuradoria do Contencioso Ambiental e Imobiliário, Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), Especialista em Direito Ambiental pela Escola da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (2013).

5 – Dano moral ambiental coletivo; 6 – Considerações finais; Referências Bibliográficas;

1. Introdução

A ideia de proteção ao meio ambiente origina-se da percepção de que o avanço contínuo na utilização dos recursos da natureza pode causar consequências negativas irreversíveis.

Nas últimas décadas, a humanidade começou a entender que os recursos naturais nem sempre são renováveis, passando o tema da preservação ambiental a possuir maior destaque e a merecer especial atenção por parte da sociedade. Também passou o tema a ser objeto de debates acalorados não apenas no Brasil, mas em todo o mundo.

Internamente, justamente em razão da percepção de que os recursos da natureza podem ser finitos, é que o ordenamento jurídico pátrio, atento às novas aspirações da sociedade, privilegia atualmente a noção de *prevenção* quando trata de matéria ambiental.

Nesta esteira, sempre que possível, nosso ordenamento opta pelo aspecto preventivo, determinando a adoção de medidas voltadas a evitar que o dano ocorra, segundo o que preceituam os Princípios da Prevenção e da Precaução, que regem a tutela do meio ambiente. Trata-se da noção de que é mais eficiente e menos custoso evitar que o dano ocorra do que procurar repará-lo posteriormente.

Todavia, não raro, danos ao meio ambiente ocorrem, seja em razão da não adoção de medidas preventivas, seja em razão de serem elas insuficientes. Nestes casos é que surge a ideia de *responsabilidade*.

O postulado de que quem dá causa a um dano possui o dever jurídico de repará-lo, isto é, a noção de responsabilidade civil, é mandamento fundamental de um Estado de direito, podendo ser considerado essencial para a vida em uma sociedade civilizada.

Nesta esteira, não há harmonia social se não existir uma regra que imponha ao causador de um dano o dever de indenizar, bem como que garanta ao lesado a reparação ao prejuízo sofrido.

No que tange especificamente ao Direito Ambiental, a responsabilização do infrator por danos causados ao meio ambiente é objeto de previsão constitucional, demonstrando a grande importância que a Lei Maior dispensou ao tema da preservação do meio ambiente.

É o que se verifica no trecho transcrito:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Do dispositivo supracitado, nota-se que o causador do dano pode ser responsabilizado nos âmbitos penal, administrativo e civil, esferas estas que são independentes entre si. Esta última forma de responsabilização, na esfera civil, é a que interessa ao presente trabalho.

Antes mesmo de ser alçada a matéria constitucional, a responsabilização civil por danos ambientais já era prevista no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. Com efeito, o artigo 4º, inciso IV, 1ª parte, da referida lei, estabelece como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente a imposição da obrigação de recuperar e/ou de indenizar os danos causados ao poluidor e ao predador².

Por outro lado, sendo o dano uma lesão a algum interesse juridicamente protegido, nosso ordenamento jurídico atualmente prevê a reparabilidade não apenas de danos patrimoniais, mas também de

2 Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

[...]

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

danos extrapatrimoniais, conforme ele acarrete ou não prejuízo pecuniário a quem o sofre.

Trata-se de uma evolução em relação ao que tradicionalmente se aplicava em termos de responsabilidade civil, tendo em vista que, por muito tempo, apenas se admitiu a possibilidade de reparação de danos que possuíssem um caráter econômico.

Verifica-se, todavia, que esta evolução ainda não está completa, não tendo atingido seu estado final. A nova realidade social traz consigo novas aspirações, problemas e relações inimagináveis há poucas décadas, às quais o direito vem tendo de se adaptar para dar respostas adequadas.

Nesta esteira, o instituto do dano extrapatrimonial, mesmo sendo bastante novo em termos de realidade jurídica, já vem sofrendo adaptações desde que começou a ser aceito pela doutrina e pela jurisprudência pátrias.

Com efeito, se há alguns anos apenas se admitia como dano extrapatrimonial o dano moral sofrido pelo indivíduo (pessoa física), atualmente já se admite também outras figuras, como o dano moral sofrido por pessoas jurídicas e o dano estético.

Neste cenário é que se coloca a questão da possibilidade de reconhecimento de dano moral difuso ou coletivo, em especial em caso de lesão a bens ambientais, tema que é hoje objeto de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, e que pretendemos desenvolver no presente trabalho.

Procuraremos expor as posições existentes sobre o assunto, em especial a que admite a tese do dano moral ambiental com fundamento no artigo 1º, “caput” e inciso I, da Lei Federal nº 7.347/85³, e a que a rejeita, por entender que os requisitos necessários para a caracterização de dano moral, como a dor e o sofrimento psíquico, são eminentemente individuais.

3 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
1 - ao meio-ambiente.

Trata-se de discussão bastante atual, para o qual ainda não há uma posição fortemente consolidada, e com a qual pretendemos contribuir por meio do presente trabalho.

2. Dano ambiental

Inicialmente, cumpre avaliar o que seria o dano ambiental, apto, como tal, a acarretar a responsabilidade do agente. Com efeito, só haverá falar-se em responsabilidade com a constatação da existência de um dano.

No presente capítulo, trataremos do conceito de dano ambiental e de suas espécies, para, em seguida, analisarmos as peculiaridades deste dano.

Verificaremos que estas peculiaridades justificam a introdução de novos contornos a institutos jurídicos tradicionais na busca de soluções para os desafios que atualmente se impõem, o que será objeto de análise mais adiante.

2.1. Conceito e espécies

De forma sintética, pode-se dizer que dano corresponde a um prejuízo causado a alguém por ato de outrem. Por ora, cabe analisarmos especificamente o dano causado ao meio ambiente.

O conceito de dano ambiental não se encontra previsto na legislação pátria, ocupando-se, assim, a doutrina da tarefa de defini-lo por meio de atividade interpretativa.

Steigleder anota que a expressão em análise possui conteúdo ambivalente, na medida em que “conforme o ordenamento jurídico em que se insere, a norma é utilizada para designar tanto as alterações nocivas como efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses”⁴.

Oliveira também conceitua o dano ambiental, nestes termos:

[...] abrange toda e qualquer lesão ao meio ambiente – natural, artificial ou cultural -, ocasionando-lhe alteração adversa, de forma a compro-

4 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 99.

meter o equilíbrio ecológico e a qualidade de vida previstos pela Constituição Federal de 1988⁵.

De qualquer forma, conforme ressalta Beltrão, o dano ambiental “Há de ser compreendido como a violação ao direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal qual assegurado pelo art. 225, *caput*, da Constituição Federal”⁶.

Verifica-se, assim, que os doutrinadores mencionados tratam do dano ambiental como um dano difuso resultado de uma modificação, para pior, do bem jurídico ambiental. Por ser este pertencente a todos, o dano ambiental a também todos atinge.

Por outro lado, Leite e Ayala apresentam um conceito mais complexo de dano ambiental, conforme a seguir:

*[...] o dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem*⁷ (grifo dos autores).

Diversamente das demais, esta definição contempla duas espécies distintas de dano ambiental, já que trata tanto de um dano ambiental em sentido amplo, que atinge o direito transindividual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (“macrobem”), quanto de um dano ambiental individual, que se refere a interesses próprios indiretamente atingidos pela lesão ao direito transindividual.

Assim, pela definição em análise, o dano ambiental compreende igualmente as modificações prejudiciais ao meio ambiente, como bem jurídico autônomo, e o impacto destas modificações nos interesses individuais.

5 OLIVEIRA, William Figueiredo de. *Dano Moral Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 91.

6 BELTRÃO, Antônio F. G. *Curso de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 207.

7 LEITE, José Rubens Morato; Ayala, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 101-102.

O dano ambiental em sentido amplo atinge vítimas difusas, e não sujeitos determinados, na medida em que se refere a violação ao direito fundamental e transindividual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana.

Já o dano ambiental que lesiona interesses individuais possui como objeto o prejuízo causado aos particulares em razão de um dano ao macrobem ambiental. É o que Birnfeld denomina *dano por intermédio do meio ambiente*, por ser o dano experimentado pelo particular reflexo de uma prévia lesão ao bem ambiental em sentido amplo⁸.

Para a finalidade deste trabalho, interessa estudar apenas o dano ao meio ambiente em sentido amplo, que possui peculiaridades que justificam um tratamento jurídico diferenciado. Sempre que nos referimos a dano ambiental, portanto, estaremos tratando da violação ao direito transindividual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2.2. Peculiaridades

De todos os conceitos mencionados, percebe-se que o dano ambiental em sentido amplo, que é o objeto do presente estudo, possui algumas características que o diferenciam do dano tradicionalmente tratado pelo direito, eminentemente privado.

Uma das peculiaridades reside no fato de que o dano ambiental, ao contrário do dano privado, possui caráter difuso.

É que o dano em questão se enquadra no conceito de direitos difusos presente no artigo 81, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que dispõe que esta espécie de direitos compreendem os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato⁹.

8 BIRNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou Extrapatrimonial Ambiental*. São Paulo: LTr, 2009, p. 55-56.

9 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por

Assim, o dano ambiental possui como vítimas uma coletividade que não pode ser determinada, já que a titularidade do próprio direito é indeterminada.

Pode-se citar, a título de exemplo, o dano causado pela poluição do ar, que atinge pessoas que não podem ser especificadas. Frise-se que referido dano viola o direito de todos, na medida em que todos possuem o direito de respirar ar puro, e que este direito pode ser tido como essencial à sadia qualidade de vida e à dignidade humana.

Além disso, o dano ambiental também é transfronteiriço. A lesão não se limita às fronteiras geopolíticas fixadas pelo ser humano, podendo atingir indistintamente a uma série de cidades, estados ou países ao mesmo tempo, ainda que as regras de prevenção e de reparação sejam diferentes em cada um deles.

Ademais, o dano ambiental é de difícil valoração. Nesta esteira, Rodrigues resalta o fato de tal dano possuir o condão de afetar até mesmo as futuras gerações:

A quantificação deveria inclusive atingir o prejuízo que as futuras gerações perceberiam e, neste enfoque, percebemos que se por um lado esta abrangência seria até mesmo um tanto quanto estranha ao direito, por outro deveríamos aceitá-la senão porque a Constituição Federal prevê, notadamente em matéria ambiental, o direito das futuras gerações, mas também porque não podemos perder de vista o caráter ímpar que a matéria possui¹⁰.

Além da dificuldade de valoração, o dano aqui tratado é de difícil reparação efetiva, uma vez que, tratando-se de indenização pecuniária, nunca poderá ser considerada suficiente.

É que o pagamento de determinado valor em dinheiro, por mais elevado que seja, não possui o condão de resgatar a exata qualidade ambiental e equilíbrio ecossistêmico existentes antes da ocorrência do dano.

Como se não bastasse o sobredito, a natureza do dano ambiental dificulta, e às vezes até impossibilita, o conhecimento, no presente, de sua extensão. Assim, e na esteira da lição de Rodrigues acima trans-

circunstâncias de fato.

10 RODRIGUEIRO, Daniela A. *Dano Moral Ambiental. Sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 172.

crita, o dano ambiental pode ter resultados que se evidenciarão, total ou parcialmente, somente em momento futuro.

Para Birnfeld, é possível falar-se em reparação de danos futuros, desde que sejam certos, senão vejamos:

O dano deve ser certo quanto à sua existência, podendo ser atual ou futuro, porém nunca hipotético. A admissão do dano ambiental futuro é de extrema importância, porque lesões desse tipo normalmente causam consequências que só se manifestam no futuro, em virtude das características do meio atingido. Desta feita, mesmo futuro o dano – mas certo –, este será reparável. Não há necessidade, pois, de que o prejuízo esteja inteiramente realizado, bastando que haja certeza de que se produzirá¹¹.

Por todo o mencionado, verifica-se que o dano ambiental possui uma série de características próprias. Todas as peculiaridades aqui tratadas afastam o dano ambiental do dano historicamente tutelado pelo ordenamento jurídico.

Assim, como já salientado, a resposta jurídica a esta nova espécie de dano tutelada também teve que sofrer uma série de adaptações para que pudesse atender às novas aspirações sociais e ser considerada mais eficaz.

Neste sentido, a necessidade de oferecer soluções mais efetivas às vítimas destes danos fez com que nosso ordenamento jurídico, entre outras medidas, excepcionasse a teoria da responsabilidade civil subjetiva, fundada na noção de culpa, em matéria de responsabilidade civil ambiental, conforme analisaremos no capítulo a seguir.

3. Aspectos gerais da responsabilidade civil aplicada ao direito ambiental

Ainda antes de adentrarmos na análise do instituto do dano moral, trataremos a seguir de algumas peculiaridades da responsabilidade civil aplicada ao Direito Ambiental que a distinguem, de maneira nítida, da concepção de responsabilidade civil tradicionalmente aceita pelo Direito pátrio, fundada no individualismo.

11 BIRNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou Extrapatrimonial Ambiental*, p. 51.

O estudo destas particularidades é importante para que se possa compreender as modificações acolhidas pelo ordenamento jurídico, pela doutrina e pela jurisprudência, neste instituto jurídico tradicional, adotando-se uma postura relativamente rigorosa em seu regramento e interpretação ao tratar da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a fim de fazer frente às novas necessidades sociais decorrentes da consciência ambiental.

O referido nos auxiliará na avaliação da possibilidade ou não de adaptações à noção de dano, a ponto de admitir o reconhecimento de danos morais coletivos por danos causados ao meio ambiente, que o é objetivo principal deste trabalho.

3.1. Responsabilidade civil objetiva

Como já salientamos no início deste estudo, nas sociedades civilizadas, o instituto da responsabilidade civil emerge com a ocorrência de dano.

Pois bem. Havendo dano, o ordenamento jurídico brasileiro adota, como regra, a teoria da culpa, consubstanciada nos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil.

Transcrevemos tais dispositivos a seguir:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[,,]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Da leitura dos artigos mencionados, verifica-se serem elementos necessários para a responsabilização civil, dando origem ao dever de indenizar, uma *ação ou omissão culposa ou dolosa*, um *dano patrimonial ou extrapatrimonial*, e o *nexo de causalidade* entre estes elementos.

Trata-se da chamada responsabilidade civil *subjetiva*, da qual é pressuposto essencial a verificação de negligência, imprudência ou imperícia na atuação do agente causador do dano; caso contrário, não haverá a obrigação de repará-lo.

Todavia, como já salientado, com o desenvolvimento da sociedade e de suas atividades produtivas, a teoria da responsabilidade subjetiva foi se mostrando insuficiente para apresentar respostas aos problemas que surgiam. Em matéria de dano ambiental, a dificuldade em se comprovar a culpa frequentemente acabava levando à irresponsabilidade, o que ia de encontro com os reclamos da sociedade.

Em consonância com esta realidade, a legislação ambiental adotou como regra a teoria da *responsabilidade civil objetiva* para os danos aos bens que tutela.

Com efeito, a Lei Federal nº6.938/81, em seu artigo 14, parágrafo 1º, prevê ser o poluidor obrigado a indenizar ou a reparar o dano causado ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, *independentemente de culpa*.

Tal mandamento foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que ainda acrescentou ao ordenamento pátrio a responsabilidade objetiva por danos causados por atividade nuclear, conforme preceituado em seu artigo 21, inciso XXIII, alínea “c”.

Mais recentemente, o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, passou a prever, de forma excepcional, a possibilidade de responsabilização sem necessidade de comprovação de culpa “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”¹².

Assim, em matéria de dano ambiental, adotou-se a teoria da responsabilização *objetiva*. Isto significa que é desnecessário a quem alega comprovar a existência de culpa para que surja para o agente o dever de indenizar. Basta para tanto a ocorrência de um dano ambiental.

É justamente neste aspecto que a responsabilidade civil objetiva se diferencia da responsabilidade civil tradicionalmente adotada pelo or-

12 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

denamento brasileiro, fundada no elemento *culpa*, conforme esclarece Lemos no trecho a seguir:

A responsabilidade objetiva, prevista em lei ou decorrente da atividade de risco, afasta-se da ideia inicial em que pressupostos são a ação ou a omissão, o dano, o nexo de causalidade e a culpa, para estabelecer como seus pressupostos a ação ou a omissão, a relação de causalidade e o dano. Assim, não há que se falar em comprovação da culpa¹³.

No mesmo sentido o magistério de Leme Machado, o qual transcrevemos a seguir:

A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação ‘dos danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade’ (art. 14, § 1º, na Lei 6.938/81) Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação ao meio ambiente¹⁴.

Assim, para a incidência do instituto da responsabilidade civil em matéria ambiental, mister se faz a presença dos seguintes elementos: a) ação ou omissão; b) dano ambiental; e c) nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores.

Embora a análise pormenorizada de cada um destes elementos não seja a finalidade precípua do presente estudo, é importante tratar deles brevemente, a fim de nos auxiliar na análise da possibilidade de responsabilização de um agente por dano moral coletivo em matéria ambiental.

13 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito Ambiental. Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123-124.

14 LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 369.

O elemento dano já foi objeto de análise no capítulo anterior, razão pela qual deixamos de tratar dele neste momento.

Por outro lado, no que tange ao elemento consistente em *ação* ou *omissão*, deve-se destacar que elas se constituem em um fazer ou não fazer que atinge um bem juridicamente tutelado.

Ressalte-se que, ainda que a atividade desenvolvida seja lícita, tenha sido objeto de autorização administrativa específica e esteja dentro dos padrões estabelecidos, se causar dano ambiental, ensejará o dever de ressarcir, independentemente da existência de culpa.

Ocorre que a existência de ação ou omissão é suprida pelo simples exercício de atividade que possa ser tida por perigosa.

Segundo Lemos, esta situação acima descrita resulta da adoção da Teoria do Risco Criado por nosso direito, senão vejamos:

[...] a teoria do risco criado tem sido aceita mais amplamente. Parece ser, na verdade, uma evolução da teoria do risco-proveito, mas não se indaga se o dano resultou de um proveito do agente, para a efetiva reparação. Basta que, por meio de sua atividade, uma pessoa crie risco para outra, e que daí resulte dano, para surgir a obrigação de indenizar. Mas, aqui, não se prescinde da relação de causalidade, de forma que, necessariamente, o dano deve ter sido causado pela atividade desenvolvida por determinado agente¹⁵.

Milaré também ressalta a adoção da Teoria do Risco Criado pela legislação, ensinando o seguinte a respeito do disposto no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, já transcrito no presente trabalho:

É o reconhecimento da responsabilidade sem culpa, segundo o cânone da *teoria do risco criado*, que se fundamenta no princípio de que, se alguém introduz na sociedade uma situação de risco ou perigo para terceiros, deve responder pelos danos que a partir desse risco criado resultem¹⁶ (grifo do autor).

15 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito Ambiental. Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*, p. 129.

16 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco*, p. 1247.

Também tratando da Teoria do Risco Criado, Leite e Ayala explicam o seguinte:

Entendem-se, por riscos criados, os produzidos por atividades e bens dos agentes que multiplicam, aumentam ou potencializam um dano ambiental. O risco criado tem lugar quando uma pessoa faz uso de mecanismos, instrumentos ou de meios que aumentam o perigo de dano. Nestas hipóteses, as pessoas que causaram danos respondem pela lesão praticada, devido à criação de risco ou perigo, e não pela culpa¹⁷.

Podemos afirmar, portanto, que, na responsabilização objetiva fundada na teoria em comento, a culpa, que na responsabilidade subjetiva deve obrigatoriamente acompanhar a ação ou omissão, é substituída pelo elemento risco. Assim, o risco, em existindo em conjunto com o dano e o nexo de causalidade, origina a responsabilidade civil do agente.

Já no que diz respeito ao elemento *nexo causal*, cabe destacar que, mesmo no âmbito desta teoria, permanece essencial a demonstração do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano verificado para que se possa falar em dever de reparar ou de ressarcir. Desta feita, necessária a demonstração de que ação ou omissão tomada no caso concreto deu causa ao dano que se pretende ver ressarcido.

Todavia, na maior parte dos casos, a demonstração de nexo causal em matéria de dano ambiental não é tarefa das mais fáceis. Frequentes são as situações em que a multiplicidade de agentes ou mesmo a falta de conhecimento técnico acerca das consequências da atividade desenvolvida para o meio ambiente dificulta a demonstração de nexo causal por quem alega.

Assim, vem sendo admitida, para corrigir tal situação, a adoção do regime de inversão do ônus da prova no âmbito do Direito Ambiental, a exemplo do que já vigora em matéria de Direito do Consumidor por força do disposto no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)¹⁸.

17 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*, p. 132.

18 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for

Facilitar-se-ia, assim, a tarefa daquele que invoca a responsabilidade de outrem, na medida em que transferiria àquele que desenvolve uma atividade potencialmente poluidora o ônus de demonstrar a inexistência de liame de causalidade entre tal atividade e o dano ocorrido.

Neste sentido, posicionam-se Leite e Ayala:

Sem dúvida, a maior guinada que oportuniza a discussão do liame de causalidade seria a inversão do ônus da prova, que parece bastante apropriada ao dano ambiental, pois se transfere ao demandado a necessidade de provar que este não tem nenhuma ligação com o dano, favorecendo, em última análise, toda a coletividade. Considerando que o bem ambiental pertence a todos. [...] os juízes e os lesados têm que estar em uma posição mais confortável no processo, devido à complexidade do dano ambiental que obsta à imputação do agente¹⁹.

Feitos estas considerações, tem-se que, presentes todos os elementos mencionados, pode-se falar em dever de indenizar. Neste caso, a indenização deverá ser destinada para um fundo especial voltado a reconstituir o bem ambiental degradado, nos termos do disposto no artigo 13, *caput*, da Lei nº 7.347/1985²⁰.

3.2. Excludentes de responsabilidade

Por outro lado, discute-se na doutrina se a obrigação de indenizar é absoluta ou se existe a possibilidade de incidência das causas excludentes de responsabilidade em matéria de danos causados ao ambiente.

Entende-se por excludentes de responsabilidade fatos que, se ocorridos e devidamente comprovados, têm como efeito afastar a responsabilização decorrente de um dano. Em outras palavras, tem-se que, verificada a ocorrência de uma das causas excludentes de responsabilidade no caso

ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

19 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*, p. 179-180.

20 Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

concreto, fica isento o agente de indenizar o prejuízo experimentado pela vítima.

O artigo 393 do Código Civil prevê expressamente como causas excludentes de responsabilidade o caso fortuito e a força maior, ao passo que o artigo 929 afasta a obrigação de indenizar nos casos em que o prejuízo decorre de culpa exclusiva da vítima.

No que diz respeito ao caso fortuito e à força maior, existe divergência na doutrina quanto a seus conceitos e diferenciações. Para Leme Machado, o caso fortuito é um evento produzido pela natureza que se caracteriza por sua imprevisibilidade. Já a força maior é um fato causado pelo homem, um terceiro em relação à obrigação, fato este que o devedor não pode superar²¹.

Diferentemente, Milaré preleciona o seguinte:

A força maior se prende a fato da natureza, superior às forças humanas (p. ex., rompimento de barragem em razão de precipitação pluviométrica anormal), enquanto o caso fortuito diz respeito à obra do acaso (p. ex., quebra de peça de uma turbina ou explosão de um reator²²).

A legislação, porém, não diferencia estes dois institutos, tratando indistintamente do caso fortuito e da força maior. Com efeito, dispõe o artigo 393 do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Assim, independentemente do conceito doutrinário que se adote, o caso fortuito e a força maior, assim como a culpa exclusiva da vítima, têm como efeito excluir a responsabilidade do agente, nos casos de responsabilização civil tradicional.

21 LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 386.

22 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco*, p. 1258.

Em matéria ambiental, por outro lado, trata-se de questão controvertida a dos efeitos da verificação de uma das causas em comento em evento que resulte em dano ao meio ambiente.

Em que pese tal divergência, Leite e Ayala informam que vem prevalecendo o entendimento de que a ocorrência de caso fortuito e força maior não têm o condão de excluir a responsabilidade por danos difusos causados ao meio ambiente, na medida em que eles diferem da concepção clássica de direito intersubjetivo²³.

Também Gonçalves ensina que “é irrelevante a demonstração do caso fortuito e da força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico”, o que decorre de uma interpretação teleológica da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente²⁴.

Com efeito, como esclarecido anteriormente, a doutrina majoritária entende que foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro em matéria ambiental a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco, que impõe a responsabilização do agente independentemente da análise de existência de culpa, pelo simples fato de exercer atividade potencialmente poluidora.

Desta feita, a adoção da teoria do risco tem como um dos efeitos provocar alterações na clássica concepção de exclusão de responsabilidade, uma vez que a responsabilização decorrente do risco afasta a possibilidade de exclusão de responsabilidade pela ocorrência de caso fortuito e de força maior.

Cumprе mencionar que nenhum dispositivo legal que discipline a responsabilização por danos ao meio ambiente prevê a possibilidade de exclusão de responsabilidade, razão pela qual é o agente integralmente responsável pelos danos gerados pela atividade desenvolvida.

Neste sentido, são os ensinamentos de Milaré:

[...] verificado o acidente ecológico, quer por falha humana ou técnica, quer por obra do acaso ou por força da natureza, deve o empreendedor

23 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*, p. 197.

24 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 121.

responder pelos danos, podendo, quando possível, voltar-se contra o verdadeiro causador, pelo direito de regresso²⁵.

Assim, o poluidor sempre responde diretamente, garantindo-se a ele apenas o direito de regresso.

Nesta esteira, apenas não haverá obrigação de indenizar se o dano não existir, ou se, existindo, não houver qualquer nexos causal entre a atividade desenvolvida e este dano. Caso o referido não ocorra, haverá dever de indenizar.

Trata-se de mais uma particularidade da responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente que, ao lado das demais tratadas até aqui, surgiu como resposta às necessidades surgidas com a evolução tecnológica e social verificada nas últimas décadas.

4. Dano moral

Em nosso ordenamento, os danos podem ser de duas espécies: patrimonial, quando o prejuízo é de ordem pecuniária, e extrapatrimonial, também chamado de *dano moral*, quando tal prejuízo não é de plano aferível financeiramente.

A possibilidade de reparação por dano moral tendo como ofendido um indivíduo não encontra na atualidade oposição por parte da doutrina e da jurisprudência, em que pese a resistência existente no passado em aceitar a responsabilização por este tipo de dano.

Por outro lado, hoje se discute acerca da possibilidade de reconhecimento de danos morais em relação a uma coletividade e por lesão a um direito objetivo, discussão em que este trabalho se insere.

Para se analisar se o dano moral pode atingir vítimas difusas, bem como se o dano ao meio ambiente possui o condão de acarretar responsabilização extrapatrimonial, necessário se faz analisar as características dos danos morais e de sua reparação, mas não sem antes analisarmos brevemente a evolução histórica do tema, conceitos e fundamentos legais.

25 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco*, p. 1259.

4.1. Evolução histórica

Por muitos anos, o instituto do dano moral não foi aceito em nosso ordenamento, em especial devido à resistência da doutrina em admitir a possibilidade de se atribuir um valor pecuniário à honra e ao sofrimento, o que contrariaria a moral.

Com o tempo, alguns doutrinadores passaram a admitir a possibilidade de fixação de indenização por danos morais, mas apenas em hipóteses específicas, como em caso de reflexo de danos patrimoniais.

Na legislação, o Código Civil de 1916, com influência francesa, não contemplava diretamente do dano moral, embora fosse possível defender que tal diploma legal tratava dele de forma implícita no *caput* do artigo 159²⁶.

Assim foi por muitos anos, até que começou a ganhar força a teoria que admite a responsabilização por danos morais, não como uma forma de colocar um preço na dor, mas sim como a possibilidade de compensar o ofendido por meio de uma indenização.

Esta é a lição de Birnfeld transcrita a seguir:

A reparação passou a ser vista como sucedâneo jurídico para a compensação moral do lesado, por meio de mecanismos próprios, inclusive o dinheiro. A indenização em dinheiro recebida pela vítima funciona como uma satisfação, principalmente porque muitas vezes a lesão não pode ser desfeita. Assim, defendeu-se que essa compensação era compatível, sim, com a Moral, já que provia a vítima de confortos ou sentimentos de alívio que poderiam ser experimentados com terapias, viagens etc.²⁷.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, encerrou-se a discussão, sendo vitoriosa a tese da reparabilidade dos danos morais.

Com efeito, o artigo 5º, inciso X, da Lei Maior, estabeleceu, como direito fundamental, serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando ainda o direito ao recebi-

26 Art. 159 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

27 BIRNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou Extrapatrimonial Ambiental*, p. 15.

mento de indenização pelo dano material e moral que decorrer de sua violação. Também o inciso V do mesmo artigo tratou da responsabilização por dano moral, ao assegurar o direito de resposta proporcional ao agravo, bem como indenização por dano material, moral ou à imagem.

Em seguida, outros diplomas legais contemplaram do mesmo entendimento, como a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Também seguiu esta diretriz o Código Civil de 2002, ao prever, no artigo 186, cumulado com o artigo 927, a responsabilização por dano exclusivamente moral²⁸.

Atualmente, a reparabilidade por danos morais é questão pacífica na doutrina e na jurisprudência, quer de forma isolada, quer cumulada com a reparação por danos materiais, conforme se verá mais adiante.

Por outro lado, a responsabilidade por violação a direitos fundamentais de terceira geração, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda é controversa.

4.2. Conceito e características

Já mencionamos que os danos morais são aqueles cujos efeitos não repercutem no patrimônio do ofendido, em contraponto aos chamados danos materiais. Cabe agora esmiuçar seu conceito, bem como estudar suas principais características, dado o objetivo do presente trabalho.

A doutrina majoritária define dano moral dando destaque ao sentimento negativo que a lesão acarreta à vítima. Com efeito, observa Cahali:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral²⁹.

28 Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
[...]

Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

29 CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Oliveira, para quem o dano moral:

[...] traduz-se pela reação psicossomática negativa, perturbação orgânica produzida por influências psíquicas, de um indivíduo em face do evento lesivo. São, pois, o abatimento, a consternação, desorganização moral, prostração mental, que repercutem na vida íntima e pública do ofendido, com reflexo em sua auto-estima e em suas relações afetivas, familiares, profissionais e de amizade³⁰.

Por outro lado, há quem defenda que o dano moral não se confunde com os sentimentos negativos experimentados intimamente pelo ofendido. Tal dano referir-se-ia, em verdade, à violação injusta a bens jurídicos em relação aos quais a vítima tenha interesse reconhecido, da qual o sofrimento do indivíduo seria apenas efeito.

Esta é a lição de Gonçalves, a qual transcrevemos a seguir:

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. [...] O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente³¹.

Por qualquer ângulo que se analise a espécie de dano em comento, é importante ter em mente que ele consubstancia sempre, em maior ou menor grau, um atentado à dignidade humana constitucionalmente afirmada. É a violação este valor fundamental ao Estado Democrático de Direito que acarreta na reparação do dano moral por meio de indenização pecuniária.

Este também é o entendimento de Cahali, que explica que, pela análise dos textos legais, da doutrina e da jurisprudência, é possível concluir que o dano moral reparável resulta, basicamente, da violação dos chamados direitos da personalidade³².

30 OLIVEIRA, William Figueiredo de. *Dano Moral Ambiental*, p. 72.

31 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 650.

32 CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, p. 47.

Atualmente se admite que a reparação por danos morais é possível de forma isolada ou cumulada com danos materiais, conforme o bem jurídico atingido pela lesão e seus efeitos. Ela pode ocorrer em razão de violação a um direito da personalidade ou até mesmo como efeito reflexo de uma lesão patrimonial, desde que acabe por ferir também direitos personalíssimos.

Desta feita, um fato lesivo pode dar origem a danos puramente patrimoniais, a danos puramente morais, ou a ambos, cumulativamente.

Todavia, não é qualquer sofrimento que pode ser considerado apto a ensejar a responsabilização por danos morais. Para que se possa pensar em reparação, é necessário que o sofrimento experimentado pela vítima seja sério, significativo, a fim de não se banalizar este instituto tão importante para a proteção de direitos da personalidade.

É esse o ensinamento de Cahali no trecho a seguir transcrito:

Na advertência da doutrina e jurisprudência, salvo situações excepcionais e bem demarcadas, não seria uma simples frustração que se indeniza, mas sim a ofensa a direitos da personalidade, ou sofrimento intenso e profundo, a ser demonstrado em cada caso. O atentado ao bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar uma certa magnitude ou expressividade para ser reconhecido como dano moral, não bastando um mal estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência em sociedade³³.

Outra característica relevante dos danos morais é a dificuldade de sua cabal comprovação, até mesmo porque não se trata de um dano concreto, mas apenas sentido intimamente pelo ofendido.

Como solução à referida situação, existe hoje o entendimento de que é dispensada a prova concreta do dano, bastando a prova do fato lesivo, que leva à presunção, com base na experiência humana, de que aquele fato é capaz de ensejar dor, sofrimento, humilhação, ou outros sentimentos reparáveis por meio de indenização por danos morais (dano *in re ipsa*)³⁴.

33 Ibid., p.53.

34 BIRNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou Extrapatrimonial Ambiental*, p. 41-42.

Ao deixar-se de lado a estrita formalidade, viabiliza-se a compensação da tristeza experimentada, não porque inequivocamente demonstrada, mas porque presumida a sua existência, como forma de dar efetividade aos ideais de justiça social e de reparação integral.

É certo que a reparação dos danos morais possui uma finalidade compensatória para o ofendido, que se vê reparado, ainda que minimamente, pelo sofrimento injusto que lhe foi imposto.

Porém, o instituto se presta reflexamente a punir o causador do dano, conforme bem aponta Gonçalves neste trecho:

Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem³⁵.

Do sobredito surge a dificuldade em se quantificar o dano moral. Afinal, qual o montante suficiente, no caso concreto, para que a vítima se sinta compensada? E qual o montante necessário para representar punição ao ofensor, sem ser insignificante, mas também sem ser excessivo?

É exatamente desta dificuldade que trataremos no tópico a seguir.

4.3. Quantificação

A lesão moral não é exprimível em dinheiro, na medida em que os sentimentos e constrangimentos, por serem imateriais, não são passíveis de valoração. Apenas este fato já seria suficiente para dar uma noção da dificuldade que reside na determinação do montante adequado e justo da indenização em casos de danos morais.

No ordenamento pátrio, não se prevê atualmente critérios uniformes ou limites a serem observados na fixação do valor da indenização, embora algumas leis não mais em vigor, como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/192) e Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), tenham-no feito no passado.

35 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 670.

Ademais, o princípio regulador da responsabilidade civil tradicional, segundo o qual se deve buscar a restituição ao estado anterior à lesão, não possui aplicação à reparação por danos morais, até mesmo porque nenhuma indenização pecuniária possui o condão de, por si só, restituir a vítima à situação psíquica anterior.

Para enfrentar a dificuldade do estabelecimento de um valor justo de indenização para o dano moral, alguns países resolveram adotar o critério chamado *tarifação*, que leva em consideração valores prefixados de indenização.

Todavia, tal critério não tem aplicação entre nós. Não se admite que, ocorrido o dano, o julgador se socorra de uma tabela prévia que o valorize, sem a análise das circunstâncias envolvidas no caso concreto.

Com efeito, o critério utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro atualmente é o do *arbitramento*. Cabe ao magistrado, levando em consideração o disposto no artigo 944 do Código Civil³⁶, arbitrar o valor com base na razoabilidade e no bom-senso, ainda que tais critérios sejam revestidos de inegável subjetivismo. O subjetivismo envolvido no arbitramento judicial, porém, não é completo. Com efeito, deve o magistrado respeitar sempre o princípio do livre convencimento motivado que rege toda a atuação jurisdicional.

Além disso, a doutrina aponta alguns parâmetros que devem ser observados pelo juiz a fim de evitar o enriquecimento indevido da vítima, já que a reparação por danos morais não pode ser vista como uma forma fácil de se obter fortuna.

Oliveira cita como parâmetros que devem ser considerados para a fixação do valor da indenização a repercussão, a extensão e a duração do dano, a capacidade econômica do ofensor, a condição social da vítima, a reprovabilidade da conduta e a natureza do prejuízo³⁷.

Além destes, Gonçalves acrescenta como elementos a serem observados o grau de culpa, a gravidade da ofensa, a intensidade do sofrimento

36 Art. 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

37 OLIVEIRA, William Figueiredo de. *Dano Moral Ambiental*, p. 76.

mento imposto à vítima e o proveito obtido pelo ofensor com a prática do ato³⁸.

Desta forma, com base em todos estes critérios, além da razoabilidade, do bom senso e das regras de experiência, deve o julgador analisar o caso concreto com vistas a estabelecer uma indenização justa e razoável.

Verifica-se, portanto, que a análise é bem mais complexa do que a necessária para a indenização por dano material, que se mede apenas pela extensão do dano.

Também tem a jurisprudência grande importância para direcionar a atuação do juiz na estipulação do *quantum* da reparação. Nesta esteira, os Tribunais vêm, aos poucos, criando parâmetros que, embora não vinculem o magistrado, podem prestar-se à análise comparativa com o caso concreto.

Nos Estados Unidos da América, possui ampla aplicação o instituto denominado *punitive damages*, ou *exemplary damages*, a orientar a fixação do valor da reparação.

De acordo com esta doutrina, as indenizações são estabelecidas em montantes muito elevados, com a finalidade de servir de exemplo para a sociedade e evitar, assim, novas violações da mesma espécie. A reparação é vista como uma punição ao ofensor e como um indicativo aos demais indivíduos de que, se praticarem ilícito semelhante, também serão severamente penalizados.

Leia-se a respeito o que ensinam Luna e Falavigna:

O valor da indenização compensatória está necessariamente relacionado e adstrito à dimensão do dano sofrido, enquanto o da indenização punitiva não tem limitação no alcance da ofensa, permitindo, assim, que muitas vezes as indenizações alcancem montantes estratosféricos³⁹.

38 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 674-675.

39 LUNA, Ana Claudia Vergamini; Falavigna, Maria Clara Osuna Diaz. O critério brasileiro para a fixação do dano moral. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Simão, José Fernando (org.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Ed. Magister, 2009, p. 53-79.

A finalidade das *punitive damages*, portanto, ultrapassa a compensação do sofrimento imposto à vítima, servindo também, e principalmente, para advertir o ofensor e toda a sociedade acerca da inaceitabilidade da conduta.

Por ora, cabe mencionar apenas que, via de regra, a doutrina em apreço não possui aplicação no Brasil, na medida em que, como já mencionamos, a principal finalidade da reparação pecuniária é a compensação da vítima, sendo a punição do agressor apenas seu reflexo.

Contudo, ela terá relevância caso se conclua pela possibilidade de reparação de danos extrapatrimoniais por lesões causadas ao meio ambiente, o que se verá mais adiante.

5. Dano moral ambiental coletivo

No presente capítulo trataremos especificamente do dano moral coletivo por lesão ao direito transindividual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é o objeto principal deste estudo.

Para tanto, em um primeiro momento, trataremos genericamente do dano moral tendo vítimas difusas, independentemente de ser o bem lesado ambiental ou de outra espécie. Em seguida analisaremos a possibilidade de aplicarmos o instituto à hipótese de lesão ambiental.

Apresentaremos, assim, a conceituação, a classificação e os fundamentos legais desta espécie de danos, analisaremos alguns julgados importantes sobre o tema, e exporemos as dificuldades na quantificação da reparação. Esperamos que, com isso, possamos contribuir com a discussão a respeito da matéria.

5.1. Dano moral coletivo

Desde o início do processo de aceitação da possibilidade de reparação de danos morais em nosso direito, processo este descrito anteriormente no presente estudo, a espécie de dano em comento foi sempre vinculada à ideia de sofrimento, dor, sentimentos ruins experimentados um íntimo por um indivíduo.

Como resultado da violação a direitos da personalidade, o dano moral foi concebido como um instituto relacionado apenas a interesses individuais.

Todavia, já ressaltamos que, nas últimas décadas, o mundo civilizado foi palco de grandes mudanças, com o aparecimento de uma nova modalidade de direitos, quais sejam, os direitos transindividuais, também denominados metaindividuais, que transcendem o interesse de uma pessoa isolada.

Cabe analisar se esta evolução, que vem estabelecendo novos contornos a institutos tradicionais do direito, possui o condão de tornar admissível uma nova configuração dos danos morais, capaz de contemplar também a proteção de direitos transindividuais.

Uma questão que possui relevância para a análise aqui proposta refere-se ao debate a respeito da possibilidade de pessoas jurídicas serem vítimas de danos morais. Ocorre que a aceitação desta hipótese implica na admissão de danos extrapatrimoniais a ente diverso do individual.

Por uma análise preliminar, não seria possível admitir a possibilidade descrita, já que não haveria como um ente consistente em uma ficção jurídica experimentar dor ou sofrimento, sentimentos apenas compatíveis com pessoas físicas.

Contudo, vem ganhando força a noção de que o dano moral não precisa necessariamente caracterizar-se por sentimentos ruins que somente podem ser experimentados por seres humanos. Com efeito, lesões causadas à imagem, ao nome e à reputação, ou seja, a atributos conferidos às pessoas jurídicas, atingem a honra objetiva e consubstanciam danos extrapatrimoniais, podendo ser compensados por meio de reparação pecuniária.

Este é o entendimento de Gonçalves, que escreve o seguinte a respeito da pessoa jurídica:

Malgrado não tenha direito à reparação do dano moral subjetivo, por não possuir capacidade afetiva, poderá sofrer dano moral objetivo, por ter atributos sujeitos à valoração extrapatrimonial da sociedade, como o conceito e bom nome, o crédito, a probidade comercial, a boa reputação etc.⁴⁰.

Na mesma linha, há na jurisprudência hoje uma tendência a se admitir a ocorrência de danos morais em relação a pessoas jurídicas. Neste

40 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 649.

sentido, inclusive, é a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Por todo o sobredito, resta nítido que a noção de dano moral já não se encontra mais tão vinculada e limitada ao interesse individual. Poderia ela então estender-se a ponto de ser admitida em casos de lesão a direitos transindividuais, tendo como vítima, portanto, uma coletividade?

Leite e Ayala entendem que a resposta a essa pergunta é positiva, desde que, a exemplo do que se afirmou a respeito do dano moral sofrido por pessoas jurídicas, se mantenha o pensamento afastado das ideias de mágoa e pesar que apenas atingem pessoas físicas, focando-se, ao invés disso, em outros valores que afetam de forma negativa a coletividade, como a desvalorização imaterial do bem ambiental⁴¹.

Na mesma linha a observação de Cahali, senão vejamos:

Esvaindo-se paulatinamente o dano moral, na sua versão mais atualizada, de seus contingentes exclusivamente subjetivos de ‘dor’, ‘sofrimento’, ‘angústia’, para projetar objetivamente os seus efeitos de modo a compreender também as lesões à honrabilidade, ao respeito, à consideração e ao apreço social, ao prestígio e a credibilidade nas relações jurídicas do cotidiano, de modo a afirmar-se a indenizabilidade dos danos morais inflingidos às pessoas jurídicas ou coletivas, já se caminha, com fácil trânsito, para o reconhecimento da existência de danos morais reparáveis causados à coletividade⁴².

Também Oliveira admite falar em danos extrapatrimoniais coletivos:

Ora, qualquer que seja o bem jurídico em que recaia o dano, importa olhar-se para os interesses jurídicos que ali foram afetados. Não se pode, sob pena de referendar grave violação a Direito Fundamental do Homem, restringir o alcance do dano moral às ofensas aos direitos individuais homogêneos⁴³.

Ocorre que o instituto da responsabilidade civil já sofreu e continua sofrendo uma série de transformações para fornecer respostas às

41 LEITE, José Rubens Morato; Ayala, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*, p. 282.

42 CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, p. 308.

43 OLIVEIRA, William Figueiredo de. *Dano Moral Ambiental*, p. 82.

aspirações sociais de nosso tempo, e a admissão da reparação de danos extrapatrimoniais sofridos pela coletividade seria mais uma delas.

Se o ordenamento protege os direitos coletivos em sentido amplo e, ao mesmo tempo, fornece meios para que os danos patrimoniais decorrentes de sua violação sejam plenamente reparados, não há razão para não admitir a reparação também os danos extrapatrimoniais a tais direitos relacionados.

Neste contexto, a análise de algumas leis é de grande relevância. Não pretendemos esgotar aqui a legislação que trata do tema, mas sim apenas mencionar os diplomas que entendemos mais importantes em relação à matéria tratada.

Assim, tem-se que a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), em seu artigo 1º, *caput*, bem como em seus incisos, estabelece que se regem por seus termos as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais a uma série de direitos difusos e coletivos arrolados de modo exemplificativo⁴⁴.

Também a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), nos incisos VI e VII do artigo 6º, prevê serem direitos básicos do consumidor a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, bem como os instrumentos necessários para tanto⁴⁵.

Além disso, o Código Civil, em seus artigos 186 e 927, *caput*, ao tratar da reparação por dano moral decorrente de ato ilícito, não esta-

44 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

45 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

tui qualquer limitação no sentido de proteger apenas interesses individuais⁴⁶, não havendo motivos para considerar que ele exclua a lesão a direitos transindividuais.

Assim, não há dúvidas de que a legislação nacional admite a ocorrência de danos extrapatrimoniais impostos a valores coletivos e prevê instrumentos para o exercício da pretensão reparatória.

Verificada, portanto, esta possibilidade, cabe destacar que Lemos conceitua o dano moral coletivo como sendo “a injusta lesão da esfera moral de determinada comunidade, ou seja, a violação antijurídica de determinado círculo de valores coletivos”⁴⁷.

Em relação a estes valores coletivos, Steigleder explica o seguinte:

[...] o fundamento para a admissibilidade do dano extrapatrimonial é que a coletividade, como conglomerado de pessoas que vivem em determinado território, unidas por fatores comuns, é norteadas por valores, os quais resultam da amplificação dos valores dos indivíduos componentes da coletividade. [...] Os valores coletivos dizem respeito ao grupo social, independentemente de suas partes, o que lhes confere um caráter nitidamente indivisível⁴⁸.

A exemplo do que ocorre em relação aos danos morais a interesses individuais, não é qualquer lesão a direito transindividual que pode ser tida como passível de reparação. É necessário que o dano a valor coletivo seja certo, injusto e significativo, ainda que não atinja a todos os membros do grupo.

Aliás, de acordo com o que preleciona Birnfeld, o dano coletivo não pode ser considerado como um conjunto de lesões individuais, senão vejamos:

46 Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

47 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito Ambiental. Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*, p. 165.

48 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*, p. 143.

O dano coletivo não é um somatório de danos individuais, mas, sim, é um dano autônomo que afeta não só o indivíduo como também a comunidade em que este se insere, ocorrendo isso de forma simultânea e coincidente. Os danos são suportados pelos indivíduos como participantes de um determinado conjunto social e não como pessoa diferenciada, única e particular⁴⁹.

Podem ser suscetíveis de acarretar a reparação por danos extrapatrimoniais coletivos a violação a direitos relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, à criança e ao adolescente, ao patrimônio cultural, entre outros, por relacionarem-se a direitos difusos.

Nos tópicos a seguir, trataremos especificamente dos danos extrapatrimoniais coletivos causados por violação ao bem ambiental.

5.2. Conceituação e características do dano moral ambiental coletivo

Já foi mencionado no capítulo dedicado ao dano ambiental que tal espécie de dano pode ocasionar lesões que sejam sentidas apenas em âmbito individual, por constituir violação a direito subjetivo, ou experimentadas em âmbito coletivo, em decorrência de ofensa a direito objetivo da sociedade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Também tratamos da distinção entre dano patrimonial e dano moral.

Pois bem. Não cabe aqui nos aprofundarmos na discussão acerca da possibilidade de os danos ambientais individuais acarretarem lesões de ordem material e moral, assim como de os danos ambientais coletivos causarem lesões materiais.

Nosso objetivo aqui é analisar a quarta espécie de danos: danos extrapatrimoniais coletivos em decorrência de violação a bem ambiental, que também podem ser admitidos, em razão de todo o exposto no item anterior.

Nesta linha, Leite *et al.*, admitindo a possibilidade de reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes de lesão ambiental, afirmam que as características próprias do dano ambiental demandam a adaptação de

49 BIRNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou Extrapatrimonial Ambiental*, p. 66.

conceitos clássicos da responsabilidade civil, com vistas a abranger as novas necessidades:

O bem ambiental é bem peculiar, pois, quando afetado, pode atingir direitos da personalidade de indistintos sujeitos. Não se faz, por isso, razoável que o direito renegue essa peculiaridade com o único fim de manter um *status quo* relativo aos seus institutos já consolidados. Fazer isso seria negar que o direito tem um fim de responder às demandas sociais e pressupor que ele tenha um fim em si mesmo⁵⁰.

Ademais, cabe reiterar que a Lei nº 7.347/1985 preceitua, no artigo 1º, inciso I, que se regem por ela as ações de responsabilidade por danos morais causados ao meio ambiente⁵¹.

Também a respeito do que estabelece a legislação utilizada para fundamentar a existência de danos morais coletivos, no caso, a Lei nº 8.078/1990, Rodrigueiro preleciona:

[...] o Código de Defesa do Consumidor ao dispor pela possibilidade, expressamente de indenização por danos morais e, ao final, asseverar que aquele diploma legal aplica-se a todos os interesses difusos e coletivos, temos que, por conclusão lógica, desde 1990 há expressa disposição legal no sentido da reparação dos danos morais ambientais⁵².

Como já vimos, o direito ao meio ambiente sadio é reconhecido hoje como direito fundamental de terceira dimensão do ser humano. A própria existência humana depende do meio ambiente, já que todas as pessoas precisam dele para sobreviver e para se desenvolver plenamente.

Não há, desta forma, como não se reconhecer e, conseqüentemente, garantir, um direito de toda a sociedade relacionado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

50 LEITE et al. Jurisprudência sobre dano moral ambiental. In: FERREIRA, Heline Sivini; Leite, José Rubens Morato (org.). *Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 368.

51 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
I - ao meio-ambiente.

52 RODRIGUEIRO, Daniela A. *Dano Moral Ambiental. Sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável*, p. 191.

Nesta linha, o dano extrapatrimonial coletivo ocorre quando o dano ambiental gera prejuízos imateriais ao bem ambiental, que possui valor coletivo por fazer parte do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitucionalmente assegurado.

Além disso, outros valores coletivos podem ser atingidos negativamente quando o meio ambiente é lesionado, como a dignidade da pessoa humana, a saúde física e psíquica e a qualidade de vida, a justificar a necessidade de reparação moral.

Havendo degradação ao meio ambiente, ela pode gerar danos patrimoniais, que serão reparados de acordo com a extensão pecuniária do dano, mas também danos extrapatrimoniais, em função do sentimento coletivo negativo imposto pela violação ao direito de todos ao meio ambiente sadio e ao bem-estar social.

Não poderia ser diferente, na medida em que, muitas vezes, apenas a reposição do bem ambiental ao estado anterior à lesão, embora totalmente desejável, pode ser insuficiente. Afinal, ainda que vultuosos os gastos necessários para tanto, eles não repararão o prejuízo imposto ao grupo social pela perda, mesmo que temporária, do pleno gozo do bem lesado e, conseqüentemente, pela violação ao equilíbrio do meio ambiente, à dignidade e ao sossego proporcionados pelo bem.

Na esteira do afirmado, para Leite e Ayala, o dano extrapatrimonial ambiental coletivo “caracteriza-se pela lesão a valor imaterial coletivo, pelo prejuízo proporcionado a patrimônio ideal da coletividade, relacionado à manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida”⁵³.

O prejuízo causado à qualidade de vida da população também é tido por Oliveira como pressuposto do dano aqui analisado, senão vejamos:

O pressuposto básico para a configuração do dano moral ambiental reside na ofensa à saúde e à qualidade de vida da população. Conclui-se, nesse ínterim, que toda ofensa ao meio ambiente capaz de ensejar uma diminuição na qualidade de vida da comunidade ou do indivíduo é passível de reparação por danos morais. [...] não é crível negar aos di-

53 LEITE, José Rubens Morato; Ayala, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*, p. 285.

reitos coletivos, difusos e individuais homogêneos reparação por danos com reflexos não patrimoniais⁵⁴.

Rodrigueiro, por sua vez, em interessante análise do tema, vislumbra duas vertentes do dano moral ambiental coletivo:

Entendemos [...] que o dano moral ambiental é composto tanto da dor moral, do sentimento de abalo causado a toda população como também daquela situação na qual a coletividade fica privada da fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, daí todos os seus desdobramentos⁵⁵.

Todos os trechos destacados da doutrina levam em consideração o fato de que o direito ao meio ambiente sadio não possui titularidade individualizada, de forma que os danos a este bem também não atingirão necessariamente apenas interesses individuais. O bem é difuso, o que faz com que seus danos sejam passíveis de atingir a um grupo de pessoas, determináveis ou não, por prejudicá-las no exercício pleno de seus direitos da personalidade.

Assim, é inegável que os danos ambientais atingem a esfera individual, mas também a ultrapassam, uma vez que afetam negativamente a interesse fundamental difuso, que a todos se refere, e que é um dos elementos que concretizam o valor solidariedade.

Em razão do sobredito, Birnfeld ensina, na esteira do comentado no tópico anterior, que não são exatamente sentimentos ruins experimentados por pessoas físicas, como a dor, o sofrimento e a aflição, elementos caracterizadores do dano moral ambiental. Ante o caráter transindividual do bem atingido, a dor necessária para caracterizar a espécie de dano em apreço é objetiva, consistente na desvalorização do meio ambiente ecologicamente equilibrado ou de outros valores coletivos relacionados⁵⁶.

54 OLIVEIRA, William Figueiredo de. *Dano Moral Ambiental*, p. 113.

55 RODRIGUEIRO, Daniela A. *Dano Moral Ambiental. Sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável*, p. 190.

56 BIRNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou Extrapatrimonial Ambiental*, p. 84.

Em existindo essa dor objetiva, terá aplicação o instituto da responsabilidade civil, e haverá, além da obrigação de recuperar o *status quo ante*, também a obrigação de indenizar o grupo social afetado.

Por outro lado, cabe ressaltar que, assim como ocorre em relação aos danos morais individuais, os danos morais que têm como vítima uma coletividade também possuem grandes dificuldades de comprovação. Todavia, também a exemplo do que ocorre com aqueles, as dificuldades apontadas não podem ser tomadas como justificativa para deixar irreparadas lesões impostas às vítimas, ainda que indeterminadas.

Assim, o dano em análise é considerado *in re ipsa*, de forma que, para que exista o dever de indenizar, basta a prova de fato lesivo que conduza à presunção de que o valor coletivo do meio ambiente equilibrado e sadio foi atingido no caso concreto. Não é necessária, portanto, a prova da manifestação do prejuízo, até mesmo porque sua exigência inviabilizaria a reparação. Neste sentido manifesta-se Steigleder:

A respeito do sofrimento, e especialmente a sua prova, entendemos que são inexigíveis para a configuração do dano extrapatrimonial, já que as vítimas são indetermináveis. [...] Por isso, os valores imateriais associados ao bem ambiental degradado devem ser analisados de forma abstrata, examinando-se aspectos como a perda do bem-estar proporcionada pelo bem ambiental, seu valor de existência, e a perda da chance das gerações futuras conhecerem o bem.

Leite e Ayala assinalam que, para que se possa falar em dever de indenizar por dano extrapatrimonial ambiental, é preciso não somente se comprovar a interferência humana no meio ambiente, mas também que ela ultrapassou o limite do tolerável pela sociedade, além de se levar em conta as características próprias do dano ambiental:

[...] para que haja a adequada identificação deste limiar de tolerabilidade, não basta que seja verificado se houve descumprimento de padrões de qualidade ambiental estabelecidos em regulamentos, sendo indispensável levar em consideração as peculiaridades do dano ambiental produzido pela sociedade de risco, dentre as quais se destacam: a falta de certeza quanto à prova e dimensão do dano e sua manifestação futura e dissociada de interesses pessoais; a dispersão do nexos causal, considerada tanto a distância temporal entre o fato danoso e a manifestação do dano, como

as ações múltiplas, cumulativas e sinérgicas que o ocasionam⁵⁷.

Além da dificuldade de comprovação, a quantificação dos danos em análise é tarefa bastante árdua, conforme veremos adiante.

5.3. Dificuldade de quantificação

Já mencionamos no presente trabalho, ao tratar das peculiaridades do dano ambiental, das dificuldades que residem em sua valorização, ainda que a hipótese seja de lesão material. Também já destacamos quanto árdua é a tarefa de quantificação envolvida nos casos de dano moral tradicional, por não ser o abalo psicológico exprimível em dinheiro.

Do sobredito, já é possível perceber que é duplamente difícil definir-se o *quantum* da indenização dos danos morais por lesões ambientais coletivas, até mesmo porque a lei não estabelece critérios para tanto.

Contudo, mesmo diante deste quadro, o dever de indenizar existe, sob pena de admitir-se o enriquecimento ilícito do ofensor.

Da mesma forma que ocorre no dano moral tradicional, a regra a ser utilizada na valorização da indenização é a do arbitramento pelo juiz, levando em consideração as conjunturas do caso concreto, como a condição econômica do ofensor, o grau de culpa, a gravidade do dano e a possibilidade de reversão, sempre combinados com o bom-senso esperado do julgador⁵⁸.

É importante que o julgador não se atenha ao valor econômico do bem afetado, levando em consideração também a relevância do valor coletivo atingido na hipótese. Em outras palavras, deve-se pensar na perda imposta à sociedade em razão do ato que se pretende reparar, e que lesionou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem destaca Birnfeld:

[...] no caso do desmatamento, a indenização não deve levar em conta apenas o valor da madeira, porque os bens ambientais danificados

57 LEITE, José Rubens Morato; Ayala, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*, p. 289.

58 LEITE, José Rubens Morato; Ayala, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*, p. 301.

não eram madeiras, mas, sim, árvores, seres vivos com uma função própria e específica no equilíbrio ecológico. Nesse dano, a coletividade não ficará privada da madeira, mas das árvores e de todos os ‘serviços’ ambientais favoráveis à qualidade de vida que deixarão de ser providos. Tal realidade impõe que, na quantificação da indenização do dano extrapatrimonial ambiental coletivo, seja levado em consideração também o valor da perda do bem ambiental e da qualidade ambiental consequente⁵⁹.

Na esteira de todo o afirmado, é interessante transcrever a lição de Oliveira, que sintetiza os elementos que considera importantes para o arbitramento, pelo magistrado, do valor da indenização por danos morais ambientais coletivos:

Em conclusão, os elementos objetivos e subjetivos constitutivos da fixação do *quantum* indenizatório relacionam-se com a repercussão e a gravidade do dano, a capacidade econômica do infrator, a extensão, a duração e a natureza do prejuízo, o proveito econômico para o poluidor, a reprovabilidade da falta e a importância do patrimônio ambiental (natural, cultural e artificial) afetado, as consequências patrimoniais decorrentes do dano e a possibilidade de restauração ou recomposição ao *status quo ante*. Ajuntem-se, também, a condição política e social da comunidade, população, grupo, classe ou indivíduos ofendidos⁶⁰.

Ao se estipular o valor da indenização, não se pode esquecer também das finalidades da condenação, que são propiciar à sociedade a compensação pelos danos, bem como penalizar o ofensor.

Nesta esteira, já se discute a hipótese de se excepcionar a não aplicação da doutrina do *punitive damages* em nosso direito. Com efeito, Oliveira afirma que a doutrina do dano moral ambiental “demonstra interesse em enveredar pela punições exemplares, sendo cada vez maior o número de decisões com características exemplares e punitivas”⁶¹.

Também Luna e Falavigna posicionam-se neste sentido:

59 BIRNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou Extrapatrimonial Ambiental*, p. 119.

60 OLIVEIRA, William Figueiredo de. *Dano Moral Ambiental*, p. 122.

61 *Ibid.*, p. 81.

[...] pode-se defender o argumento de que em matéria de direitos difusos, nas ações civis públicas, a imposição de indenização punitiva poderia favorecer de um modo abrangente e desejável a todos os lesados, assim como forma de sanção, importante instrumento de repressão à repetição da conduta causadora do dano⁶².

Assim, em se admitindo a adoção desta doutrina, seria o caso de o magistrado fixar a indenização em valores bastante elevados, a fim de tomar o caso de exemplo para a sociedade. Estipula-se a reparação de forma muito rigorosa com o fim de desestimular condutas semelhantes, tanto por parte do próprio agressor, quanto de outros agentes.

De outra banda, para Rodrigues, a reparação de danos morais coletivos ambientais não precisa, necessariamente, ser realizada em dinheiro, podendo ser estipulada, ao invés disso, a obrigação de se promover uma medida de compensação ecológica:

[...] nada impede, em nosso entendimento, seja determinada condenação em espécie, no sentido de ser o degradador condenado a recuperar um determinado lugar, uma outra área qualquer devastada, destruída, desde que esta não seja objeto de ação ou investigação pública. Uma área degradada, onde, por exemplo, não fora possível identificar o causador do dano e, então, que permanecerá destruída, sem recuperação⁶³.

Verifica-se, assim, que grande é a discussão que envolve o tema, e muitos são os parâmetros propostos pela doutrina para orientar a fixação do montante da indenização por danos morais coletivos. Na falta de critérios legislativos definidos, importante será o papel da jurisprudência em estabelecer diretrizes, a fim de que a omissão não seja usada como pretexto para a não-responsabilização e, conseqüentemente, para admitir o cometimento de injustiças.

62 LUNA, Ana Claudia Vergamini; Falavigna, Maria Clara Osuna Diaz. O critério brasileiro para a fixação do dano moral. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Simão, José Fernando (org.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*, p. 53-79.

63 RODRIGUEIRO, Daniela A. *Dano Moral Ambiental. Sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável*, p. 187.

5.4. Posição da jurisprudência

Feita a análise acerca do dano moral coletivo em decorrência de lesão ao meio ambiente, é importante verificar como a jurisprudência vem tratando do tema, se acolhendo ou afastando sua possibilidade.

Deste diapasão, tanto Oliveira⁶⁴ e quanto Leite *et al.*⁶⁵ citam como pioneira decisão proferida pela Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 2001.001.14586, exarada nos autos de Ação Civil Pública proposta pelo Município do Rio de Janeiro em face de pessoa física, sob o argumento de que ela realizou corte indiscriminado de árvores e começou obra não licenciada pelo Poder Público, acarretando dano ao meio ambiente.

Embora condenado em 1º Grau em relação aos danos materiais, não houve condenação do particular ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, razão pela qual o município interpôs o recurso em referência, sob o argumento de que teria havido violação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida.

O acórdão, que teve como relatora a desembargadora Raimunda T. de Azevedo, além de manter a condenação à reparação dos danos materiais, veiculou condenação do réu também ao pagamento de danos morais coletivos no montante de 200 salários mínimos, valor este a ser revertido ao fundo para recuperação dos bens lesados. A condenação se deu sob o argumento de que a conduta do réu acabou por causar a perda da qualidade ambiental e paisagística, em prejuízo da coletividade, acolhendo, portanto, a tese da reparabilidade do dano moral coletivo decorrente de lesão ambiental.

A posição da jurisprudência, contudo, não é unânime. Com efeito, cabe destacar também a solução dada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 598.281 - MG (2003/0178629-9), cuja ementa é a seguinte:

64 OLIVEIRA, William Figueiredo de. *Dano Moral Ambiental*, p. 150-154.

65 LEITE *et al.* Jurisprudência sobre dano moral ambiental. In: FERREIRA, Helene Sivini; Leite, José Rubens Morato (org.). *Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos constitucionais e diagnósticos*, p. 374-377.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO⁶⁶.

Verifica-se, assim, que, instado a se manifestar pela primeira vez sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, não admitiu a possibilidade de existência de um dano extrapatrimonial tendo como vítima uma coletividade. Baseou-se o entendimento na falta de preenchimento dos pressupostos clássicos do dano moral, como a dor, o sofrimento e a aflição, por considerá-los compatíveis apenas com o âmbito individual.

Embora aparentemente o STJ tenha rechaçado a tese dos danos extrapatrimoniais coletivos, Sanseverino, citado por Birnfeld, após a análise dos votos que compuseram o julgamento, destaca que o acórdão em comento não afastou por completo a possibilidade de reconhecimento de dano moral coletivo, apenas considerou que, naquele caso, a prova do dano não estava presente. Com efeito, afirma que embora três dos votos fossem pelo não-provimento do recurso (contra dois favoráveis ao provimento), dois deles, firmados pelos Ministros Denise Arruda e Francisco Falcão, admitiam a indenização do dano moral coletivo, mas não naquele caso em análise, em razão da ausência de provas. Assim, de acordo com o doutrinador, apenas o Ministro Teori Zavascki, redator do acórdão, considerou inadmissível o reconhecimento de danos morais coletivos⁶⁷.

Além disso, o próprio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento posterior, realizado nos autos do Recurso Especial nº 791.653 – RS, acabou por espocar entendimento diverso, mantendo condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a pessoa jurídica em razão do reconhecimento de danos morais difusos. Confira-se a ementa do acórdão:

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 598.281/MG. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 de fevereiro de 2013.

67 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, 2007 apud Birnfeld, 2009, p. 96-97.

PROCESSUAL CIVIL RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REGULAR ANÁLISE E JULGAMENTO DO LITÍGIO PELO TRIBUNAL RECORRIDO. RECONHECIMENTO DE DANO MORAL REGULARMENTE FUNDAMENTADO⁶⁸.

Verifica-se, pelo exposto, que embora ainda não haja unanimidade, parece existir uma tendência na jurisprudência a admitir a possibilidade de indenização do dano moral coletivo em matéria ambiental, ainda que sem a presença dos requisitos tradicionais do dano moral, como o sofrimento psíquico sentido apenas em âmbito individual.

6. Considerações finais

1. Pelo que se apontou no presente estudo, verifica-se que a preocupação com a proteção do meio ambiente tem ganhado cada vez mais espaço em nossa sociedade. A questão ecológica é hoje tida por fundamental pela maior parte das pessoas, uma vez que o desenvolvimento tecnológico e a escassez de recursos, bem como o acesso mais fácil à informação, faz crescer a consciência ecológica e a noção de que é preciso preservar para garantir a sobrevivência do ser humano.

2. Diante deste quadro, a ciência do direito não poderia ficar inerte frente aos novos anseios sociais.

A legislação, a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm adotando uma postura relativamente rigorosa em relação à responsabilização civil por danos ambientais, em especial se a compararmos com o regramento tradicional da responsabilidade civil. Assim, vem se adotando regras próprias para a reparação de danos ambientais, que são condizentes com as muitas peculiaridades desta espécie de danos.

Consideramos acertado este posicionamento, dado o preocupante quadro de degradação ao meio ambiente a que se chegou na atualidade.

3. Nesta esteira, tem se mostrado salutar a adoção da teoria da responsabilidade objetiva por danos ambientais por nossa legislação,

68 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 791.653/RS. Rel. Min. José Delgado. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 de fevereiro de 2013.

evitando que a dificuldade em se comprovar a culpa tornasse indene a maior parte dos danos. Da mesma forma, a inaplicabilidade das excludentes de responsabilidade e a previsão legal de solidariedade entre os poluidores também se coadunam com uma série de princípios que regem o Direito Ambiental, em especial com os princípios do poluidor-pagador e da supremacia do interesse público sobre o particular.

4. Na mesma linha, a atribuição de novos contornos ao instituto do dano moral, passando a se admitir sem maiores controvérsias a tese do dano extrapatrimonial ambiental tendo como vítima a coletividade, só tem a contribuir para a ideia de reparação integral e da existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com efeito, conforme destacamos neste estudo, a possibilidade de reparação de danos extrapatrimoniais experimentados por pessoas físicas, que há algumas décadas era rechaçada pela maior parte dos juristas, hoje é admitida de maneira pacífica pela doutrina e pela jurisprudência como importante forma de compensar a vítima por danos que não podem ser expressos diretamente em dinheiro.

O referido demonstra o quanto nosso direito evoluiu no sentido de buscar a reparação de toda e qualquer espécie de dano. Entendemos que ele pode evoluir ainda mais com a admissão da reparação de danos morais coletivos decorrentes de violação a bens ambientais.

5. Ocorre que é amplamente reconhecido o caráter difuso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de forma que é inegável o potencial que as lesões ao bem ambiental possuem de atingir a uma coletividade de pessoas e de violar a interesses próprios desta coletividade, que transcendem o interesse meramente individual.

6. Como se não bastasse o sobredito, embora já se reconheça a possibilidade de se reparar danos materiais coletivos, não são raros os casos em que a reparação pecuniária ou *in natura* do dano patrimonial ao meio ambiente não pode ser tida como suficiente. A mesma violação pode acarretar também lesão consistente no sentimento coletivo negativo experimentado em razão da perda do equilíbrio ecológico, da saúde física e mental, e de outros valores que restaram por prejudicados pela agressão ao meio ambiente, cujo caráter é eminentemente extrapatrimonial.

Com efeito, parece-nos claro que um rio poluído não lesiona somente o pescador que deixa de poder tirar dele o sustento de sua família (lesão esta indenizável, diga-se), mas também toda uma coletividade de indivíduos que têm prejudicados os direitos fundamentais à saúde, à tranquilidade, ao lazer e a outros elementos da dignidade humana. Estes últimos são os danos morais ambientais coletivos, que, uma vez existentes, devem ser reparados.

7. Nesta linha, consideramos essencial admitir-se a ampliação dos horizontes da responsabilidade civil clássica, possibilitando-se que existam condenações consistentes na obrigação de se compensar à sociedade por atos que importem na violação a valores coletivos. É que só assim que se estará buscando efetivamente a consecução da finalidade deste instituto tradicional do nosso direito, bem como dos instrumentos legais de proteção ao bem ambiental.

Ocorre que apenas com a integral reparação dos danos ambientais, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais, individuais ou coletivos, é que se assegurará verdadeiramente a proteção ao meio ambiente, concretizando a norma constitucional presente no artigo 225, e se garantirá a observância ao princípio fundamental da dignidade humana.

Referências bibliográficas

BELTRÃO, Antônio F. G. *Curso de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BIRNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou Extrapatrimonial Ambiental*. São Paulo: LTr, 2009.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; Ayala, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE et al. Jurisprudência sobre dano moral ambiental. In: FERREIRA, Heline Sivini; Leite, José Rubens Morato (org.). *Estado de Direito*

Ambiental: Tendências. Aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro.* 19^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito Ambiental : responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente.* 3^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUNA, Ana Claudia Vergamini; Falavigna, Maria Clara Osuna Diaz. O critério brasileiro para a fixação do dano moral. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; Simão, José Fernando (org.). *Ensaaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade.* Porto Alegre: Ed. Magister, 2009.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente – A Gestão Ambiental em Foco.* 7^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, William Figueiredo de. *Dano Moral Ambiental.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

RODRIGUEIRO, Daniela A. *Dano Moral Ambiental. Sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro.* 2^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MICROSSISTEMA DE TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO: A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Renata Lane¹

Resumo: O presente artigo busca demonstrar que os novos institutos de transação impactaram o Direito Administrativo Sancionatório e a própria concepção de indisponibilidade do interesse público. Com a edição da Lei nº 12.846/2013 e a consequente criação de um microsistema de tutela da moralidade administrativa, entende-se que a vedação do artigo 17§1º da Lei de Improbidade de acordo em matéria de improbidade administrativa foi revogado, permitindo a celebração de acordos envolvendo condutas improbas.

Abstract: The present article tries to demonstrate that the new institutes of transaction impacted the Sanctioning Administrative Law and the very conception of unavailability of the public interest. With the enactment of Law no. 12.846 / 2013 and the consequent creation of a microsystem to safeguard administrative morality, it is understood that the prohibition of Article 17.1 of the Law of Improbability of agreement on administrative

¹ Bacharel em Direito pela PUC/SP, mestranda em Direito Administrativo pela mesma universidade, especialista em Direito Ambiental pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado. Procuradora do Estado de São Paulo em exercício no Núcleo de Defesa do Patrimônio Público da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

improbability is revoked, allowing the conclusion of agreements involving corrupt acts.

Palavras-chaves: Indisponibilidade do interesse público, sanção, microsistema de proteção da moralidade administrativa e improbidade administrativa.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Administração Pública Consensual. Nova concepção sobre indisponibilidade do interesse público; 3 – Da vedação de composição na Lei de Improbidade; 4 – Positivização de normas possibilitando acordos envolvendo atos ímprobos; 5 – A Defesa da Consensualidade em matéria de improbidade administrativa; 6 – Conclusão; Referências Bibliográficas;

1. Introdução

A sanção não é um fim em si mesma. Ela possui caráter instrumental. Qualquer forma de aplicação da sanção que não atenda tal finalidade instrumental viola o próprio instituto do direito sancionatório.

Esta visão sobre o direito sancionatório é bem diferente da concepção tradicional. Há um claro movimento de abandono da teoria clássica da função administrativa da sanção, que preconizava a sua indisponibilidade e impossibilidade de transação. Ficou para trás o “tabu” de que a Administração Pública não pode transacionar.

Para a referida visão clássica, a indisponibilidade do interesse público significaria vedação total e irrestrita para a composição, ainda mais se tratando de aplicação de sanção, fruto do exercício do *ius imperium* da Administração Pública.

Até então era impensável que a autoridade administrativa sopesasse entre a aplicação ou não da sanção com a possibilidade de o infrator readequar a sua conduta e compensar os atos irregulares.

Novos instrumentos ampliando a possibilidade de acordos, a instituição de Câmaras de Conciliação, a inserção de cláusulas de arbitragem nos contratos com a Administração Pública, dentre outros, foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio, neste claro movimento pela busca da consensualidade.

A evolução foi tamanha que até em matéria penal, na qual a aplicação da pena era concebida como totalmente indisponível, cuja a obrigatoriedade da ação penal era a regra, foram inseridos institutos de celebração de acordos, como a transação penal, suspensão condicional do processo e possibilidade de acordo por meio de delação premiada.

Nesse movimento, destacaram-se as transações realizadas no âmbito da “Operação Lava Jato”. Os diversos acordos de leniência e delação premiada, inclusive no que se refere ao âmbito penal e da improbidade administrativa, comprovam que esses institutos saíram do papel e se tornaram grandes instrumentos no combate à corrupção, impunidade e lavagem de dinheiro.

Não há dúvidas de que as inovações legislativas proporcionaram tal movimento. A busca por uma maior consensualidade é uma inegável tendência, inclusive fortemente incentivada pelo novo Código de Processo Civil, que preconiza que as partes devem buscar sempre acordar (art.3º, §3º²). O mesmo Código Processual também criou uma cláusula geral (atípica) de negociação prevista no art.190, CPC³, conferindo maior liberdade às partes.

Mesmo no âmbito da Administração Pública, há um incentivo para a composição entre as partes. A Lei de Mediação e Autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública reforça a possibilidade do Poder Público celebrar acordos (Lei nº 13.140/2015), inclusive relacionado com casos envolvendo improbidade administrativa⁴. Há um

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

§ 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.

3 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

4 Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do

claro abandono da concepção tradicional de inviabilidade de transação envolvendo o poder público.

É neste contexto de busca de consensualidade, de alteração da visão clássica do direito administrativo sancionador, que o presente artigo busca discutir a possibilidade de acordo envolvendo atos ímprobos. O problema que se coloca é: o art.17,§1º da Lei de improbidade⁵, que vedava expressamente a possibilidade de acordo em ação de Improbidade, foi revogado ou ao menos temperado⁶?

Isto é, dado o movimento pela consensualidade, conjugado com a positivação de novos instrumentos, é possível entender que o art.17,§1º da Lei nº 8.429/92 ficou obsoleto dentro deste novo modelo de Direito Administrativo Sancionatório?

A questão, portanto, é saber se há uma antinomia entre a Lei da Improbidade Administrativa e a Lei de Mediações. Logo, o presente artigo propõe o debate de (i) verificar se o art.17, §1º da Lei nº 8429/92 foi revogado, abrindo-se a possibilidade de acordo em matéria envolvendo improbidade administrativa. Admitindo-se a possibilidade de acordos nos casos de improbidade administrativa, há um segundo questionamento sobre o que seria possível transacionar. Daí que se propõe no presente artigo a (ii) estabelecer algum parâmetro sobre o que seria possível transacionar, tecendo algumas considerações sobre possibilidades de acordos envolvendo atos ímprobos.

2. Administração Pública Consensual.

Nova concepção sobre indisponibilidade do interesse público

A intensa judicialização, sobretudo envolvendo os entes federativos, gerou a necessidade de se buscar soluções alternativas de solução de conflitos. Há um consenso sobre a impossibilidade do Poder Judiciário dirimir todos os conflitos.

Ministro Relator.

5 Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

6 Importante observar que havia uma Medida Provisória- MP nº 703/2015- que revogava esse parágrafo primeiro, que não foi convertida em lei, tendo perdido sua eficácia em 29/05/2016.

Este esgotamento do modelo tradicional de solução de conflitos pela via judicial, aliado com a busca pela maior efetividade da aplicação da própria sanção, está diretamente relacionada com o surgimento de um novo modelo de Administração Pública e a mudança da concepção da própria atuação administrativa.

Não há mais controvérsia que o poder público pode transacionar. Há uma abertura normativa à consensualidade a partir da positivação de alguns instrumentos consensuais.

Esta nova cara da Administração Pública, denominada “Administração Consensual”, privilegia a cooperação e diálogo com os particulares. Há uma mudança na relação entre o poder público e os particulares, adotando-se a horizontalidade ao invés da verticalidade no relacionamento público-privado, na busca de maior eficiência e efetividade da atividade administrativa. Afinal, a propositura de ação judicial, com toda intempérie de sua tramitação, não garante o melhor resultado para as partes ou que seja atingido o interesse público.

Tal postura da Administração Pública entende de forma diferente a teoria tradicional de supremacia do interesse público sobre particular e a indisponibilidade do interesse público; não há mais uma vedação total e irrestrita para a composição entre as partes⁷.

Ficou consolidado na doutrina que o princípio da indisponibilidade não se confunde com a ideia de direitos patrimoniais disponíveis – o interesse público é sempre indisponível, enquanto os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis.

7 Nesse sentido são as ponderações de Floriano Marques e Tatiana Cymbalista: “*Contudo, como vimos anteriormente, a afirmação da autoridade administrativa encontra-se hoje em um momento diferenciado. Afasta-se do caráter meramente autoritário e unilateral de atuação estatal e converte-se em um poder exercido de maneira mais motivada, mais procedimental (legitimidade pelas regras do jogo), mais participativa, mais transparente e mais plural.*

A mudança de perspectiva faz com que o procedimento destinado a apurar a perpetração de uma infração deixe de ser visto como palco para reconstrução da soberania administrativa ofendida, para ser encarado simplesmente como um mecanismo dentre outros, mais econômico, mais eficazes e consensuais para a reparação do dano causado e para o restabelecimento dos comportamentos almejados pela regulação” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Martinello. Os acordos substantivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 8, n.31 out/dez.2010.

A consensualidade seria, portanto, a própria realização do interesse público, conforme leciona Juliana Palma:

Ainda que se admita o princípio da supremacia, o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público; pelo contrário, segundo esse argumento, a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo. O ponto está em considerar não apenas o ato administrativo como expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre Administração e administrado no âmbito do processo na qual haja negociação da prerrogativa pública (imperativa). Tendo em vista os efeitos positivos da consensualidade com a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta é importante que se reconheça o ato consensual como própria expressão do interesse público⁸

Nesse sentido, o Direito moderno não poderia ficar adstrito aos velhos dogmas do direito administrativo de que a transação significaria disposição do interesse público. Pelo contrário, o movimento contemporâneo é justamente no sentido de que a celebração de acordo, em muitos casos, é justamente a própria realização do interesse público.

3. Da vedação de composição na Lei de Improbidade

Inicialmente, é preciso observar que a Lei nº 8.429 foi promulgada em 1992. Naquela época a transação envolvendo o Poder Público, sobretudo envolvendo atos de improbidade administrativa, era impensável.

Pela proximidade entre os institutos de sanção da improbidade administrativa e o direito penal, a regra da proibição de transação que vigorava na seara criminal foi estendida à esfera da improbidade administrativa. Ou seja, a proibição era fruto de uma época e dessa relação indissociável entre improbidade administrativa e direito penal, tal como observa Fredie Didier Jr e Daniela Santos Bonfim:

⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, p.171/172.

A proibição prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção. A interpretação literal do comando do §1º do art.17 da Lei nº 8.429/92 leva a uma situação absurda: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da Lei nº 8.429/92) e de sua aplicação.⁹

É nesse sentido que se discute que tal dispositivo ficou obsoleto diante do surgimento de novos instrumentos que possibilitam a transação com o poder público.

Ora, se o próprio Direito Penal já admite a transação, inclusive desobrigando o Ministério Público ao ajuizamento de ação penal, seria totalmente ilógico e desarrazoado que no âmbito do direito administrativo sancionatório prevalecesse outra regra.

A partir de uma interpretação corretiva, pautada pela harmonia e unidade do sistema jurídico, deve-se privilegiar a coerência desse microsistema, na qual não há mais espaço para a visão sobre a impossibilidade de acordo em matéria de improbidade administrativa.

Nesta lógica, seria completamente incongruente que se pudesse celebrar um acordo de delação premiada no âmbito penal, mas houvesse a obrigatoriedade de ajuizamento de ação civil pública de improbidade

9 DIDIÉ JR, Fredie; BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n.67, p.105-120, jan/mar. 2017, p.117.

administrativa sobre o mesmo fato. Ou ainda, se fosse celebrado acordo de leniência com a pessoa jurídica com base na Lei nº 12.846/2013, mas com relação às pessoas físicas houvesse a obrigação de ajuizamento ação civil pública.

Tais condutas violariam, por completo, a segurança jurídica e a confiança legítima, desnaturando o próprio instituto da autocomposição. Se assim fosse, teríamos um sistema totalmente incongruente e desarmônico.

Deste modo, em um ordenamento jurídico em que já estão positivados institutos permitindo celebração de acordos, inclusive sendo incentivada a autocomposição, não se pode mais considerar que o art.17§1º da Lei nº 8.429/92 como vigente.

4. Positivação de normas possibilitando acordos envolvendo atos ímprobos

Embora muito se discuta sobre a possibilidade de acordos envolvendo matéria de improbidade administrativa, já existem diversas normas jurídicas expressamente autorizando a celebração de acordos em casos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, é a Lei de Mediação e autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública que expressamente autoriza a celebração de acordo em ação de improbidade administrativa. A Lei Anticorrupção também disciplina a possibilidade de transação relacionada à conduta ímproba¹⁰. Destacam-se, ainda, a colaboração premiada no Direito Penal (Lei 12.850/2013), e acordo de leniência na legislação antitruste.

10 Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar 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, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

É importante destacar que diversos órgãos já fizeram as respectivas previsões para a viabilizar a celebração de acordos em casos envolvendo improbidade administrativa. Cita-se, como exemplo, a Portaria Interministerial celebrado pela Advocacia Geral da União e a Controladoria Geral da União:

Portaria Interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016

Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União.

Art. 2º O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração (...)

No mesmo sentido, é a Resolução nº-179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público regulamentando a realização de acordo envolvendo improbidade administrativa:

Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado

Art. 3º O compromisso de ajustamento de conduta será tomado em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento correlato, ou no curso da ação judicial, devendo conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, salvo peculiaridades do caso concreto, e ser assinado pelo órgão do Ministério Público e pelo compromissário. (*grifo meu*)

Tais regulamentações são iniciativas louváveis destas instituições, conferindo uma maior segurança jurídica e objetivando padronizar a atuação de seus membros.

Porém, em que se pese a positivação de tal permissão, em sentido oposto à previsão da Lei de Improbidade Administrativa, não há consenso doutrinário, nem segurança jurídica para a celebração de acordos em matéria de improbidade administrativa. Daí a relevância da discussão sobre o tema.

5. A Defesa da Consensualidade em matéria de improbidade administrativa

Pois bem, verificado o movimento do Direito Moderno no sentido de cada vez mais facilitar às partes encontrarem um consenso sobre a direito em conflito, inclusive no que se refere ao próprio Direito Administrativo Sancionador, com o abandono da visão clássica sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público, defende-se que o ordenamento jurídico vigente permite a celebração de acordo em matéria de improbidade administrativa.

Com efeito, em que pese a MP 703/2015 não ter sido convertida em lei¹¹, inexistindo revogação expressa da previsão da Lei de Improbi-

11 A Medida Provisória 703/2015 que disciplinava o acordo de leniência, tinha previsão expressa de revogação do art.17,§1º da Lei nº 8.429/92:

Art. 2º Ficam revogados:

I - o § 1º do art. 17 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992;

dade Administrativa, existe autorização legal de acordo em matéria de improbidade prevista na Lei de Mediação (art.36,§4º). Além disso, a Lei Anticorrupção introduziu instrumento transacional no microsistema da tutela da moralidade administrativa.

Assim, conjugando a Lei da Mediação com a Lei Anticorrupção, entende-se que o art.17§ 1º da Lei de Improbidade Administrativa foi implicitamente revogado.

Deveras, a ação de improbidade administrativa tem caráter repressivo, de aplicação de sanções de natureza punitiva, além do caráter reparatório (previsão de ressarcimento integral do dano). Tais sanções teriam força pedagógica e intimidadora de inibir a reiteração da conduta.

Logo, se algum benefício é obtido, se há aumento de eficiência ou efetividade no combate à corrupção e improbidade administrativa, a dissuasão do transgressor, o ressarcimento integral ao erário, abre-se espaço para negociação sobre as sanções aplicáveis. Afinal, conforme já mencionado, o acordo poderá significar a própria realização do interesse público. Nesse sentido, são as ponderações de Nicolao Dino:

Para superar a aparente incompatibilidade, é importante repisar a *ratio* do art.17,§1º, da Lei nº 8.429/92. A finalidade dessa regra, como acima enfatizado, é evitar que haja livre e indevida disposição da ação, em prejuízo à tutela do dever de probidade administrativa. Ao revés, a busca da colaboração dos investigados/réus infratores, em troca de benefícios quanto a sanções, não implica abdicar da tutela da probidade, mas sim alcançá-la de modo mais eficiente. Confere-se, por esta via, maior efetividade ao regramento normativo e aos mecanismos de controle da improbidade, com a possibilidade de estender a atuação repressiva do Estado a escalões e estruturas de poder – político ou econômico – outro considerados intangíveis, se não houvesse a cooperação de outros envolvidos¹²

12 DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. IN: SALGADO, Daniel Resende de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org). et al. *A prova do enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jus podivin, 2015, p.455-459.

Mesmo porque, o ajuizamento de ação de improbidade não assegura que as sanções do art.12 da Lei nº 8.429/92 serão aplicadas, ou se aplicadas, na intensidade pretendida por um dos co legitimados par ação (Fazenda Pública lesada ou Ministério Público).

E mais, a celebração de acordo em matéria de improbidade administrativa não é apenas autorizada pelo ordenamento jurídico, mas deve ser sempre buscada pelas partes envolvidas, inclusive incentivadas pelo Poder Judiciário em caso de judicialização.

É nesse sentido, que a possibilidade de acordo de leniência introduzido pela Lei 12.846/2013 não deve ser compreendido de forma isolada, aplicável apenas aos processos da Lei Anticorrupção (e, portanto, restrito às pessoas jurídicas). Entende-se que a Lei Anticorrupção introduziu a possibilidade de negociação dentro do microsistema processual de tutela coletiva da probidade administrativa, que confere ordenação e unidade do ordenamento, por meio de uma interpretação corretiva. Inclusive, já há julgados nesse sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA.

8. Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.

9. Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de *compliance* e não reincidência na prática de atos corruptivos, desde que confirmada a validade do acordo de leniência. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, *grifo meu*)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBI-

DADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA.

(...) Por isso, na hipótese de o poder público não dispor de elementos que permitam comprovar a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, o interesse público conduzirá à negociação de acordo de leniência objetivando obter informações sobre a autoria e a materialidade dos atos investigados, permitindo que o Estado prossiga exercendo legitimamente sua pretensão punitiva.

Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.

Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de compliance e não reincidência na prática de atos corruptivos. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, *grifo meu*).

Não se ignora, entretanto, que existe uma série de questões que se colocam, sobretudo em razão da ausência de Lei federal disciplinando o acordo em ação de improbidade administrativa. Entretanto, tal entrave não deve ser uma barreira para a celebração de acordo em si, já que uma lei específica pode demorar anos para que seja editada.

De todas as formas, é preciso observar que a própria Lei Anticorrupção veda acordos sobre obrigação de ressarcimento integral do dano (art.16,§3º), que estaria inserido dentro do núcleo irrenunciável do interesse público. Até porque, a recomposição do dano não é sanção, mas obrigação inserida dentro da lógica da responsabilidade civil.

Logo, a reparação integral do dano não poderia ser objeto de transação em condutas envolvendo improbidade administrativa.

No que se refere ao momento da celebração do acordo, e considerando que a Lei de Mediação fala em ação de improbidade (pressupondo,

portanto, ação judicial em curso), não parece razoável limitar a celebração de acordos apenas à fase preparatória e pré-processual (de inquérito civil ou apuração administrativa). Ainda que nesta fase seja o momento aonde o agente poderia contribuir com maiores informações sobre autoria e materialidade dos ilícitos, auxiliando na busca do ilícito e na responsabilização de todos os envolvidos, o fato é que o ajuizamento de ação não garante que todas as questões já tenham sido resolvidas (novas informações poderiam viabilizar o ingresso de ação contra aqueles que ainda não figurem como réus da ação de improbidade já ajuizada), ou mesmo facilitando a comprovação da conduta improba. Logo, não há qualquer determinação, *a priori*, de qual o momento mais adequado para a transação¹³.

Além do mais, para garantir que haja harmonia no sistema jurídico, evitando a desastrosa celebração de acordo entre algum dos co legitimados e a propositura de ação civil pública pelo outro, é recomendável a participação do Ministério Público e das Advocacias Públicas nas tratativas e celebração de acordo. Caso se trate de acordo em ação em trâmite, salutar a participação do Poder Judiciário, que ao final, deverá homologar os termos da transação.

Deve-se, ainda, considerar que os acordos pressupõem equivalência entre os benefícios obtidos pelas partes. Além disso deve ser idônea, o que requer seja necessária, proporcional e adequadamente útil ao direito sancionador.

Aqui cumpre observar que o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção traz como algumas condições que já permitem identificar o imediato benefício do poder público em celebrar o acordo- identificação dos demais envolvidos na infração, a cessação da conduta ilícita e a cooperação para apuração do ato ilícito.

13 Em sentido contrário é a posição de Kleber Bispo dos Santos: “*Se o Ministério Público ou a Advocacia Pública do ente público lesado ajuizou a ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa, presume-se que o fizeram com seriedade e responsabilidade e que detinham, após apuração prévia, robustos elementos de prova de autoria e de materialidade que passaram sobre o crivo do contraditório e ampla defesa na esfera judicial. Quando o Estado tem robustos elementos de prova de autoria e materialidade nas mãos, não lhe é permitido, a nosso ver, celebrar o acordo de leniência, visto que esta via consensual é específica para as hipóteses em que não se tenham informações suficientes de autoria e materialidade dos ilícitos*”, SANTOS, Kleber Bispo do. Acordo de Leniência na Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Metrado, PUC/SP. São Paulo, 2016, p.177.

É preciso, então, verificar se todas as celebrações de acordo exigiriam tais «benefícios» à Administração Pública, e quais outros benefícios poderiam ser eventualmente exigidos.

Isto dependerá do caso concreto, mas é certo que pôr fim à litigiosidade, extinguindo a fase de conhecimento para que se possa dar imediato cumprimento ao título executivo judicial já representa um ganho de efetividade. Afinal, a efetividade da sanção é um fim inerente e extremamente relevante ao sistema de combate à corrupção e defesa da moralidade administrativa.

A questão é saber se acordar em extinguir o processo, cumprindo-se imediatamente alguma das sanções e ressarcindo o dano seriam suficientes para que o Poder Público dispusesse de alguma das sanções. Em outras palavras, deve-se averiguar quais os benefícios obtidos pelo poder público para que abra mão da aplicação de alguma das sanções previstas no art.12 da Lei nº 8.429/92.

Novamente, parece que tudo dependerá do caso concreto e quais os benefícios que poderão ser ofertados pelo requerido. De qualquer modo, não parece que dispor de alguma das sanções seja um problema em si. Ora, se no Direito Penal o acordo com colaboradores permite a diminuição da pena ou o perdão judicial, e se a própria Lei de Improbidade permite uma espécie de dosimetria da pena- que variam de acordo com a gravidade dos fatos, extensão do dano e proveito patrimonial obtido pelo agente, além das penas poderem ser impostas cumulativamente ou isoladamente- não haveria problemas para que o acordo preveja a isenção de algumas das sanções já impostas ou possivelmente impostas no curso da ação.

Em resumo: existe a possibilidade de transação em casos envolvendo improbidade administrativa, de modo que, por uma interpretação corretiva, entende-se que o disposto no art.17§1º da Lei nº 8.429/92 foi implicitamente revogado; que o acordo pode ser realizado tanto na fase pré-processual, quando após o ajuizamento de ação de improbidade administrativa; que cabe aos colegitimados (preferencialmente, de forma conjunta), a análise dos benefícios gerados pela proposta de acordo dos requeridos; que o acordo deve, necessariamente, gerar benefícios e comutatividade para ambas as partes; que é possível que o Ministério Público e a Advocacia Pública disponha de alguma das sanções do art.12 da Lei de Improbidade Administrativa, e que o ressarcimento integral do dano é sempre irrenunciável.

6. Conclusão

As alterações promovidas pelas Lei nº 13.140/2015 e 12.846/2013 indicam uma tendência à consensualidade, ainda que se trate de questões afetas ao Direito Administrativo Sancionatório. Passa-se a aceitar a autocomposição entre as partes, ainda que envolva condutas ímprobas, como solução possível que atenda ao interesse público.

É nesse sentido, que o Direito Moderno rompe com visão clássica da sanção e de indisponibilidade do interesse público. Não mais pela via da imposição de sanção que se atinge finalidade da lei, de modo que a transação se mostra um instrumento viável de perseguir tal fim.

É neste contexto que o art.17,§1º da Lei nº 8429/92 demonstra-se obsoleto. O novo microsistema de tutela da moralidade administrativa admite a consensualidade e se mostra um instrumento eficiente de combate à corrupção.

7. Referências bibliográficas

CYMBALISTA, Tatiana Martinello; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os acordos substantivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 8, n.31 out/dez.2010

DIDIER JR, Fredie; BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n.67, p.105-120, jan/mar. 2017.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. IN: SALGADO, Daniel Resende de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org). et al. *A prova do enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivin, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi. Sanção e Acordo na Administração Pública. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros,2015.

SANTOS, Kleber Bispo do. Acordo de Leniência na Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Metrado, PUC/SP. São Paulo, 2016.

AS COMPRAS PÚBLICAS À LUZ DO REGIME JURÍDICO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

PUBLIC PROCUREMENT UNDER THE LEGAL REGIME OF SCIENCE, TECHNOLOGY AND INNOVATION

Lucas de Faria Rodrigues¹

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir qual o regime jurídico aplicável às compras públicas no campo da ciência, tecnologia e inovação – aqui denominadas compras públicas de P&D (pesquisa e desenvolvimento). Diante da incapacidade de a Lei nº 8.666/1993 responder às demandas de uma área tão específica, na qual o risco e a incerteza são elementos muitas vezes presentes, o legislador criou uma hipótese de dispensa de licitação e trouxe a disciplina em legislação apartada (artigo 20 da Lei nº 10.973/2004). O que pretendo mostrar neste artigo é como um instrumento específico – as compras públicas de P&D, enquanto uma política de inovação pelo lado da demanda – representa, na prática, (i) o rompimento com o regime jurídico clássico das contratações públicas (aqui, especificamente, a Lei nº 8.666/1993); (ii) atribui mais maleabilidade ao gestor público; (iii) e permite conciliar o contrato com elementos típicos do processo de inovação (o risco e a incerteza). A Lei nº 8.666/1993 não só afastou a licitação de forma expressa, mas mitigou a aplicação da lei geral de contratações públicas em detrimento de regras e conceitos trazidos pela Lei nº 10.973/2004.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atua na Consultoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Palavras-chave: Ciência; Tecnologia; Inovação; Compras públicas de P&D; Lei nº 10.973/2004

Abstract: The article objective is to discuss the legal regime applicable to public procurement in the field of science, technology and innovation – here called public procurement of R&D (research and development). Faced with the inability of Federal Law nº 8.666/1993 to respond to the specific area demands, where risk and uncertainty are elements frequently present, the legislator created a hypothesis of exemption from traditional bidding process and placed the discipline in a separate legislation (Article 20, Federal Law nº 10.973/2004). What I want to show in this article is how a specific instrument - public procurement of R&D, while a demand-side innovation policy - represents, in practice, (i) a break with the classical legal regime of public procurement (here, specifically, Federal Law nº 8.666/1993); (ii) attributes more malleability to the public manager; (iii) and allows to reconcile the contract with typical elements of the innovation process (risk and uncertainty). The Federal Law nº 8.666/1993 not only rejected the bidding process expressly, but mitigated the application of the public procurement general law, in detriment of the rules and concepts brought by Federal Law nº 10.973/2004.

Keywords: Science; Technology; Innovation; Public procurement of R&D; Federal Law nº 10.973/2004

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Contexto normativo: a Constituição Federal e a Lei nº 10.973/2004; 3 – Do enquadramento do modelo da compra pública de P&D; 4 – O artigo 24, inciso XXXI da Lei 8.666/1993: Só mais uma hipótese de dispensa de licitação?; 5 – Breves apontamentos sobre a regulamentação das compras públicas de P&D; 6 – Conclusão; Referências Bibliográficas

1. Introdução

O estudo do regime jurídico da *ciência, tecnologia e inovação* (CT&I) tem imposto um grande desafio aos intérpretes. Embora a CT&I tenha não de hoje um conjunto de normas voltadas à sua disciplina, são poucos

os estudos direcionados à sua análise sistematizada, sobretudo mais recentemente, diante de grandes mudanças legais e constitucionais nessa seara. Tal dificuldade somente se amplia quando esse conjunto normativo toca em campos mais tradicionais do Direito, como o Direito Administrativo.

Pessoalmente tenho ressalvas sobre o enquadramento desse tema em um “ramo” específico da ciência jurídica, seja porque é cada vez mais complexo pensar em “disciplinas” absolutamente estanques, seja porque a CT&I reúne aspectos – e dilemas – que tocam diversas ramificações clássicas do Direito.

Sem prejuízo dessas ressalvas introdutórias, o objeto de exame deste artigo é uma modalidade de compra pública voltada à *pesquisa e desenvolvimento* (P&D), as chamadas compras públicas de P&D, implementadas por meio do artigo 20 da Lei federal nº 10.973/2004, tendo como enfoque a regulamentação trazida pelo Decreto nº 62.817/2017 do Estado de São Paulo – um dos primeiros entes federativos a regulamentar o dispositivo da norma federal. Minha proposição aqui é sobre como interpretar uma disposição específica de compra pública, disciplinada fora do diploma geral de contratações (Lei nº 8.666/1993), a partir de uma ótica diferenciada – o que chamarei de *regime jurídico de CT&I*.

Fica evidente que o caráter absolutamente multifacetado da CT&I não impede – ao contrário, impõe – uma discussão relacionada às compras públicas neste campo. A despeito de inúmeras reflexões mais específicas sobre a regulamentação – das quais não me furtarei –, creio que dois grandes temas perpassam o debate agora iniciado: a relativização do conceito clássico de *regime jurídico de Direito Administrativo* e o papel quase mítico desempenhado pela Lei nº 8.666/1993 (associado à necessidade de superá-lo).

Nomeadamente em relação à mudança na visão tradicional daquilo que a doutrina comumente denomina *regime jurídico administrativo*, tive oportunidade de discutir este ponto sob a ótica da atuação das fundações de apoio na área de saúde, em artigo escrito em coautoria (cf. CASTRO; RODRIGUES, 2016). Naquela oportunidade, com apoio na obra de Sundfeld, mostramos a decadência da simplista visão de um único e onipresente *regime jurídico de Direito Administrativo* (cf. SUNDFELD, 2014).

A grande questão extraída naquele momento era se realmente haveria tal *regime*, característico e peculiar. Ali afirmamos que a grande quebra de paradigma talvez fosse reconhecer que existam tantos *regimes jurídicos* voltados a tutelar as relações do Estado quanto normas (ou a reunião delas). Não haveria, nesta acepção, um único *regime jurídico de Direito Administrativo*. Na verdade, o Direito Administrativo seria o conjunto de “normas (constitucionais, legais, regulamentares) mais a cultura jurídica (teorias, interpretações, práticas) destinadas a, por meio do Direito, organizar e controlar efetivamente a Administração Pública e, ainda, assegurar direitos aos particulares” (SUNDFELD, 2014, p. 35). Como lecionou Sundfeld (2014, p. 35), o Direito Administrativo, tal qual a sociedade, é absolutamente multifacetado, com diferentes vertentes e relações, talvez sem aquela identidade científica tão apregoada por determinados autores.

Dito isso, devemos buscar descobrir o *regime jurídico da CT&I*, peculiar e cheio de nuances, sobre o qual uma visão simplista tenderia à incompreensão ou mesmo à ruína de suas estruturas jurídicas – muitas delas absolutamente inovadoras. O modelo de compra pública de P&D previsto no artigo 20 da Lei nº 10.973/2004 – e de resto toda a legislação de CT&I – coloca-nos defronte ao outro grande tema: a incapacidade de a Lei nº 8.666/1993 responder às demandas de uma área tão diferenciada.

A Lei nº 8.666/1993 representa, em alguma medida, o fracasso do legislador pátrio – basta ver os inúmeros diplomas jurídicos voltados à sua modificação, ou mesmo as outras tantas exceções trazidas para sua aplicação, ou ainda, se quisermos ser menos rigorosos metodicamente, os inúmeros escândalos de corrupção cujos atores principais são tradicionais empreiteiras. O exercício de lançar críticas aleatórias ao modelo de contratação estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 não sairia impune, em um artigo acadêmico – por isso o faço (o exercício da crítica) com base no estudo e nas conclusões de Rosilho (2012). Segundo o autor, o modelo brasileiro fez opções que se mostraram inadequadas, por meio de “uma lei rígida e minuciosa, reduziu-se significativamente a margem de discricionariedade do gestor público” (ROSILHO, 2012, p. 2). Uma abordagem maximalista (tentou disciplinar todo o universo de compras governamentais) que não conseguiu resolver dilemas de muitos setores,

cujas características não permitiam um enquadramento adequado ao modelo legal. Não foi só, se ignorou que as contratações são uma forma de implementar políticas públicas. Uma norma que “não se preocupa efetivamente com a boa contratação”, que por isso mesmo acabou perdendo o protagonismo com uma onda reformista – ou, ainda como afirma Rosilho, rompeu-se a “unidade regulatória” da Lei nº 8.666/1993 (ROSILHO, 2012, p.17).

O dilema da Lei nº 8.666/1993 ganha contornos mais dramáticos quando tentamos aplicá-la a contratações relacionadas à CT&I – campo no qual o risco e a incerteza são elementos muitas vezes presentes, mas contrários aos mecanismos poucos flexíveis da norma geral de contratos (RAUEN, A., 2017c, p. 35). Neste sentido, é possível afirmar que “o regime de contratação estipulado pela Lei nº 8.666/1993 é incompatível com o processo (por natureza) interativo da inovação tecnológica que se baseia nas políticas de compras públicas para inovação” (PELLEGRINI et al., 2017, p. 298), ou ainda, a Lei nº 8.666/1993 “é incapaz de suportar os inatos processos retroativos ou loops tecnológicos da inovação” (PELLEGRINI et al., 2017, p.309).

Compras públicas reconhecidamente são mecanismos para efetivar políticas públicas – isso é algo já bastante consolidado entre autores nacionais e estrangeiros (cf. FASSIO, 2017). O que pretendo mostrar neste artigo é como um instrumento específico – as compras públicas de P&D, enquanto uma política de inovação pelo lado da demanda – representa, na prática, o rompimento com o regime jurídico clássico das contratações públicas (aqui, especificamente, a Lei nº 8.666/1993), atribui mais maleabilidade ao gestor público e permite, em alguma medida, conciliar o contrato com elementos típicos do processo de inovação (o risco e a incerteza).

2. Contexto normativo: a Constituição Federal e a Lei nº 10.973/2004

Ao se pretender entrar no universo jurídico da CT&I é preciso voltar os olhos para a Lei nº 10.973/2004, que não obstante tenha sido editada há mais de 10 anos, sofreu em 2016 uma série de significativas mudanças no seu texto. Estas modificações, por sua vez, decorreram de um outro movimento, constitucional, de atualização da Carta de 1988, por meio da Emenda nº 85/2015, que verdadeiramente trouxe novos instrumentos e sobretudo reformulou o microsistema constitucional vol-

tado à disciplina jurídica da CT&I. Este conjunto de novas disposições constitucionais levou à adaptação da legislação infraconstitucional em diversas frentes, por meio da Lei nº 13.243/2016 – que reúne alterações não só da já mencionada Lei nº 10.973/2004, como de diversas outras normas correlatas, inclusive a Lei nº 8.666/1993.

Aqui cabe uma breve contextualização. Quando da tramitação do Projeto de Lei nº 2.177/2011 – que acabou se transformando, posteriormente, na Lei nº 13.243/2016 – uma Comissão Especial formada no âmbito da Câmara dos Deputados verificou ser essencial, antes da aprovação da mudança legal, uma série de alterações constitucionais, culminando na proposição da PEC 290/2013, mais tarde aprovada e transformada na Emenda Constitucional nº 85/2015.

Organizar e sistematizar a legislação em matéria de CT&I foi um dos motes da Emenda Constitucional nº 85/2015. Isso incluiu criar um Sistema Nacional de CT&I e adotar uma lei nacional unificadora para o setor. Até a referida emenda não estava claro o regime de competências nesta seara, ocasionando a existência de inúmeros diplomas – veja, como exemplo, o Estado de São Paulo, que já possuía a Lei Complementar Estadual nº 1.049/2008. O que fez a Emenda Constitucional foi atribuir competência à União para editar normas gerais sobre CT&I (com a modificação do artigo 24), abrir caminho para mudanças legislativas infraconstitucionais e mudar o patamar da legislação até então existente.

3. Do enquadramento do modelo da compra pública de P&D

Quando se pensa na adoção de políticas públicas em matéria de CT&I fala-se basicamente em políticas pelo lado da oferta e políticas que atuam pelo lado da demanda (cf. RAUEN, A., 2015). “As políticas pelo lado da oferta são muito mais numerosas e mais empregadas, entre as quais estão as [...] bolsas, crédito subsidiado, incentivos fiscais e *venture capital*” (RAUEN, A., 2015).

As políticas de inovação pelo lado da demanda inserem-se nesse contexto como um instrumento capaz de contribuir para a criação de um portfólio eficiente e eficaz de políticas. Tais políticas fundamentam-se no consciente emprego das potencialidades governamentais, não para garantir que as firmas ofertem inovações, mas para criar, direcionar e

estimular a demanda por elas. Trata-se de usar a força que tem sido dispersada em direção a ações mais efetivas e concretas. Por que não empregar o poder de compra do Estado ou os regramentos (compulsórios ou não) de forma a também criar condições favoráveis à demanda por inovações? (RAUEN, A., 2017b, p.10)

Claro que políticas pelo lado da demanda e da oferta não são excluídas e devem conviver, mas não se pode ignorar o potencial transformador da primeira. Nos desenvolvimentos puramente privados – em que não haja incentivos do poder público – eventual mudança da técnica será definida exclusivamente pelo mercado, que detém o capital. Quando há políticas de inovação pelo lado da oferta, elas “atuam apenas incentivando indiretamente os resultados” (RAUEN, A., 2017a, p. 90). Com as políticas pelo lado da demanda, há possibilidade de se exigir o atingimento de outras finalidades, com a “produção de bens e serviços exigidos ao enfrentamento de problemas sociais” (RAUEN, A., 2017a, p. 90). Haveria – a partir de uma leitura contextual dos conjuntos normativos constitucional e infraconstitucional de CT&I – a possibilidade de reconhecimento de uma função social (mas não só, desenvolvimentista, ambiental, humana, etc.) da ciência².

A par de discussões mais teóricas sobre o tamanho do Estado e seu potencial interventor na economia (maior ou menor a depender da linha adotada), suas ações produzem resultados práticos efetivos nesta seara. Só para ficar em dois elementos, o “**monopólio** das leis associado ao **volume** de aquisições [...] cria um potencial de transformação da realidade que nenhum outro agente econômico de forma isolada consegue suplantare” (RAUEN, A., 2017b, p. 11). As compras públicas (o volume de aquisições), a partir de uma regulamentação específica voltada para CT&I (monopólio da produção legislativa) é um importante instrumento de intervenção e direcionamento das demandas da sociedade.

2 Reconheço o imenso risco de se fazer esta afirmação, ao se “funcionalizar” a ciência ou pretender defender tal função social. Não trarei minha discussão, no artigo, para este campo, entretanto, devo reconhecer que a Constituição Federal por seus diversos microsistemas abrangidos, em uma relação dialética inevitável, condiciona e direciona o exercício da ciência (pensando de forma abrangente em CT&I) ao atingimento de outras finalidades igualmente relevantes – saúde, educação, inclusão social, meio ambiente e assim por diante. Fico por aqui. Este tema tende de permear minha tese de Doutorado, em elaboração e não pretendo esgotar ou mesmo avançar nesta discussão.

Ao implementar políticas públicas por meio das aquisições que efetua, o Estado está garantindo direta ou indiretamente a efetivação de direitos fundamentais. Este profundo e potencial impacto transformador das compras públicas exige que ela não seja vista com uma finalidade em si mesma, na qual o preço é a única variável da equação. É preciso ver no artigo 20 da Lei nº 10.973/2004 – como também em outros tantos mecanismos trazidos pela lei – instrumento “não só de desenvolvimento tecnológico, mas de transformação da realidade na qual a sociedade brasileira está inserida” (RAUEN, A., 2017b, p. 34).

De modo geral a Lei nº 10.973/2004 traz a disciplina dos “*incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo*” – trata, para tanto, de políticas tanto pelo lado da oferta, como pelo lado da demanda. Aborda diversificados instrumentos, como o apoio conferido pelo ente público, diretamente ou por meio das agências de fomento, a projetos de CT&I; a criação de polos e parques tecnológicos; a relação de Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs) com empresas, fundações de apoio e demais atores previstos na lei; participação do poder público no capital social de empresas, a relação jurídica dos pesquisadores de ICTs; a disciplina dos Núcleos de Inovação Tecnológica, entre outros. Não cabe aqui dissertar sobre cada um destes instrumentos, em razão do objeto delimitado ainda na introdução.

O foco deste artigo é um destes instrumentos, trazido no capítulo do “*estímulo à inovação nas empresas*” da Lei federal nº 10.973/2004, mais precisamente no artigo 20. Trata-se de uma das formas de intervenção do Estado em matéria de CT&I na qual se “procura por meio da criação de uma demanda específica, influenciar o desenvolvimento tecnológico” (RAUEN, A., 2015, p. 08) – em outras palavras (e aqui vale, excepcionalmente, a transcrição do artigo):

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador.

Antes de avançar é imperioso fazer algumas ressalvas conceituais, tendo como base trabalhos de Rauen, A. (2015 e 2017a) e Squeff (2014 e 2017). A partir da terminologia de referência na União Europeia (cf. SQUEFF, 2017, p. 471), há uma diferenciação em matéria de políticas de inovação pelo lado da demanda entre o *Public Procurement for Innovation* (PPI)³ e *Pre-comercial Procurement* (PCP)⁴. Squeff, a partir de Zabala-Iturriagoitia, afirma que o PCP “refere-se à aquisição de resultados esperados de pesquisa”, cuidando de “um investimento público direto de P&D, mas não um desenvolvimento de produto; assim, o PCP não envolve a compra do produto final (protótipo) resultantes das suas etapas” (SQUEFF, 2017, p. 472). Ainda segundo Squeff, em outro texto de sua autoria:

Nas compras pré-comerciais, a ideia básica subjacente é que elas se destinam a produtos e serviços inovadores para os quais mais P&D precisa ser feito. Assim, o risco tecnológico é compartilhado entre os compradores e os potenciais fornecedores. Por definição, isto significa que os produtos ainda estão na fase pré-comercial, em que não existem “na prateleira”. A compra é, de fato, um contrato de serviço de P&D dado a um fornecedor em processo multiestágio, da exploração e viabilidade de pesquisa ao protótipo, testes e, finalmente, a comercialização (SQUEFF, 2014, p. 16).

O PPI, por sua vez,

[...] ocorre quando uma organização pública faz um pedido para atender a determinadas funções em um período razoável de tempo, por meio de um novo produto (Edquist e Zabala-Iturriagoitia, 2012). O foco do PPI não é fomentar o desenvolvimento de novos produtos por si, mas usar esses novos produtos ou serviços para satisfazer necessidades humanas ou desafios sociais. Diferentemente das aquisições regulares, o PPI ocorre quando as agências adquirem algo que não existia pronto no mercado. Como enfatiza o capítulo 3, não obstante a novidade dos produtos e serviços, trata-se de algo que já está inserido no mercado, ou prestes a ser. Edquist e Zabala-Iturriagoitia (2015) ressaltam que o PPI alcança a comercialização e a difusão, etapas do processo de inovação que o PCP não abarca (SQUEFF, 2017, p.472).

3 Algo como “compras públicas para inovação”, na tradução de PELLEGRINI et al. (2017, p. 298).

4 Ou em português, compra pré-comercial, segundo Rauen (2017a, p. 92).

Os dois autores afirmam de forma peremptória – com razão a meu ver – que o conceito Europeu não se adapta à realidade legal brasileira – o já mencionado artigo 20 da Lei nº 10.973/2004. Rauen, A. reconhece que “[...] a legislação brasileira permite uma variada gama de intervenções, algumas mais próximas das experiências internacionais em PCP, outras mais associadas à dinâmica tecnológica local” (RAUEN, 2015, p. 7), ou ainda, que “[...] a heterogeneidade das iniciativas permite questionar se o conceito europeu de PCP é, de fato, adequado à análise da realidade brasileira” (RAUEN, 2015, p. 9). Rauen em outro texto segue a mesma linha de afastamento dos conceitos estrangeiros, diante de características peculiares de cada país: “a multiplicidade de estratégias de aquisições públicas destinadas à solução de desafios sociais é de difícil tipificação e que a realidade de cada país fornecerá classificações distintas” (RAUEN, A., 2017a, p. 92). A legislação brasileira não é diferente, a própria abertura promovida pelo regime jurídico de CT&I aponta a este caminho – na medida em que estabeleceu uma hipótese de dispensa de licitação, mas não fixou um procedimento específico de compra. Em suma, ainda segundo Rauen, A. “os conceitos de PCP e PPI não foram propostos com base na realidade nacional. São importantes para compreender a racionalidade do Artigo 20, mas insuficientes para sua caracterização” (RAUEN, A., 2017a, p.95).

Nós juristas devemos cortejar menos os modelos estrangeiros (ou seja, como o instituto deveria ser idealmente) e mais o modelo de brasileiro: em outras palavras, como a legislação brasileira incorporou o instituto e quais requisitos ela estabeleceu. É evidente que a teoria e o modelo estrangeiros sobre CT&I são relevantes e devem ser examinados – até para que possamos enxergar onde erramos e como devemos melhorar. Contudo, o escopo, aqui, é olhar para o modelo posto e delinear os caminhos para sua aplicação.

Para todos os efeitos, seguindo Rauen, A., denominarei a hipótese de contratação descrita no artigo 20 como **compra pública de P&D**. Trata-se de uma das formas de intervenção do Estado em matéria de CT&I, na qual se “procura por meio da criação de uma demanda específica, influenciar o desenvolvimento tecnológico” (RAUEN, A., 2015, p. 8). Rauen, A. propõe a divisão das compras públicas de P&D em três grupos, a partir dos resultados esperados:

- 1 – Estudo aplicado: “está relacionado a contratações de pesquisas que objetivam gerar conhecimento a ser incorporado pelo corpo técnico demandante” (RAUEN, A., 2015, p. 11). Ademais, “seus resultados mais comuns são relatórios de pesquisa, palestras e apresentações” (RAUEN, A., 2015, p.11).
- 2 – Encomendas tecnológicas sem posterior necessidade de *scale up*: “Essas compras dizem respeito a contratações que exigem algum desenvolvimento tecnológico, mas cuja aplicação é muito restrita” (RAUEN, A., 2017a, p. 109). As soluções desenvolvidas, por si só, atendem à demanda inicial de forma plena, embora possam até a vir a ser comercializadas com terceiros. Por exemplo, a encomenda tecnológica de um sistema específico para atender determinado hospital público – uma vez desenvolvido atende à demanda do adquirente, embora possa igualmente ser comercializado com outros hospitais.
- 3 – Encomendas tecnológicas com posterior necessidade de *scale up*: “refere-se àquelas compras nas quais a demanda originária não é satisfeita apenas com o esforço de pesquisa contratado” (RAUEN, A., 2017a, p. 110). A demanda da administração não é atendida com o mero esforço de P&D, mas somente em um momento seguinte, quando os produtos forem desenvolvidos em escala e adquiridos (cf. RAUEN, A., 2017a, p. 110). Por exemplo, contrata-se por meio da encomenda tecnológica o desenvolvimento de uma turbina para hidrelétricas, com tecnologia até então inexistente no mercado. Caso o resultado esperado no desenvolvimento seja alcançado, ainda será necessária a aquisição futura de uma quantidade de turbinas – agora existentes no mercado – para serem instaladas nas usinas.

Diante desta variedade de compras públicas de P&D, fica claro não ser possível afiançar que o artigo 20 disciplina as encomendas tecnológicas – também trata desta hipótese, mas não exclusivamente dela.

4. O artigo 24, inciso XXXI da Lei 8.666/1993: Só mais uma hipótese de dispensa de licitação?

O artigo 24, inciso XXXI da Lei nº 8.666/1993 dispensou a licitação para “[...] contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts.

3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes”. Terá ficado claro, a partir de toda a exposição anterior, que esta previsão legal traduz ao menos duas características que debatemos neste trabalho. Em primeiro lugar, a de estimular ou implementar determinadas políticas públicas constitucionalmente relevantes (neste caso de CT&I), alcançando um dos objetivos do poder público quando excepciona o dever de licitar – chamado por Fassio de objetivo extraprocedimental (2017, p. 116). Em segundo, a presença desta disposição é o reconhecimento da incapacidade dos mecanismos tradicionais da Lei nº 8.666/1993 em responder às necessidades e características das compras públicas deP&D.

[...]

Os processos licitatórios previstos na Lei de Licitações foram criados tendo em mente a aquisição de bens e serviços disponíveis em prateleira, isto é, aquisições nos quais se conhece de antemão as características e o desempenho dos bens e serviços demandados. A licitação exige um rigoroso cumprimento de formalidades, na qual os fornecedores são vistos como meros vendedores e não como parceiros de desenvolvimento, como é o caso da P&D.

Antes da real possibilidade de utilização do capítulo 20 da Lei de Inovação era possível verificar o uso da inexibibilidade de licitação para a efetivação das aquisições de P&D no Brasil (RAUEN, A., 2015, p. 10).

No mesmo sentido Sundfeld e Souza (embora discorrendo sobre o caso de medicamentos, a matriz normativa à qual se referiam é a mesma):

Importa por ora, acima de tudo, compreender o motivo pelo qual a constituição de tais parcerias estratégicas pelo Estado brasileiro com parceiros privados — tais como as PDPs em medicamentos, voltadas a incrementar a autonomia tecnológica do país e a desenvolver a indústria nacional de medicamentos, bem como a reduzir os gastos públicos com medicamentos estratégicos para o SUS, sem deixar de abastecer o mesmo SUS durante o período de transferência tecnológica — **não poderia restar sempre sujeita ao procedimento da licitação. E o motivo é simples: são parcerias com objetos demasiadamente complexos, como é fácil notar.** Tanto que a licitação, tal como estabelecida pela Lei nº 8.666/1993, pode não servir adequadamente para constituí-las (SUNDFELD; SOUZA, 2013, p.14).

Estas percepções sobre a inadequação da Lei nº 8.666/1993 são amplamente exploradas em textos reunidos na obra de Rauen, A. (2017b), por pesquisadores não ligados diretamente ao Direito. A importância de outros autores, com um conjunto de ferramentas teóricas distintas daquelas dos juristas, examinarem a inadequação da Lei nº 8.666/1993 para as demandas de CT&I e demonstrá-la objetivamente, a partir de casos práticos, salta aos olhos⁵. Um exemplo foi o caminho para a aquisição da câmera multiespectral regular (câmara MUX) – “Câmeras multiespectrais são capazes de captar as ondas eletromagnéticas além do espectro visível, geralmente além da chamada banda composta pelas cores verde, azul e vermelho que o olho humano consegue enxergar” (PELLEGRINI et al., 2017, p. 301). Estas câmeras seriam acopladas em satélites, com o objetivo de realizar sensoriamento remoto. A contratação ocorreu em 12 de dezembro de 2004, quando o arcabouço regulatório era completamente distinto, tendo então sido utilizada a Lei nº 8.666/1993 de forma “pura”, o que permite hoje olhar para trás e enxergar o que deu errado – embora, apesar dos percalços, a câmara tenha sido efetivamente entregue (cf. PELLEGRINI et al., 2017). As adversidades identificadas por Pellegrini et al (2017) em síntese foram: i. o **projeto básico**, especificamente a necessidade incorporar no modelo legal a incerteza e os riscos inerentes ao projeto de encomenda e a impossibilidade de seu autor participar do certame licitatório; ii. **atraso nos pagamentos após cada etapa**⁶; iii. **dificuldade no cumprimento de prazos e de realização de aditivos**, pois a inflexibilidade da Lei nº 8.666/1993 contrasta com processos muito longos e complexos de CT&I, cuja dinâmica deve prever, invariavelmente, problemas inerentes ao próprio conceito de desenvolvimento e inovação (um determinado componente importado pode atrasar, uma determinada técnica empregada pode não ser efetiva, a arquitetura do projeto pode ser alterada, etc); por fim, iv. “**efeito sistêmico provocado pelas sanções previstas na Lei 8.666**”, ora, se uma lei inflexível

5 Demonstrem também que uma certa falta de clareza sobre o regime jurídico aplicável às compras públicas de P&D permitiu experiências no passado, ainda que pontuais, com distintos modelos: compra direta sem qualquer licitação ou processo competitivo; dispensa de licitação com processo seletivo; compras utilizando os mecanismos da Lei nº 8.666/1993.

6 A despeito de ser este o apontamento dos autores, a partir da leitura do texto, eu tendo a dizer mais que o ponto seria a dificuldade em proceder a readequações em cronogramas de desembolso e certa inflexibilidade em relação às etapas, do que propriamente o atraso de pagamento (não consigo vislumbrar como o atraso propriamente dito em pagamento possa estar relacionado diretamente às regras da Lei nº 8.666/1993).

tenta ser usada para processos que tem na dinamicidade um elemento iminente, o resultado é a aplicação de sanções às empresas, com consequências danosas não só a elas, mas também à própria continuidade do projeto muitas vezes (PELLEGRINI et al., 2017, *passim*).

Esta incompatibilidade sistêmica com a Lei nº 8.666/1993 levou o legislador a criar uma exceção ao seu regime. Por isso, mais do que dispensar a licitação propriamente dita, o artigo 24, inciso XXXI – lido dentro do contexto da sua edição – é resultado da mitigação do regime jurídico “clássico” dos contratos administrativos, tal como previsto pela Lei nº 8.666/1993. Em outras palavras, a matriz normativa das contratações (parcerias ou quaisquer ajustes) em matéria de CT&I – ou o diploma de regência básico – é a Lei nº 10.973/2004. A aplicação do estatuto geral de contratações fica relegada a uma condição de subsidiariedade, devendo prevalecer a lei especial – e, para além disso, o espírito da lei de inovação.

Não quero negar com isto a incidência de outros tantos princípios constitucionais, porém reafirmar que estas contratações devem ser encaradas a partir das peculiaridades a ela inerentes – não sob o prisma das contratações comuns ou usuais da Administração. Ora, a interpretação dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993 deve ser feita de “maneira conectada com a lei que os anima e lhes dá o sentido comum, que é a Lei de Inovação” (SUNDFELD; SOUZA, 2013, p. 16)⁷. A gênese dos diplomas normativos agora confrontados – Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 10.973/2004 – é completamente distinta. Querer simplesmente transpor as normas gerais de contratação para o regime específico das *inovações* significa arruinar este regime jurídico. E isto vai ser importante para lançar luzes sobre diversos dilemas quando da concretização do artigo 20 da Lei nº 10.973/2004.

Repito – pois de extrema relevância para a compreensão deste ponto – quando a Lei nº 8.666/1993 trouxe hipótese expressa de contratação direta, não só afastou o procedimento licitatório propriamente dito, mas mitigou a aplicação da lei geral de contratações públicas em detrimento de regras e conceitos trazidos pela Lei nº 10.973/2004; impôs ao intérprete primeiro examinar o diploma específico, de modo amplo e

⁷ Os autores falavam especificamente da interpretação de dos incisos XXV, XXXI ou XXXII da Lei federal nº 8.666/1993, mas entendo que a *ratio* seja aplicável também à leitura das demais disposições quando referidas a contratações em matéria de CT&I.

abrangente, exigindo-se dele a tarefa de compatibilizar, naquilo que for viável, o regime geral de contratações.

Esta interpretação parece ter suporte não só no afastamento da licitação em si, mas no próprio comando textual do artigo 24, inciso XXXI. Ora, dispositivo não determinou a observância “de princípios gerais de contratação” ou de “princípios gerais da Lei nº 8.666/1993”, mas sim a observância dos princípios gerais de contratação da Lei nº 10.973/2004. O uso do termo “dela constantes” parece referenciar à Lei nº 10.973/2004, não à disciplina geral da Lei nº 8.666/1993, o que reforça a existência de um regime jurídico específico em matéria de compras públicas de P&D⁸.

A estratégia do legislador de criar tal “exceção” não foi, por óbvio, a de criar procedimentos específicos de contratação para compras públicas de P&D. Adotou uma dispensa genérica. Isso gerou críticas, pois alguns autores defendiam procedimentos específicos de compras públicas de P&D. Segundo Rauen, A. isso manteria o conhecimento concentrado em um pequeno número de pessoas, impedindo uma abrangência maior (2017c, p. 35), ou ainda que o melhor seria se criar dentro da Lei nº 8.666/1993 uma disciplina específica para compras em matéria de CT&I (2017b, p. 96). Entretanto, ao menos neste momento da minha pesquisa, penso existir um contraponto. O autor parece incorrer nos mesmos argumentos que levaram à derrocada da Lei nº 8.666/1993 – ao menos no que diz respeito a uma ideia comum, retratada no início deste trabalho, da sua incapacidade de atender plenamente às demandas da Administração. Tendo a dizer que difusão de conhecimento – e de condutas bem-sucedidas pela Administração – se faz não com mais normas (embora reconheça que em alguns casos isso possa ser relevante), mas sim com compartilhamento de estratégias. Ademais, perpetuar um procedimento específico dentro da Lei nº 8.666/1993 tende a manter – e aqui reconheço o caráter absolutamente subjetivo da afirmação – o intérprete preso ao modelo (fracassado) de compras públicas previsto na norma.

Como afirma Rosilho (2012) em inúmeros trechos do seu trabalho aqui já mencionado, reforçado pelo argumento de Fassio (2017), a Lei nº 8.666/1993 procurou reduzir ao máximo o espaço de liberdade do

8 Por certo, isto não afasta a necessária observância de outros tantos princípios genéricos das contratações públicas (cf. JUSTEN FILHO, 2014, p. 478), decorrentes do próprio texto constitucional.

Administrador – o que não se mostrou capaz de atingir a pretensa finalidade da norma: a redução ou o combate à corrupção (ROSILHO, 2012). Fassio apresenta a discussão doutrinária sobre o tamanho da margem de discricionariedade do gestor público e os reflexos também na corrupção – embora indique posições divergentes, se aproxima da tese de que não é a limitação do gestor público suficiente para garantir a adoção de condutas adequadas sob este viés. Ao contrário, procedimentos demasiadamente formais podem apenas trazer uma aparência de legalidade e esconder uma série de condutas inadequadas, sem mencionar a possibilidade de atribuir equívocos nos processos de compra à própria legislação (FASSIO, 2017, p. 198). Nesta linha, deveria haver, isto sim, um trabalho de responsabilização dos gestores diante de decisões praticadas, com estímulos e penalizações pelo desempenho.

Tendo a dizer que a liberdade é importante, sobretudo para compras públicas de P&D, embora traga consigo o desafio de o Administrador saber usá-la. A falta de um rigoroso processo de compras previamente definido, permite que sejam moldados procedimentos simplificados – a partir de experiências estrangeiras ou das especificidades de um determinado caso concreto – que atendam à dinâmica específica de CT&I. Pode-se, por exemplo, adotar um processo seletivo – quando for cabível – e ele pode conter regras diferenciadas de seleção, que permitam o atendimento de valores resguardados constitucionalmente – como a moralidade, a isonomia, a impessoalidade e a eficiência.

Se por um lado a dispensa de licitação para compras públicas de P&D permite ao poder público decidir a melhor forma de comprar, deve também impor um ônus. Este ônus deve ser a mais absoluta transparência dos processos de compra, além de um efetivo e abrangente – mas contextualizado nas especificidades do regime jurídico de CT&I – processo de controle – ocupado menos com o cumprimento de formalidades legais da Lei 8.666/1993, mais com os resultados alcançados pela contratação, com a clareza do processo e sobretudo com a observância dos acima referidos princípios constitucionais.

Um *efeito prático* da regulamentação menos intensa na lei é a possibilidade de regulamentos infralegais, mais flexíveis, virem a preencher o espaço. É, por exemplo, o que fez o Estado de São Paulo por meio

do Decreto nº 62.817/2017⁹. Um *segundo efeito*, especificamente no caso da CT&I e aqui já tratado, é que os dispositivos legais da Lei nº 8.666/1993, ainda que preservem sua característica de regramento geral em matéria de contratos administrativos, perdem o protagonismo para um modelo de contratação diferenciado. Seria precipitado deixar de aplicar de forma abrangente toda e qualquer regra da Lei nº 8.666/1993 – é preciso olhar para dentro de cada situação concreta e interpretar tais dispositivos à luz desta dinâmica diferenciada¹⁰. Neste ponto devo discordar de Pellegrini et al., para quem

[...] houve movimentos na direção de incluir mecanismos, instrumentos e documentos normativos voltados para a PPI. Contudo, as demais condições e regras do arcabouço jurídico construídas na Lei no 8.666 referentes à formalização dos contratos continua aplicando-se [...], mesmo no caso de aquisição de produtos tecnologicamente complexos. Ademais, a Lei no 8.666/1993 permanece como grande balizadora das aquisições públicas no Brasil, mesmo que novos instrumentos tenham surgido (PELLEGRINI et al., 2017, p. 291).

Esta é uma visão bastante simplista do modelo normativo aqui discutido, mas ao mesmo tempo muito desafiadora no sentido de superação da visão segundo a qual a Lei nº 8.666/1993 continua sendo o grande diploma normativo em matéria de compras públicas de P&D. Esta norma, repito, passa a ser lida a partir de um filtro transformador, que é a Lei nº 10.973/2004. E este é o desafio que se coloca ao intérprete. Temos hoje um espaço de oportunidade, diante de um novo marco legal – pensando nas mudanças sofridas em 2016 pela Lei nº 10.973/2004 e outras alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 85/2015 – de consolidar uma **doutrina jurídica de CT&I**.

Um *terceiro efeito prático* desta abertura legal, advinda do afastamento do regime jurídico clássico de contratações, é o espaço para solu-

9 Vale consignar que a União baixou, posteriormente, o Decreto federal nº 9.283/2018, regulamentando a aplicação da Lei nº 10.973/2004. O entendimento que vigora no Estado de São Paulo, não de hoje, é no sentido de que os entes federados têm autonomia para editar regulamentos que considerem as suas especificidades, desde que observem os parâmetros da lei geral. Assim é com pregão eletrônico, as sanções administrativas, entre outros regulamentos.

10 Um exemplo são as regras relacionadas à elaboração do projeto básico, sobre as quais me debruçarei mais à frente.

ções criativas e específicas, novas engenharias jurídicas que respeitem as diretrizes constitucionais e legais de CT&I. Pode se pensar em ações menos ortodoxas do administrador, cuja centralidade são os valores constitucionais – como já afirmei anteriormente. É o afastamento do rigorismo da forma, em prol de se olhar mais para o resultado adaptando-se à dinâmica do percurso. Não estou sozinho neste ponto:

Também é interessante observar, nesse sentido, o **uso criativo do poder de compra do Estado**, por exemplo, no caso das PDPs da saúde e da inovadora engenharia financeira elaborada no Projeto Sirius para fazer frente aos problemas orçamentários. De fato, se essas intervenções possuem objetivos e características um tanto distintas entre si, elas compartilham do mesmo elemento comum, ou seja, a **tentativa de melhor empregar a presença das mais diferentes ações públicas** (RAUEN, A., 2017c, p.41).

Se falo nestes efeitos práticos da flexibilização, por assim dizer, há outro ponto que gostaria de destacar: a novidade do marco jurídico aqui discutido, do que decorrem duas implicações. A *primeira* delas se aproxima de um dos efeitos práticos mencionados anteriormente. Diz respeito à possibilidade de construir, conjuntamente, os parâmetros de aplicação e controle da norma. Se por um lado a ausência de uma jurisprudência administrativa consolidada ou de procedimentos minimamente detalhados, pode, em alguma medida, trazer insegurança ao Administrador, por outro possibilita o aprendizado – para todos os atores envolvidos – e a construção de parâmetros adequados – sobretudo de controle¹¹.

Porém, é evidente, o papel dos operadores do Direito, neste quadro, ganha especial relevo – a *segunda* implicação. Se é certo que a ciência e o desenvolvimento tecnológico são elementos primordiais desta equação, o jurista é aquele sujeito colocado no curso do processo, que pode assumir um papel ativo e viabilizador, ou ser (mais) um entreve burocrático. Não posso deixar de reconhecer que falo aqui, em especial, dos Advogados Públicos¹². A percepção sobre o papel de burocratas destes atores

11 Eis, a propósito, um campo extremamente amplo de pesquisa e estudo, relacionado à atuação dos órgãos de controle em matérias de CT&I.

12 Neste particular fico tranquilo em fazer algo que poderia ser denominado uma “autocrítica”, cujo objetivo final é aprimorar os órgãos de advocacia pública do país, dentre os quais a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, da qual integro os quadros. Entretanto, a

está presente em diversos textos e falas relacionados à CT&I. Pellegrini et al. afirma em seu artigo que as “instituições públicas necessitam, invariavelmente (motivadas por seus representantes jurídicos), utilizar a Lei nº 8.666/1993 ou o RDC [...]”¹³. É interessante notar como esta preocupação apareceu também nas audiências públicas que debatiam o Projeto nº 2.177/2011. Em audiência do dia 07 de maio de 2013, um participante “apontou a atuação coercitiva do ‘sistema U’ (CGU, AGU e TCU)¹⁴, outro apontou “[...] as pressões que a AGU promove sobre pesquisadores, ordenadores de despesas e colegiados das universidades”, cujo resultado seria a dificuldade no “desenvolvimento de pesquisas” e também o “o desinteresse dos cientistas em assumir posições de liderança e de supervisão em suas equipes”¹⁵. Toda generalização é indevida quando se pretende explicar um problema – e mais do que isso, explicar uma *percepção* instaurada na cultura dos cientistas. Inegável, por outro lado, sua existência. Não se trata de lançar uma crítica – que no mais carece de elementos concretos – trata-se, na verdade, de conclamar aqueles operadores atuantes na ponta, diretamente na solução do problema, a buscar alternativas legais, a partir deste ferramental legislativo disponibilizado sobretudo pela Lei nº 10.973/2004. Os consultores jurídicos de órgãos públicos são a primeira trincheira; está na mão deles – nossa, pois não posso ignorar minha origem – decidir qual o papel que desejam possuir: uma ponte ou um obstáculo para o desenvolvimento. Sem perder de vista parâmetros legais e constitucionais, não devemos ter medo para inovar.

inserção desta afirmação decorre menos da minha percepção pessoal, mais da percepção de outros atores, como demonstrado em seguida, com as respectivas referências.

- 13 Não se pode indicar de plano a incorreção em se determinar o uso da Lei nº 8.666/1993, sobretudo quando inexistiam mecanismos alternativos tão claros à disposição do administrador. Chama atenção neste caso a referência no texto, atribuindo responsabilidade em “utilizar a Lei nº 8.666/1993” aos representantes jurídicos.
- 14 Trata-se de fala de representante da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior. O trecho foi reproduzido do relatório da Comissão Especial destinada a apreciar o Projeto de lei nº 2.177/2011, publicado no Diário da Câmara dos Deputados, do dia 09 de maio de 2014, p. 841. A passagem contempla o resumo da fala proferida em audiência pública realizada no dia 07 de maio de 2013.
- 15 Trata-se de fala de representante do Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia. O trecho foi reproduzido do relatório da Comissão Especial destinada a apreciar o Projeto de lei nº 2.177/2011, publicado no Diário da Câmara dos Deputados, do dia 09 de maio de 2014, p. 842. A passagem contempla o resumo da fala proferida em audiência pública realizada no dia 07 de maio de 2013.

4.1. A dispensa de licitação para compras públicas de P&D impõe a realização de um procedimento competitivo simplificado?

Processo seletivo, chamamento público, procedimento competitivo simplificado ou como quer que se denomine o procedimento precedente à escolha do fornecedor nas compras públicas de P&D: não há uma resposta fechada quanto à indagação colocada neste item. A exigência de um chamamento dependerá de cada situação concreta, analisada de forma individualizada, com justificativa clara e transparente sobre os motivos que levaram à utilização ou não desta sistemática.

Não é possível desprezar a incidência de determinados princípios gerais às compras públicas de P&D – o que decorre do regime constitucional. Dentre estes axiomas está o da isonomia e, como decorrência, a necessidade de realização de um processo seletivo. Justen Filho, sobre este dispositivo, afirma que o procedimento seletivo deverá ser *realizado* “sempre que viável”, vale dizer, “essa solução não será aplicável quando se configurar inviabilidade de competição” (2014, p. 479). Claro, “não se trata, simplesmente, de evitar a licitação, mas de evitar a licitação comum tal como hoje é praticada” (RAUEN, A., 2017a, p. 96). Como defendido anteriormente, estes processos seletivos tendem a ser mais flexíveis, com espaço para conformação e adaptação por parte do administrador.

Porém, não é possível perder de vista que muitas vezes o processo de contratação de P&D tangencia a inexigibilidade de licitação:

[...]

A segunda consideração relevante é que, a rigor, ainda que nenhuma dessas hipóteses de contratação direta de parcerias estratégicas previstas na Lei de Inovação tivesse sido incluída no art. 24 de Lei de Licitações (como hipóteses de licitação “dispensável”, portanto), **poderia mesmo assim existir caso verdadeira inexigibilidade de licitação, na qual a competição sequer seriapossível. Parcerias estratégicas com múltiplos objetos, articulados entre si, com certa complexidade, exigindo parceiros escolhidos por longanegociação, não são passíveis de constituição por licitação[...]** (SUNDFELD; SOUZA, 2013, p. 16).

Nem sempre que se fala em dispensa licitação deve se impor, automática e inflexivelmente, a realização de um chamamento público para

contratação de potenciais interessados. Quanto a isto não parece restar dúvidas. Haverá – e não é incomum – situações nas quais é simplesmente inviável a aplicação de qualquer procedimento competitivo para compras públicas de P&D – hipóteses que acabam por se aproximar de uma situação de inexigibilidade de licitação.

Há bons exemplos na experiência da União de situações em que houve contratação sem um procedimento voltado à competição por parte de potenciais fornecedores, em razão das circunstâncias que cercaram o processo. Podemos mencionar o **projeto Sirius** e a construção de um grande acelerador de partículas, que envolveu o desenvolvimento e aquisição de ímãs altamente complexos sob o ponto de vista tecnológico. Para formalizar a aquisição, o Centro Nacional de Pesquisa em Energia e Materiais (CNPEM), embora qualificado como organização social – não integrante, portanto, da estrutura da Administração Pública – enquadrou aquela compra nas hipóteses de contratação direta do seu regulamento, a partir da “especificidade do objeto da contratação” (RAUEN, C., 2017, p. 349).

Outra situação similar se deu com a contratação da Embraer para desenvolvimento de um protótipo de avião – o KC-390 – destinado à Força Aérea Brasileira, por inexigibilidade de licitação. O projeto nasceu como “iniciativa interna da Diretoria de Projetos Avançados (DAP) da empresa [...]” (RIBEIRO, 2017, p. 253), que só depois foi apresentada ao Ministério da Defesa. Os estudos preliminares (conceituais) envolveram uma intensa interação entre empresa e governo. Diante da inviabilidade de competição, a inexigibilidade foi reconhecida com base no artigo 25 da Lei nº 8.666/1993.

Neste quadro, tendo em vista especificamente o caso do desenvolvimento e aquisição dos aviões KC-390, acho prudente inserir um outro conceito muito comum neste modelo de contratação, embora nem sempre utilizado com essa nomenclatura – o conceito de solução. A centralidade do conceito de solução é relevante muitas vezes para a justificação do modelo jurídico e também para se ter clareza sobre a exigência ou não de uma etapa competitiva no curso da contratação. Haverá situações em que não se pode conceber um projeto a partir de suas partes isoladas, de modo fragmentado – há, neste particular, de se recorrer a um

velho axioma, segundo o qual não se tem a solução a partir do exame das suas partes (são múltiplos objetos articulados).

Nestes casos haveria uma inviabilidade operacional e técnica de fracionamento do objeto. Muitas vezes a *solução* é ao mesmo tempo ponto de partida conceitual e técnico da inovação – sem a reunião, os elementos de inovação, exigidos legalmente, não seriam moldados como tal –, como também o que dá fechamento para o modelo, ao permitir que se atribua de forma integral à contratada o desenvolvimento, gerindo e buscando alternativas para mitigar os riscos do projeto.

Voltando ao caso da Embraer e do desenvolvimento do projeto KC-390 e a aproximação que eu faço a essa ideia de solução, cumpre trazer um trecho do trabalho de Ribeiro:

Para dar conta do desenvolvimento e fabricação do KC-390, a Embraer conta com uma ampla gama de fornecedores, que fornecem desde equipamentos de alto conteúdo tecnológico e participação significativa no valor da aeronave, como o motor até serviços, componentes e materiais de menor conteúdo tecnológico e representatividade no custo do avião (2017, p.264).

A empresa contratada (Embraer), no caso acima, desenvolveu um modelo de avião, o KC-390, inexistente até então no mercado, como um protótipo único, entendido na sua integralidade. Isso não significa que a Embraer tenha fabricado todos os seus componentes – o radar, o trem de pouso, a blindagem, os sistemas eletrônicos, etc. Havia fornecedores específicos para partes que integraram o projeto, entretanto, a solução contratada, olhada na sua integralidade, não existia como tal, à disposição da Administração¹⁶.

É importante fazer esta explicação no contexto das compras públicas de P&D, pois não é incomum a ideia – equivocada – de que estas “partes” poderiam ser “licitadas” separadamente. Erram aqueles que assim pensam, pois fragmentam um objeto que na sua essência só existe como tal quando certos elementos estão reunidos; pois perdem de vista questões como eficiência e economicidade; pois ignoram a inviabilidade prática se

16 Não entrarei no mérito sobre a sistemática adotada para a seleção dos fornecedores, o que, no caso da FAB, seguiu critérios e parâmetros específicos, mas não um processo licitatório típico.

se gerir, licitar e concatenar inúmeros processos e contratos paralelos, com distintos fornecedores, mas cujo objetivo é único; e, por fim, pois ignoram a dificuldade de identificar, gerir e alocar os riscos, com a consequente distribuição de responsabilidades quando se possuem múltiplos atores.

Em linhas gerais, sobre o uso de um processo seletivo, embora escassos os precedentes, não parece ser outra a posição do Tribunal de Contas da União. Tratando das Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP) na área da saúde, decidiu pela orientação dos “[...] laboratórios públicos sobre a necessidade de realizar um processo seletivo ou de pré-qualificação do parceiro privado, justificando adequadamente quando a sua realização for inviável”¹⁷.

5. Breves apontamentos sobre a regulamentação das compras públicas de P&D

A leitura dos dispositivos voltados às compras públicas de P&D no Brasil e sua respectiva regulamentação – aqui destaco o artigo 20 da Lei nº 10.973/2004 e o artigo 52 do Decreto nº 62.817/2017 –, em linhas gerais, é autoexplicativa. Sem prejuízo, entendo prudente destacar alguns pontos, citando o texto normativo, quando a situação assim exigir:

i. A contratação prevista no artigo 20 não limita o espectro de órgãos contratantes, abrangendo qualquer ente da Administração, ainda que não qualificado, por exemplo, como uma ICT, desde que os demais requisitos restem satisfeitos. Em outras palavras, a abrangência do “sujeito ativo” neste processo é muito ampla, permitindo o uso da ferramenta em diversas áreas e setores.

ii. A abrangência da hipótese legal é tamanha no Brasil que levou autores a afastá-la de parâmetros conceituais europeus ou americanos, como afirmei anteriormente. Esta amplitude se deu tanto na definição dos contratantes, dos potenciais contratados (ICT, entidade sem fins lucrativos, empresas isoladamente ou em consórcio), bem como no objeto (atividade de pesquisa, desenvolvimento e inovação, para solução de problema técnico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador).

17 TC nº 011.547/2014-6

iii. A própria lei traz um conceito legal de inovação (artigo 1º, inciso IV¹⁸), entretanto, a definição de risco (cuja presença é exigida para o enquadramento da contratação nesta hipótese legal) ficou a cargo do regulamento (artigo 52, §§ 2º, 3º e 4º¹⁹), bem como a forma de demonstração da finalidade da empresa (artigo 52, § 1º²⁰). Esta questão da demonstração da “vocaçãõ” da empresa era uma preocupação apontada por Rauen, A. (2017a., p. 99), que já indicava, nesta nova redaçãõ, a necessidade de solucioná-la por meio de regulamento, o que foi efetuado no âmbito do Estado de São Paulo.

iv. Fica evidente, a partir de uma leitura destas disposições, que o conceito de **risco** está longe de ser objetivo e fechado – o que não necessariamente é uma característica ruim. A definição de risco, diante da multiplicidade de situações concretas de contratação é realmente uma tarefa muito complexa. Haverá casos de enquadramento mais fácil, outros nem tanto – o grande ponto, como afirma Rauen, é que “tal dificuldade de classificação deve ser entendida como própria da natureza da atividade de pesquisa” (2017a, p.109).

v. Ainda sobre os **riscos**, penso que a sua incorporação no texto da lei tem papel simbólico bastante sensível. Riscos são inerentes a qualquer

18 Artigo 1º, inciso IV, Lei nº 10.973/2004: “Artigo 1º - [...]. IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho”.

19 Artigo 52, §§ 2º, 3º e 4º, Decreto nº 62.817/2017: “Artigo 52 - [...]§ 2º - Para os efeitos do “caput” deste artigo, considera-se como atividade que envolve risco tecnológico aquela em que haja incerteza na obtenção de resultados em conformidade com padrões de desempenho almejado, em virtude de limitações no estado da técnica para adequada execução ou especificação.

§ 3º - Considera-se como estado da técnica tudo aquilo tornado acessível ao público, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, em conformidade ao disposto no § 1º do artigo 11 da Lei federal nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

§ 4º - Inclui-se ainda, dentre as atividades que envolvem risco tecnológico, o desenvolvimento de produtos ou serviços que requerem a oferta, operação continuada e efetiva adoção por usuários, havendo incertezas sobre o atingimento de padrões de desempenho almejado, tais como serviços desenvolvidos por meio de tecnologia de inteligência artificial que demandam ganho de massa crítica de informações captadas por meio do uso efetivo dos serviços por seu público alvo.

[...]”

20 Artigo 52, § 1º, Decreto nº 62.817/2017: “Artigo 52 - [...]§ 1º - São consideradas voltadas para atividades de pesquisa as entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos ou empresas que incluam em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos”.

processo de contratação – por certo, estarão presentes em maior ou menor grau conforme cada compra específica. Veja, por exemplo, o risco de um fornecedor não efetuar a entrega; de a cotação do dólar variar; de a empresa falir e assim por diante. Os contratos voltados a contemplar compras públicas de P&D trazem como uma característica intrínseca riscos muito maiores quando comparados aos contratos comuns (RAUEN, 2017d, 381).

Volto ao caráter simbólico: por um lado desmistificar a presença deste elemento (ele existe, então vamos discipliná-lo e mitigá-lo?); por outro, se a solução em si não é avessa ao risco, a consequência é que os agentes públicos tampouco podem ser. Deve dar-se, evidentemente, um correto e adequado tratamento ao risco, porém, em hipótese alguma, fugir deles.

vi. Vale mencionar o disposto no §5º do artigo 52 da regulamentação paulista, que prevê como condicionante para a contratação ser o projeto previamente aprovado e elaborado pela contratada. Este dispositivo, penso, deve ser visto sob dois ângulos.

O primeiro deles da possibilidade, embora não obrigatória, de a própria contratada levar ideias e conceitos para avaliação da Administração – como, por exemplo, o que aconteceu no já discutido caso da Embraer e a encomenda da aeronave KC-390²¹. Esta prática, também presente na legislação americana, foi bem retratada por Rauen, segundo o qual existem casos denominados como “proposta não solicitada (unsolicited proposal)”:

A subparte 15.6 do FAR estabelece que quando um conceito é único e inovador e pode trazer benefícios ao governo, o detentor do conceito pode tornar-se fornecedor do Estado sem ter de realizar processo de concorrência pública. Essa possibilidade é interessante sob o ponto de vista do desenvolvimento tecnológico, pois garante que conceitos não conhecidos pelos gestores públicos possam ser explorados mesmo quando não existam editais específicos (2017d, 381).

O segundo, a meu ver, é a clara e inevitável superação – para compras públicas de P&D – da clássica regra de que o autor do projeto não

21 No Estado de São Paulo o Decreto nº 61.492/2015 criou o PitchGov SP, procedimento para “recebimento, análise e teste de soluções inovadoras [...] que contribuam com questões de relevância pública, apresentadas por interessados mediante provocação do Poder Público” (artigo 1º).

pode ser efetivamente contratado pela Administração (artigo 9º da Lei nº 8.666/1993). Ora, apresentei ao longo deste artigo a necessidade de superar o regime de contratações clássico no caso de compras públicas de P&D. A base normativa destas contratações está na Lei nº 10.973/2004, aplicando-se a Lei nº 8.666/1993 de forma subsidiária. Neste contexto, o desenvolvimento conjunto de projetos de inovação, ou mesmo pela própria empresa, é a base do primeiro modelo, o que confrontaria a lógica essencial do diploma geral de contratações públicas. Não se trata, portanto, de importar a acepção tradicional de um projeto básico como previsto na Lei nº 8.666/1993, pois aquela regulamentação simplesmente não responde às demandas peculiares de CT&I. Como bem aponta Rauen, “cabe ao Estado definir os obstáculos a serem superados e não, como tais obstáculos devam ser superados. São os fornecedores privados os responsáveis pelas escolhas tecnológicas mais adequadas à superação de tais obstáculos” (2017c, p. 42).

vii. Como fora exposto anteriormente, algumas encomendas tecnológicas dependem de *scale up*, com a necessária produção em larga escala do produto. Por esta razão, a lei, no artigo 20, § 4º, previu a possibilidade de contratação direta, sem licitação, da empresa desenvolvedora para o fornecimento em escala do produto ou processo desenvolvido. É interessante notar que a pesquisa ou o desenvolvimento propriamente já terão se consumado, sendo o resultado posteriormente adquirido.

viii. Nada obsta que os resultados obtidos no processo de desenvolvimento sejam posteriormente explorados comercialmente, com outros potenciais compradores. O que deve se ter em mente é a imposição da regulamentação estadual de que a propriedade intelectual pertença ao contratante. Portanto, a eventual exploração deverá ser precedida de um contrato de licenciamento, nos termos da disciplina trazida pelo artigo 6º da Lei nº 10.973/2004. Por certo, tal situação demandará uma análise específica de cada caso concreto, para o correto enquadramento nos permissivos legais. Via de regra, este licenciamento, quando contratado com cláusula de exclusividade, deve ser precedido de chamamento público, salvo em caso de desenvolvimento conjunto, em que esta oferta pública estará dispensada.

ix. Rauen destaca igualmente que a antiga redação do dispositivo impunha o pagamento conforme os **resultados** obtidos; com as modificações operadas em 2016, o §3º do artigo 20 da Lei 10.974/2004 passou a fixar o pagamento proporcional aos **trabalhos** executados (2017a, p. 99). Esta foi

uma mudança bastante significativa. Ora, se as compras públicas de P&D transitam sobre um campo de risco mais acentuado, é natural que resultados esperados ou buscados nem sempre sejam alcançados; porém isso não afasta o esforço dedicado ao processo. Este modelo de contratação “[...] necessariamente gerará algum conhecimento, contudo, dada a própria natureza da atividade, tal conhecimento pode não ser útil e nem suficiente para satisfazer a demanda do governo” (RAUEN, 2017a, p.103).

6. Conclusão

Não quis neste artigo propor uma leitura sistematizada de cada um dos dispositivos que tratam das compras públicas de P&D, embora os tenha apresentado quando foi necessário. Na verdade, meu objetivo primordial – e espero ter atendido – foi propor uma reflexão mais ampla, a partir do Direito, sobre um tema tão pouco debatido na academia jurídica. Seria em certa medida um tubo de ensaio para experiências deste jaez, relevante para construir – na soma com inúmeras pesquisas sobre o assunto – uma teoria jurídica sobre a CT&I no Brasil.

Entendo que a conclusão não é um espaço de reprodução sintetizada dos pontos apresentados ao longo do trabalho. Ao leitor fica a tarefa de buscá-los, na exposição principal, se assim for de seu interesse – e sobretudo se o texto se mostrar interessante para levá-lo a isso. Por esta razão, vou utilizar este espaço para lançar algumas proposições finais, sobre as quais não avancei de forma mais contundente nos tópicos anteriores, deixando indagações para, no futuro, talvez, retomá-las de forma mais aprofundada. São duas.

A primeira inerente à própria natureza dos contratos de compra pública de P&D. Um dos benefícios da regulamentação no seu atual estágio é a existência de um grande número de instrumentos jurídicos para viabilizar ajustes e parcerias em matéria de CT&I. Basicamente a Lei nº 10.973/2004 possibilita o uso de convênios de um lado e os contratos de outro, permitindo à Administração, de modo geral, optar pelo melhor mecanismo, dada as peculiaridades de cada caso. A distinção entre estes instrumentos é um tema bastante debatido por doutrinadores e na prática da Administração Pública – e certamente não cairei na armadilha de tentar enfrentar neste breve espaço. Porém, em alguma medida, parece-me que os contratos de compra pública de P&D preservam uma

característica típica dos convênios que é a ideia de parceria. Claro que os contratos pressupõem a existência de alguma vantagem econômica por parte da empresa – afinal, dependem de lucro para sobreviver e isto não é, definitivamente, uma heresia. Entretanto, o grau de interação entre o contratante e o contratado é sensivelmente mais significativo nas compras públicas de P&D, sobretudo em razão de o objeto contratual não ser precisamente definido de antemão (RAUEN, C., 2017, p. 341). Nas contratações comuns a interação é existente, mas em grau de intensidade muito menor. Vide, por exemplo, o caso do Projeto Sirius.

[...] os entrevistados da WEG sinalizaram não enxergar o atendimento aos desafios do projeto Sirius como um simples processo de compra, tendo em vista a intensa necessidade de cooperação mútua desde o início da definição da encomenda até o desenvolvimento do processo de produção pela própria empresa. Diante disso, para eles, a WEG pode ser considerada mais uma parceira do CNPEM do que simples fornecedora, especialmente devido ao fato de que o aprendizado tecnológico adquirido ao longo de todo esse processo foi extremamente valioso para a empresa (RAUEN, C., 2017, p.351).

É possível afirmar, então, que “risco, alta complexidade e assimetria de informações” (RAUEN, A., 2017, p. 388) são elementos impositivos de uma relação diferenciada entre contratante e contratada – entre Estado e seus fornecedores – com alto grau de interação e comprometimento mútuos, inexistentes em uma aquisição comum – daí ser também uma parceria (cf. RAUEN, A., 2017, p. 388).

A segunda proposição diz respeito a ponto abordado por Maria Paula Dallari e Fernando Menezes, ambos professores de Direito na Universidade de São Paulo, nas audiências públicas que debatiam o Projeto nº 2.177/2011 – aqui já mencionadas. Maria Paula Dallari indicava a necessidade de se criar uma “identidade jurídica de pesquisa”, com regras específicas e mais autonomia, o que passaria, em alguma medida, pela noção de autorregulação. Esta liberdade no processo de compras, imporá que os órgãos de controle fossem “mais sensíveis ao detectarem essa autonomia na cultura de financiamento de pesquisa”. O sistema de controle não pode adotar mecanismos tradicionais de checagem e auditoria, devendo criar mecanismos apropriados para este microssistema da técnica, em que a lei não deixa de ser um balizador, mas passa a ter um papel mais “geral e programático”, ca-

bendo ao regulamento trazer as minudências necessárias²². E, como apontou Fernando Menezes, nesta mesma ocasião, esta autonomia só pode ser viabilizada por meio da lei²³.

Talvez o que estejamos assistindo com a edição da Lei nº 13.243/2016 (que reformulou a Lei nº 10.973/2004) e da Emenda Constitucional nº 85/2015, seja justamente um certo grito de liberdade, a colocação de um espaço próprio para a pesquisa no contexto das compras públicas – muito daquilo que já vinha sendo almejado por especialistas antes do advento destas normas, como visto acima. Nossa tarefa agora, enquanto doutrina, é não deixar que estas mudanças sejam tomadas por leituras demasiadas conservadoras, que colaborem para colocar a CT&I no Brasil em um estado de agonia ainda maior.

Referências bibliográficas²⁴

CASTRO, Aloísio Pires; RODRIGUES, Lucas de Faria. *Quem tem medo do regime jurídico de direito administrativo? Perspectivas sobre as Fundações de Apoio*. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 84, jul/dez 2016. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/servicos/centrodestudos/bibliotecavirtual.aspx>>. Acesso em 11 mar. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações*. In RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 264, set/dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98943>>. Acesso em 11 mar. 2018.

22 Trata-se de citações literais e resumo das ideias de fala da Sra. Maria Paula Dallari, a partir do relatório da Comissão Especial destinada a apreciar o Projeto de lei nº 2.177/2011, publicado no Diário da Câmara dos Deputados, do dia 09 de maio de 2014, p. 847/848. A passagem contempla o resumo da fala proferida em audiência pública realizada no dia 1º de julho de 2013.

23 Trata-se de resumo das ideias de fala do Sr. Fernando Menezes, a partir do relatório da Comissão Especial destinada a apreciar o Projeto de lei nº 2.177/2011, publicado no Diário da Câmara dos Deputados, do dia 09 de maio de 2014, p. 848. A passagem contempla o resumo da fala proferida em audiência pública realizada no dia 1º de julho de 2013.

24 Foram utilizados diversos textos de uma mesma obra coletiva. Optei por apresentá-los separadamente, para permitir a correta referência ao corpo do artigo e porque não foram utilizados todos os textos da obra.

FASSIO, Rafael Carvalho de. *Novos Parâmetros para o Poder de Compra do Estado*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PELLEGRINI, Fernando; CAMPOS, André Sica de; CHAGAS JR., Milton de Freitas; FURTADO, André. “De Alfinete a Foguete”: A Lei nº 8.666 como Arcabouço Jurídico no Programa China-Brazil Earth Resources Satellite (CBERS) – Um Estudo de Caso do Fornecimento da Câmera Multi Expectral Regular (MUX) pela Opto Eletrônica (OPTO). In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017.

RAUEN, André Tortato. *Compras Públicas de P&D no Brasil: o uso do artigo 20 da lei de inovação*. Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior. Brasília: Ipea, Vol. 1, n. 40, ago/2015, pp. 07-18.

_____. Mapeamento das Compras Federais de P&D Segundo Uso da Lei de Inovação no Período 2010-2015. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017a.

_____. *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017b.

_____. Racionalidade E Primeiros Resultados das Políticas de Inovação que Atuam pelo Lado da Demanda no Brasil. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017c.

_____. Risco e Incerteza na Aquisição Pública de P&D: a Experiência Norte- americana. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017d.

RAUEN, Cristiane Vianna. O Projeto Sirius e as Encomendas Tecnológicas para a Construção da Nova Fonte de Luz Síncrotron Brasileira. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017.

RIBEIRO, Cássio Garcia. Desenvolvimento Tecnológico Nacional: O Caso KC-390. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017.

ROSILHO, André Janjácomo. *As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados*. In: Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=86113>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda: A Experiência da União Europeia. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017.

_____. *O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro*. Texto para discussão nº 1922. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014.

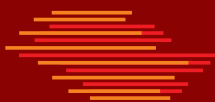
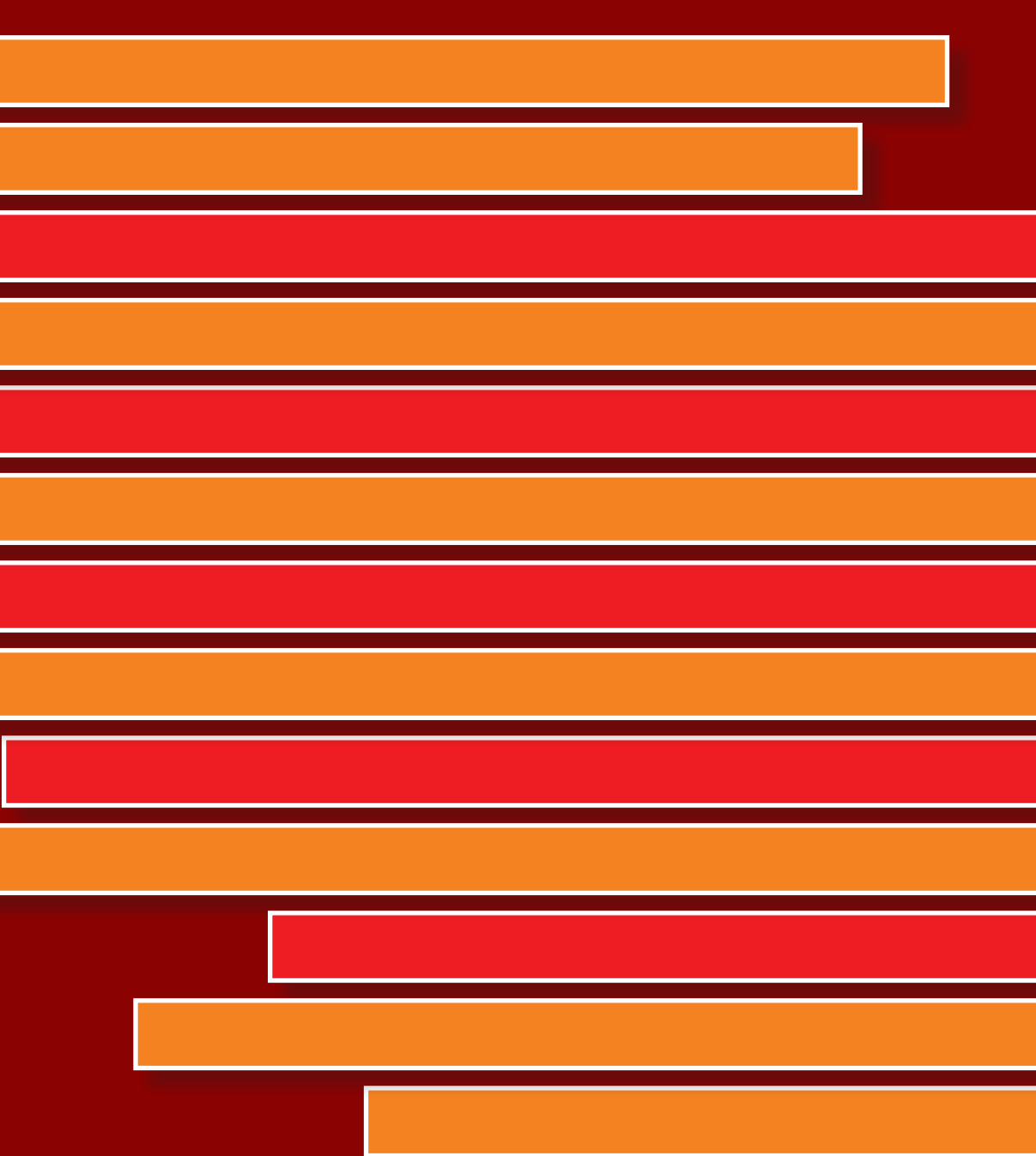
SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações*. In RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 264, set/dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98943>>. Acesso em 11 mar. 2018.

editoração e impressão

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO