REVISTA DA ASSEJUR

Artigos e Estudos Jurídicos

ANO III No 3
DEZEMBRO 2019

REVISTA DA ASSEJUR

Artigos e Estudos Jurídicos

ASSEJUR
Associação dos Assessores Jurídicos
do Poder Judiciário | PR

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO
Departamento de Imprensa e Comunicação - Assejur

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO
Munditouch Design e Comunicação

FOTOS
Arquivos pessoais

Dados internacionais de catalogação na publicação
Bibliotecária responsável: Natália Vicente Montanha Teixeira (CRB-9/1642)

Revista da Assejur: artigos e estudos jurídicos / Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário (Curitiba - Paraná).- v.3, n.3 (dez. 2019).- Curitiba, PR : Departamento de Imprensa e Comunicação, 2019.

Anual
Resumos em português e inglês
Inclui bibliografia
ISSN impresso 2594-701X
ISSN on-line 25951130

1. Direito. 2. Estudos jurídicos. 3. Artigos jurídicos. I. Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário (Curitiba - Paraná).

CDD (22ª ed.)
340

Direitos desta edição reservados à
Associação dos Assessores Jurídicos do Poder Judiciário
Rua Roberto Barrozo, 351
80520-070 - Curitiba - Paraná
Tel.: (41) 3254-6567
www.assejurpr.com.br

APRESENTAÇÃO

O trigésimo aniversário da Assejur foi comemorado no dia 5 de setembro de 2019. Uma data que remete ao esforço das várias gerações de profissionais que se sucederam na defesa da regulamentação das atividades jurídico-administrativas realizadas no âmbito do Poder Judiciário. Com a Emenda Constitucional nº 44, promulgada em 28 de outubro, e a inserção do artigo 243B no texto da Constituição do Estado, os antigos assessores jurídicos passaram a ser chamados de consultores jurídicos. A mudança recente afirma o caráter especial das funções desempenhadas por esse setor importante do serviço público, e é um dos destaques desta edição da ***Revista da Assejur****.*

Em seu terceiro número, a publicação reúne pareceres elaborados por consultores jurídicos com atuação nos vários Departamentos que integram a estrutura administrativa do Tribunal de Justiça. Caio Pimenta Renó analisa o pagamento de honorários de perícia nos casos de gratuidade de justiça, Maurício Feijó Kugler trata de aspectos controvertidos do recolhimento de contribuição previdenciária patronal e Marcelo Oliveira dos Santos discorre sobre inexigibilidade de licitação para a contratação de curso de aperfeiçoamento de servidores. Complementam esses trabalhos uma análise a respeito das exigências para a formalização de contratos administrativos, feita por Igber de Oliveira Lima, e um estudo de Luís Fernando da Costa que aborda a cessão de servidores municipais para desempenho de funções em órgãos do Poder Judiciário.

Ainda no campo da produção teórica dos consultores jurídicos, a ***Revista da Assejur*** *nº 3 reproduz um documento elaborado pela equipe*

do Departamento do Patrimônio na defesa do Poder Judiciário em representação protocolada no Tribunal de Contas estadual por empresa participante de licitação. Nesse caso, os argumentos sustentados pela Consultoria prevaleceram, evitando a suspensão de contrato que estava vigente e a imposição de multa a agentes públicos.

Entre os convidados, Jussara Maria Leal de Meirelles, professora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, faz um apanhado doutrinário sobre a sucessão do embrião em face das leis brasileiras, e Roberto Portugal Bacellar, desembargador do Tribunal de Justiça, defende uma ampla reformulação administrativa no Poder Judiciário, mediante a atuação de equipes especializadas nessa área.

Finalmente, os artigos publicados neste número, de autoria dos consultores jurídicos Liana Mara Vanin Kuklik Michielin, Sandra Aparecida Pael Ribas, Paulo César Bachmann Alves e Pedro Felipe Wosch de Carvalho, debatem os seguintes temas: as alterações nos contratos administrativos de serviços e obras de engenharia, o tempo aleatório e o tempo de prorrogação automática no pregão eletrônico, os requisitos éticos para o exercício da magistratura e o conceito de justiça no pensamento de Emmanuel Lévinas.

Boa leitura.

CONSELHO EDITORIAL

ACIR BUENO DE CAMARGO

Procurador de Justiça aposentado, mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mestre e doutor em Direito pela UFPR e especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Milão (Itália).

CLERILEI APARECIDA BIER

Professora titular da Universidade do Estado de Santa Catarina (Udesc), doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (UCM), pós-doutora pela Faculty of Business - University of Technology, Sydney (Austrália) e pós-doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona (Espanha).

DANIEL PIRES CHRISTOFOLI

Advogado, especialista em Direito Público (Esmafe) e mestre em Direito pela Uniritter, do Rio Grande do Sul.

FRANCISCA MORENO ROMERO

Professora da Faculdade de Direito da UCM (Espanha), mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidad Rey Juan Carlos (Espanha) e doutora em Direito pela Universidade de Barcelona (Espanha).

HAMILTON MUSSI CORRÊA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, formado em Direito pela Universidade Católica do Paraná (atual PUC-PR) em 1973.

JORDI GARCIA VIÑA

Professor catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidad de Barcelona (Espanha), mestre pela Universidad Politécnica de Cataluña (Espanha) e doutor em Direito pela Universidade de Barcelona (Espanha).

JORGE OLIVEIRA VARGAS

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especialista em Direito Ambiental e mestre e doutor em Direito Público pela UFPR.

JORGE WAGIH MASSAD

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, formado pela Faculdade de Direito de Curitiba (atual Unicuritiba).

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

Professor catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na UCM (Espanha) e doutor em Sociologia da Comunicação pela UCM.

JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES

Professora titular da PUC-PR, mestre e doutora pela UFPR, com pós-doutorado no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra (Portugal).

LUIS EDUARDO RODRIGUES MARQUES

Consultor jurídico do Poder Judiciário do Estado do Paraná, especialista em Direito Civil e Processual Civil (Universidade Metodista de Piracicaba) e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba.

LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mestre e doutorando em Direito do Estado pela UFPR.

MARCELO OLIVEIRA DOS SANTOS

Consultor jurídico do Poder Judiciário do Estado do Paraná, especialista em Direito Processual Civil (Universidade Regional de Blumenau) e mestre em Direito pela UFPR.

MÁRIO MONTANHA TEIXEIRA FILHO

Consultor jurídico do Poder Judiciário do Estado do Paraná, especialista em Direito Privado (UFPR) e mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

MIGUEL KFOURI NETO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal).

ROGÉRIO COELHO

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Paraná, com formação em Direito Civil pela Universidade de Coimbra (Portugal).

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

Advogado, ex-assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, doutor em Direito do Estado pela UFPR.

TELMO CHEREM

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com especialização em Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

WILLIAM PUGLIESE

Advogado, mestre e doutor em Direito pela UFPR.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Sucessão do Embrião — 11
Jussara Maria Leal de Meirelles

ARTIGOS

Alterações nos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia sob o regime de empreitada por preço global — 31
Liana Mara Vanin Kuklik Michielin

Fase de lances: uma breve discussão sobre tempo aleatório e tempo de prorrogação automática no pregão eletrônico — 48
Sandra Aparecida Pael Ribas

Magistratura: função que requer coragem, independência, criatividade e humanitarismo — 64
Paulo César Bachmann Alves

Justiça e responsabilidade a partir de Emmanuel Lévinas — 83
Pedro Felipe Wosch de Carvalho

CONVIDADO

Roberto Portugal Bacellar — 101
Administrador judiciário para um Judiciário melhor

DOCUMENTO

Representação no Tribunal de Contas do Paraná: a Lei nº 8.666/1993 e a defesa do Poder Judiciário — 111
Mariana da Costa Turra Brandão
Denise de Oliveira
Sandra Aparecida Pael Ribas

PARECERES

Pagamento de honorários periciais em casos de gratuidade de justiça — 137
Caio Pimenta Renó

Contribuição previdenciária patronal. Contribuição suplementar. Hipótese de compensação não verificada — 150
Maurício Feijó Kugler

Contratação de curso de aperfeiçoamento de servidores. Inexigibilidade de licitação — 156
Marcelo Oliveira dos Santos

Consulta: certidão positiva/explicativa para fins criminais — 168
Igber de Oliveira Lima

Renovação de convênio para cessão de servidor público municipal — 177
Luís Fernando da Costa

OPINIÃO

Uma mudança importante — 186
Mário Montanha Teixeira Filho

JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná, com Mestrado e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná e Pós-Doutorado no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental (Mestrado e Doutorado) e do Programa de Pós-Graduação em Bioética (Mestrado), da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procuradora federal aposentada.

SUCESSÃO DO EMBRIÃO

Sumário: 1. Esclarecimentos terminológicos sobre reprodução humana assistida e o artigo 1597 do Código Civil. 2. Categorias tradicionais e embriões de laboratório. 3. Opções legislativas: embriões excedentários e transmissão aos seres concebidos à época da abertura da sucessão. 4. Seres ainda não concebidos: a concepção *post mortem*. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Texto apresentado no evento Arquitetura do Planejamento Sucessório, promovido pela Escola Superior de Advocacia-ESA, da OAB/PR, em 30/10/2019, e publicado na coletânea de mesmo nome, pela Editora Fórum, sob a coordenação da professora doutora Daniele Chaves Teixeira.

1. ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O ARTIGO 1597 DO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil, ao dispor sobre a presunção de concepção dos filhos na constância do casamento, faz menção, no artigo 1597, a três expressões relativas às técnicas de reprodução humana assistida. São elas: **fecundação artificial homóloga** (artigo 1597, III), **concepção artificial homóloga** (artigo 1597, IV) e **inseminação artificial heteróloga** (artigo 1597, V).[1] Também traz a expressão embriões excedentários, mas sobre ela serão feitas as considerações pertinentes no item 3 do presente estudo. Necessário se faz bem esclarecer a que técnicas de reprodução humana assistida tais expressões correspondem, de modo a evitar interpretações equivocadas.

Já faz algum tempo que a Medicina vem utilizando métodos artificiais voltados a atenuar os problemas relativos à reprodução humana, que podem ser oriundos de diversos fatores de ordem biológica, médica ou psíquica. Costuma-se denominar o uso de tais meios, genericamente, de **fecundação artificial** ou **concepção artificial** – denominações inexatas, na opinião de Piero Bailo (OLIVEIRA, 1984, p. 578), uma vez que artificiais são as maneiras de se obter a fecundação, e não esta em si.

Dentre tais métodos, os mais conhecidos são a inseminação artificial (I. A.) e a fertilização *in vitro* (F. I. V.).[2]

A **inseminação artificial** é a técnica científica mais antiga, e consiste, basicamente, na introdução do sêmen na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado. Pode ser homóloga, se realizada com o sêmen do marido ou do companheiro da paciente, ou heteróloga, se é usado esperma de um doador fértil.[3] Note-se que, nessa técnica, somente se utiliza sêmen e aguarda-se que a concepção ocorra no organismo da paciente, após a inseminação. É importante lembrar, portanto, que, ao mencionar inseminação, a lei faz referência a uma técnica que não utiliza embriões obtidos em laboratório, mesmo porque se espera que a concepção se realize dentro do organismo da paciente, e não fora dele.

Diferente é a fertilização *in vitro* (F.I.V.), que consiste, basicamente, em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e, após algumas horas ou em até alguns dias, dependendo da técnica, realizar a transferência de um ou mais embriões ao organismo da paciente. Após ovulação induzida por hormônios, os óvulos maduros são coletados pouco antes do momento de sua liberação natural e, em seguida, submetidos à fecundação, que será feita fora do corpo da paciente, em recipiente de vidro – por isso o nome *in vitro*, denominação utilizada para indicar processos biológicos realizados fora do sistema vivo (*in vivo*), ou seja, em ambiente laboratorial. Nessa técnica, sim, há obtenção de embriões em laboratório; logo, ao se mencionar fertilização *in vitro*, sabe-se que, para além do uso de sêmen e de óvulos, a finalidade da técnica é a obtenção de um ou mais embriões concebidos em laboratório e sua posterior transferência ao corpo de uma mulher, para o desenvolvimento em gestação. A fertilização *in vitro*, assim como a inseminação artificial, será homóloga ou heteróloga, expressões essas a identificar se foi utilizado material genético apenas do casal (ou companheiros) ou se houve necessidade de buscar doadores anônimos.[4]

Embora os métodos mais conhecidos de reprodução assistida sejam a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, importa mencionar que a expressão "reprodução assistida" vai para além dessas práticas de implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor feminino, com a finalidade de facilitar a procriação. Abrange, de fato, todas as práticas técnicas e biológicas que permitam a reprodução interferindo no processo natural, seja por meio da inseminação artificial, seja mediante a concepção *in vitro*, ou pela transferência embrionária. Igualmente, aquelas que consistem somente no acompanhamento médico e na eventual administração de medicamentos que facilitem o processo natural de reprodução. Assim, de acordo com os entendimentos médicos, o melhor termo para definir a chamada reprodução assistida deve ser interferência, para deixar claro que não se trata de métodos puramente artificiais, porque, mesmo quando as técnicas consistem no manuseio de gametas, elas não deixam de ser naturais (apenas não ocorre o intercurso sexual).[5]

Após esses esclarecimentos terminológicos, retorna-se ao disposto no Código Civil. O legislador usou expressões que se definem pela abrangência de técnicas e métodos de reprodução humana assistida: concepção artificial homóloga e fecundação artificial homóloga. Usou-as para considerar presumidamente concebidos na constância do casamento os filhos havidos por **fecundação artificial homóloga**, mesmo que falecido o marido (III), e os havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de **concepção artificial homóloga** (IV). Como as expressões *fecundação* artificial e *concepção* artificial são abrangentes, conclui-se que o legislador civil pretendeu estabelecer a presunção tanto para os casos de inseminação artificial homóloga quanto para as hipóteses de fertilização *in vitro* homóloga. Em outras palavras, o Código Civil presumiu **concebidos** na constância do casamento tanto os filhos havidos mediante a prática de inseminação artificial com sêmen do marido falecido quanto os havidos por meio de fertilização homóloga e posterior transferência do embrião concebido em laboratório.

No tocante aos embriões mantidos em laboratório, já foram concebidos e, por esse aspecto, estariam legitimados a suceder, sob o ponto de vista estrito de outra previsão da mesma lei (o artigo 1798 do Código Civil dispõe: "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão"). A questão não é, contudo, pacífica na doutrina, e o legislador civil usou também a expressão "a qualquer tempo" (artigo 1597, V), o que requer mais detidas considerações, que serão apresentadas no item 3 deste estudo.

No que diz respeito à inseminação artificial homóloga realizada postumamente, importa ressaltar que até o momento da abertura da sucessão não houve concepção de fato; o que existe, na realidade, é uma presunção legal de que os filhos assim havidos foram concebidos na constância do casamento (e, obviamente, antes da morte, eis que esta o extingue). Assim, a presunção legal de concepção na constância do casamento não é um dado pacífico a nortear o direito sucessório do novo ser concebido, eis que a concepção há de ser realizada de fato após a abertura da sucessão. Logo, análise mais detida será feita neste estudo, no item 4.

Quanto à inseminação artificial heteróloga, o Código Civil também prevê a presunção de paternidade na constância do casamento (artigo 1597, V), desde que tenha havido prévia autorização do marido. Seguiu o legislador pátrio a orientação de países que já de há muito legislaram sobre o tema da procriação assistida, nos quais a paternidade é determinada a partir do consentimento livre outorgado pelo marido (ou companheiro) da mulher que se submete ao tratamento.[6] Contudo, é de se observar que, embora inclua o filho havido por inseminação artificial heteróloga na presunção de paternidade oriunda do casamento, o Código Civil, aparentemente, não impede ao marido revogar a autorização exigida, possibilitando-lhe contestar a paternidade, direito esse considerado imprescritível.[7] Para dirimir a dúvida, o Enunciado 258, da III Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça estabelece: "Não cabe a ação prevista no artigo 1601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do artigo 1597, cuja paternidade configura presunção absoluta".

Sobre a inseminação artificial heteróloga, o Código Civil, seguindo orientação de países cujas leis tratam há mais tempo da procriação assistida, estabelece a presunção de paternidade na constância do casamento, desde que haja autorização prévia do marido

Para efeitos sucessórios, importa saber até que momento há que se considerar a eficácia da autorização: a viúva poderia fazer uso da autorização para, mediante o procedimento médico

com sêmen doado, conceber um filho herdeiro do marido falecido, eis que será presumidamente havido na constância do casamento (artigo 1597, V)? Parece que a resposta deve estar contida na própria autorização. Caso contrário, somente as circunstâncias do caso concreto poderiam dar resposta sobre a real vontade do de *cujus*, o que não é simples nem fácil de evidenciar. Há outras considerações ainda a serem feitas, que neste estudo encontram-se no item 5.

Há que se mencionar, também, que o Código Civil silenciou a respeito da gestação de substituição e da doação de óvulos, muito embora tenha usado expressões abrangentes, como fecundação artificial e concepção artificial. Sobre o sentido estrito em que devem ser interpretadas as expressões usadas pelo Código, veja-se o Enunciado 257, da III Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça: "As expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial', constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do artigo 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição".

Nesse aspecto, destaca-se aqui a visão um tanto reducionista do legislador, pois ao evitar o tema sob o ponto de vista da maternidade, manteve a determinação tradicional (*mater semper certa est*), a partir do elemento obstétrico (parto), deixando aberta uma lacuna sobre hipóteses de acesso à reprodução assistida *post mortem* pelo viúvo ou companheiro sobrevivente. O Enunciado 633, da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça, procurou dirimir: "É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma – por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira".

Também não mencionou o Código Civil a respeito dos filhos havidos em união estável mediante uso de técnicas de reprodução assistida. Assim, uma vez mais os doutrinadores se reuniram e aprovaram o Enunciado 570, na VI Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre reprodução assistida heteróloga *a patre*, ou seja, inseminação artificial ou fertilização *in vitro* com o uso de sêmen de doador:

"O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga 'a patre' consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira".

2. CATEGORIAS TRADICIONIAIS E EMBRIÕES DE LABORATÓRIO

É sabido que a ordem legislativa civil brasileira reconhece os seres humanos nascidos com vida como **pessoas naturais**, protegendo-lhes os direitos (artigo 2º, primeira parte).[8] Também põe a salvo os direitos dos **nascituros** (que são os seres humanos concebidos no ventre materno e em vias de se tornarem pessoas, ao nascerem com vida) – artigo 2º, parte final.[9] Por fim, assegura a possibilidade de ser contemplada na sucessão testamentária a chamada **prole eventual**, a qual se refere aos filhos de pessoas indicadas pelo testador, e que ainda não foram sequer concebidos: daí a eventualidade da sua existência (artigo 1799, I).[10] Segundo as disposições do Código Civil, os seres humanos seriam ou nascidos com vida, ou em desenvolvimento gestacional no ventre materno e por nascer, ou ainda nem concebidos, e estes últimos, por conseguinte, tratados sob o viés da eventualidade.

O rápido avanço dos métodos e das técnicas de reprodução humana trouxe consigo muitas possibilidades de auxílio científico às pessoas que deles necessitam para realizar o projeto de parentalidade. E, como não é raro acontecer, a realidade possibilitada pela ciência (o mundo do ser) ultrapassou os limites estabelecidos formalmente pela ordem jurídica (o mundo do dever ser). Assim, possibilitou a concepção humana extrauterina e, por intermédio dela, a existência de embriões humanos concebidos *in vitro* (em meio externo ao corpo humano) e mantidos em laboratório (criopreservados, para posterior transferência ao útero da mulher). Essa diferente realidade apresentou-se completamente distanciada de toda a categorização tradicional

que fundamentou a codificação civil brasileira. Conforme em certa oportunidade afirmou Gustavo Tepedino, "o paletó ficou apertado". Sem dúvida, tratar de novas realidades científicas mediante o emprego de categorias oriundas das codificações dos séculos XVIII e XIX é quase impossível.

Os embriões humanos concebidos e mantidos em laboratório são totalmente estranhos ao modelo clássico que ainda hoje se encontra no Código Civil: eles não são **pessoas naturais**, pois inexistente o nascimento com vida; não são pessoas em estado gestacional e por nascer (**nascituros**), e também não é possível classificá-los como **prole eventual** (a ser concebida), posto que a sua concepção já ocorreu.

O embrião concebido e mantido em laboratório não se encontra em desenvolvimento, à espera de nascer, simplesmente. Isso caracteriza o nascituro, aquele que está em processo gestacional, desenvolvendo-se até o final da gestação, para então nascer. Processo natural, que fez com que o legislador delineasse a proteção ao nascituro ("a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"). Estender essa noção clássica de nascituro, trazida a lume quando sequer se imaginava haver concepção e manutenção de um embrião humano em laboratório, é ampliar o alcance da categoria antiga para realidade nova e diversa, com consequências talvez bastante complicadas.

Embora não possam ser enquadrados nas categorias que o Código Civil traz nas suas disposições, os embriões humanos concebidos e mantidos em laboratório representam vida humana e, por conseguinte, na opinião da autora, parece resultar necessariamente afastada a sua caracterização como bens suscetíveis de subordinação a interesses econômicos. Pela mesma razão, é forçoso afirmar a indubitável necessidade de sua proteção jurídica específica, como seres humanos que foram concebidos (para o atingimento de um objetivo de parentalidade) e se encontram mantidos em laboratório (no aguardo de serem transferidos ao corpo de uma mulher, para seguirem em desenvolvimento até nascerem; ou à espera que lhes seja dado algum destino, uma vez que o projeto inicial de parentalidade tenha sido abandonado).

Para essa busca de soluções que demonstrem verdadeira proteção aos embriões humanos de laboratório, impõem-se,

desde logo, duas tarefas: primeiro, distanciá-los da categorização estabelecida tradicionalmente; segundo, sob o enfoque do amparo, equipará-los aos demais seres humanos. De qualquer sorte, infelizmente, o que se observa é que, no afã de se conseguir gerar um filho, as pessoas buscam as técnicas de reprodução humana assistida, e, no mais das vezes, sequer se dão conta de que gerar um ser humano em laboratório (e mantê-lo lá) é um projeto tão mais desafiador e complicado quanto menor for a previsão de consequências jurídicas decorrentes do seu abandono puro e simples. Não é coisa a se abandonar. Não é mero material biológico. Tem carga genética humana. Pode ser pessoa nascida amanhã.

Enfim, como todo o regramento civil sobre as pessoas, as famílias, as vidas humanas e os reflexos jurídicos da morte foram previstos e estudados a partir do que se conhecia como concepção natural, duração média de uma gestação humana, nascimento com vida, os projetos de parentalidade sempre se pautaram pelas formas naturais de conceber, talvez até pelo acaso e pela surpresa, o que possivelmente não tenha oportunizado aos interessados quaisquer questionamentos que já não estivessem ao alcance do normatizado, do categorizado, do previsto. As possibilidades trazidas pelas técnicas de reprodução humana assistida alteraram não só o modo de ver os mais diferentes desenhos de projetos de parentalidade. Assim, talvez, as pessoas interessadas, ao buscarem esses recursos médicos, precisem de maiores esclarecimentos e talvez um determinado tempo para pensar e decidir sobre a responsabilidade, as condições e os reflexos (psicológicos, econômicos, jurídicos, para além das condições médicas) relativos ao fato de se obter (e manter) embrião (ou embriões) em laboratório ou descartá-los, simplesmente porque já não serve(m) ao propósito inicial. É de se ressaltar, também, que essas pessoas merecem muita atenção e cuidado por parte dos profissionais (o ideal seriam equipes multidisciplinares a versar sobre o tema e bem esclarecer), porquanto se encontram em situação de alta vulnerabilidade e podem, por conseguinte, não apresentar condições psicológicas de absorver informações de eventuais adversidades ao seu projeto parental, agora que a ciência lhes apresenta resposta satisfatória e possivelmente exitosa.

3. OPÇÕES LEGISLATIVAS: EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS E TRANSMISSÃO AOS SERES CONCEBIDOS À ÉPOCA DA ABERTURA DA SUCESSÃO

Ainda hoje não há lei formal específica, no Brasil, sobre reprodução humana assistida e os seus principais efeitos jurídicos – dentre eles, a necessária proteção dos embriões. O tema é tratado por sucessivas resoluções do Conselho Federal de Medicina, as quais, por sua natureza de atos normativos administrativos, se mostram insuficientes a delimitar atividades que a lei formal brasileira não proíbe expressamente; e, embora não se possa afastar sua eficácia no plano deontológico, apresentam aplicabilidade restrita e certa efemeridade.[11]

Embora a questão dos embriões humanos obtidos e mantidos em laboratório ainda não tenha sido satisfatoriamente prevista na legislação brasileira, não se pode afastar que o legislador civil optou por prever os embriões excedentários. O Código Civil estabelece, em seu artigo 1597, que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos "havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga" (inciso IV).

Costuma-se denominar de excedentes (ou excedentários, termo usado pelo legislador civil) os embriões obtidos em laboratório, mediante fertilização *in vitro*, que não foram transferidos ao organismo feminino ou porque não apresentavam sinais de desenvolvimento normal ou porque, muito embora em condições de evoluir com sucesso, ultrapassaram o número máximo recomendável à transferência sem riscos inerentes a uma gestação múltipla, tais como ameaças de aborto e nascimentos prematuros.

A preocupação em torno da expressão "embriões excedentários" utilizada pelo legislador civil no citado inciso IV do artigo 1597 consiste, inicialmente, no fato de que ela vem seguida de outra ("a qualquer tempo"), para presumir concebidos na constância do casamento os embriões excedentários havidos mediante concepção artificial homóloga. De início, não é demasiado lembrar que embrião já é um ser

concebido; logo, poderia parecer desnecessária uma presunção legal de concepção para um ser que já foi concebido durante o casamento (lembrando que "embriões excedentários" são aqueles considerados "excedentes" de procedimento médico já realizado). No entanto, se a lei menciona "a qualquer tempo", a expressão pode remeter tanto ao futuro (embriões obtidos em laboratório enquanto casados eram os interessados no projeto de parentalidade) quanto para o passado (embriões obtidos em laboratório antes mesmo de haver casamento entre os interessados). O legislador civil parece ter optado por essa ampla possibilidade temporal de transferência de embriões mantidos em laboratório e que "excederam" a(s) transferência(s) anterior(es). Não fosse isso, não teria mencionado a presunção de concepção na constância do casamento, de embriões (seres já concebidos). Também não impôs a lei civil qualquer número máximo de possibilidades de transferência, o que pode conduzir à interpretação de que os procedimentos médicos para tanto podem ser vários, de modo a realizar as transferências de tantos quantos forem os embriões mantidos em laboratório, desde que não haja implicações médicas.

Evidentemente, essa falta de previsão legislativa traz preocupações atinentes à própria liberdade individual dos titulares dos gametas que deram origem aos embriões. Ainda que casados sejam, parece que impor o vínculo parental a qualquer deles é afetar-lhe diretamente a liberdade individual.[12] E se não forem mais casados, uma vez que a lei menciona "a qualquer tempo"? Sobre o tema, o Enunciado 107, da I Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça, estabelece: "Finda a sociedade conjugal, na forma do artigo 1571, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões".

Outra ordem de preocupação, para além da determinação da parentalidade jurídica, reside no fato de se prever, legislativamente, embriões ditos excedentários, abrindo a possibilidade para que, a qualquer tempo, sejam transferidos ao organismo feminino para completarem o seu desenvolvimento. Observa-se que a presunção legal pode ser aplicada a despeito do maior

ou menor interesse daqueles que deram início a um projeto parental que, talvez, nem exista mais. Se por um lado pode parecer amparo ao novo ser concebido, pode também traduzir-se em verdadeira redução do ser humano em início de desenvolvimento a mero objeto de desejo ou de vantagens patrimoniais a partir da eventual gestação ou do nascimento do implantado.

Na sucessão parental, objeto do presente estudo, levando-se em consideração que toda a estrutura do instituto parece ter em vista um desenlace a curto prazo, ao se admitir relevância sucessória às situações oriundas da inseminação artificial ou da fertilização *in vitro*, há muito já observou Oliveira Ascensão: "Nunca seria praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse estaria indefinidamente sujeita a ser alterada" (ASCENSÃO, 1994, p. 78).

Uma tentativa de atenuar os resultados trazidos pelas disposições do Código Civil sobre os embriões de laboratório e sobre a vocação hereditária foi a edição do Enunciado 267, oriundo da III Jornada de Direito Civil, realizada em 2004, pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal: "A regra do artigo 1798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança".

4. SERES AINDA NÃO CONCEBIDOS: A CONCEPÇÃO *POST MORTEM*

Sob o ponto de vista da presunção legal do artigo 1597 do Código Civil, podem ocorrer situações em que o novo ser não foi ainda concebido de fato, mas será presumidamente concebido na constância do casamento. Veja-se, de início, sobre o ser ainda não concebido de fato no momento da abertura da sucessão (embora logo se imagine a hipótese mais evidente, que seria a inseminação artificial homóloga *post mortem*, não se

pode afastar a hipótese de fertilização *in vitro post mortem*, pois a abertura da sucessão pode se dar também entre a coleta de sêmen e óvulos para a fecundação em laboratório): em qualquer dos casos, ambos acobertados pela expressão ampla **fecundação artificial homóloga**, o legislador civil estabeleceu que a presunção de concepção refere-se à constância do casamento (como se vivo ainda fosse o marido); logo, é possível concluir que, ainda na hipótese de ser concebido após a morte do de *cujus*, o novo ser concebido tem direitos sucessórios em relação ao autor da herança, porquanto a paternidade já está presumida como se tivesse sido concebido durante a constância do casamento e, por conseguinte, antes da abertura da sucessão. E, no seu artigo 1798, dispõe o Código Civil a respeito da vocação hereditária dos seres já concebidos no momento da abertura da sucessão.[13] Mas haveria sucessão de filho concebido, de fato, postumamente?

Para além desse questionamento, há outra pertinente preocupação: até que momento e em que condições poderia ser realizado o procedimento médico de reprodução assistida pela mulher, com o material genético do marido? Sobre o tema, interessante a redação do Enunciado 108, da I Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça: "Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte".

Similar raciocínio efetuado em relação à inseminação artificial homóloga realizada postumamente merece ser aplicado à hipótese de inseminação artificial heteróloga *post mortem*, com a diferença de que, aqui, por se tratar de técnica com o uso de sêmen doado, a lei exige expressamente a prévia autorização do marido. Observe-se que, nesse caso, não há que se falar em embrião; no momento da abertura da sucessão, o ser ainda não foi concebido de fato; mas, como já havia autorização para o procedimento ser realizado, demonstra-se a intenção do falecido no projeto de parentalidade. Assim, a lei presume concebido na constância do casamento (e, portanto, antes da abertura da sucessão) o novo ser resultante de inseminação artificial heteró-

loga *post mortem*, desde que tenha havido autorização prévia do de *cujus* para a realização do procedimento. Talvez em face da presunção legal de concepção anterior à morte, pareça ingressar na categoria de sucessor do pai o filho concebido nessas condições. Mas a questão não é tão simples, eis que a concepção ainda não houve, de fato.

As opiniões contrárias se dividem: há os que sustentam haver direitos sucessórios nas hipóteses de concepção *post mortem* realizada mediante técnicas de reprodução assistida, fundamentando seu entendimento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, na igualdade entre os filhos e no direito à sucessão, salientando também a paternidade responsável e o planejamento familiar. E há os que são contrários aos direitos sucessórios nessas hipóteses, em face da segurança jurídica em relação aos demais herdeiros.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial, homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido "concebidos na constância do casamento", não se justifica a exclusão dos seus direitos sucessórios (GONÇALVES, 2013. p. 20). Na opinião do autor, entendimento contrário conduziria à aceitação da existência de filho sem direitos sucessórios, o que colide com o princípio constitucional da isonomia entre os filhos (artigo 227, § 6º, da Constituição Federal).[14]

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho afirma:

> Não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Além disso, não devem prevalecer as assertivas que privilegiam a suposta segurança no processo sucessório. (<www.esmape.com.br/downloads/mat_profa_mariarita/prof_maria_rita_7.doc->. Acesso em: 3/8/2019)

Maria Berenice Dias lembra que "a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade

entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido" (DIAS, 2013, p. 377). Aqueles que defendem a impossibilidade de se admitir direitos sucessórios ao ser não concebido fundamentam seu posicionamento no fato de somente estarem legitimados a suceder os nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, exatamente como dispõe o artigo 1798 do Código Civil.

Silvio Venosa afirma que os seres gerados a partir da inseminação após a morte do genitor não são considerados herdeiros, posto que somente podem ser considerados legitimados a suceder aqueles vivos ou concebidos quando da morte do de *cujus* (VENOSA, 2015, p. 57). Costuma-se apontar como solução para a sucessão do ser ainda não concebido as previsões legislativas referentes à sucessão testamentária destinada à prole eventual. Na verdade, o Código Civil permite a sucessão testamentária ao concepturo, ou seja, aquele que ainda não foi concebido (prole eventual) nos termos do artigo 1799, I, segundo o qual podem ser chamados a suceder na sucessão testametária "os filhos, **ainda não concebidos**, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão".

Ocorre que o legislador previu que os filhos ainda não concebidos devem ser de pessoas indicadas pelo testador, e que estas devem estar vivas ao abrir-se a sucessão. Por isso, parece não ser muito simples ampliar a letra da lei para possibilitar ao filho não concebido ser nomeado como "prole eventual" para receber herança do seu próprio pai.

De todo modo, essa tem sido a solução apontada pela doutrina que nega o direito à sucessão legítima ao ser ainda não concebido no momento da abertura da sucessão. Afirma-se a sucessão testamentária, desde que tenha havido disposição expressa em testamento versando sobre a vontade inequívoca do testador em contemplar o concepturo e que seja observado o prazo de dois anos, na forma do que dispõe o § 4º do artigo 1800 do Código Civil: "Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos".

No entanto, a solução apontada não parece eliminar o pro-

blema do tratamento diferenciado entre filhos, o que é vedado constitucionalmente (artigo 227, § 6º). Se a lei prevê a transmissão da herança aos herdeiros (artigo 1784 do Código Civil) ainda que não nascidos (artigo 1798 do Código Civil) e até aos que ainda não foram concebidos por outras pessoas que não o de *cujus* (artigo 1799, I, do Código Civil), não se justifica a exclusão do direito sucessório daquele que é concebido *post mortem*, mediante técnicas de reprodução assistida que vão permitir a realização de um projeto de parentalidade que se iniciou pela vontade manifesta também do autor da herança, quando ainda vivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além da falta de lei formal sobre as técnicas de reprodução assistida e sobre a proteção do ser humano embrionário, é possível afirmar que, no Brasil, a polêmica em torno dos direitos sucessórios do embrião decorre de algumas ordens de problemas: a) a escolha, pelo legislador civil (artigo 1597), das expressões amplas **fecundação artificial**, **concepção artificial**, seguidas de duas outras de significado ainda mais trabalhoso ao intérprete, que são: **embriões excedentários** e **a qualquer tempo**; b) a **presunção de concepção**, na constância do casamento, de filhos havidos mediante procedimentos de reprodução assistida realizados inclusive postumamente; c) a previsão do artigo 1798, no sentido de considerar legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, sem haver qualquer referência, exceção ou modulação quanto ao disposto no artigo 1597 e suas diferentes e amplas hipóteses de concepção mediante técnicas de reprodução assistida; d) o apego a categorias tradicionais (pessoa natural, nascituro, prole eventual) para tentar dar respostas a situações muito distantes da realidade que justificou a sua previsão na lei civil, bem assim, o embrião concebido e mantido em laboratório; e) a vulnerabilidade trazida pelo sonho de realizar, a qualquer custo, o projeto de parentalidade, o que permite que as pessoas "esqueçam" ou "não queiram saber" dos problemas que podem surgir e das consequências de se conceber e se man-

ter um ser humano em laboratório; e f) a frágil caracterização do embrião humano ora como "filho", ora como "material biológico" a ser descartado, dependendo do interesse que sobre ele possa recair.

Ao que tudo indica, os posicionamentos majoritários[15] são sobre a impossibilidade de o embrião receber herança legítima. Porém, esse entendimento não é pacífico, e se dá em razão de alguns doutrinadores entenderem que o embrião estaria em situação diferente em relação ao nascituro, não merecendo o mesmo tratamento jurídico. Sobre essa "diferença", importa lembrar que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, declarou constitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), ao entender que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida ou o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para os que entendem que é dada aos embriões a vocação hereditária, interessa verificar o contido no Enunciado 267-CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil: "A regra do artigo 1798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança".

No tocante aos seres ainda não concebidos, vem ganhando espaço a ideia de que é possível a sucessão testamentária, com reserva de bens, desde que exista disposição expressa em testamento versando sobre o assunto e que seja observado o prazo de dois anos previsto no § 4ºdo artigo 1800 do Código Civil: "Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos".

Saliente-se que essa é uma interpretação que se faz a partir da noção de prole eventual, e que não é bem adequada às situações em que o novo herdeiro a ser ainda concebido não será filho somente de "pessoa indicada pelo testador", mas dele próprio, também. E, sem dúvida, haverá desigualdade de tratamento entre os filhos do autor da herança (sucessores legítimos) se ao novo ser concebido *post mortem* só for permitida a sucessão testamentária. Como se vê, a questão ainda está longe de ser pacificada.

NOTAS

[1] Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

[2] MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**. Curitiba: Genesis, 1998, p. 36.

[3] SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta - aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 10.

[4] O anonimato dos doadores sempre foi recomendado pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina a respeito da Reprodução Humana Assistida. Menciona-se, também, a 'doação' de embriões, conforme se observa no item IV da Resolução CFM nº 2168/2017, atualmente em vigor.

[5] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da Reprodução Assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e Cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis*. Anais do **III Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 393.

[6] Por exemplo: Austrália, Canadá, Espanha, França, Inglaterra, Israel, Noruega, Nova Zelândia, Suécia e Venezuela, entre outros (MEIRELLES, Jussara, 1998, op.cit., p. 163-166).

[7] Art. 1601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

[8] Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

[9] Ver item 8.

[10] Art. 1799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. [...]

[11] Para demonstrar as seguidas reformas dos diplomas normativos sobre o tema nos últimos anos, observa-se: a reprodução humana assistida é, atualmente, disciplinada pela Resolução CFM nº 2168, de 21 de setembro de 2017 (D.O.U. de 10/11/2017), que revogou a Resolução nº 2121, de 16 de julho de 2015 (D.O.U. de 24/9/2015). Esta, por sua vez, havia revogado a de nº 2013, de 16 de abril de 2013 (D.O.U. de 9/5/2013) que já havia revogado a de nº 1957, de 15 de dezembro de 2010 (D.O.U. de 6/1/2011), esta última tendo revogado a Resolução CFM nº 1358, de 11 de novembro de 1992 (D.O.U. de 19/11/.1992), a primeira e mais longeva normativa ética, no Brasil, sobre reprodução assistida (18 anos de vigência).

[12] Tecendo considerações concernentes ao poder parental sobre o embrião conservado em laboratório, observou Gilda Nicolau (Le statut juridique de l'embryon congele. In: _____. **L'influence des progrés de la genetique sur le droit de la filiation**. Talence: Presses universitaires de Bordeaux, 1991, p. 303-304) que o desacordo do casal a respeito de uma eventual reimplantação pode caracterizar duas ordens de problemas:

a) a imposição de reimplantá-lo constituirá atentado à integridade psíquica da mulher e será até despicienda, se a gestante estiver autorizada legislativamente a optar pela interrupção da gravidez; e b) a recusa em procriar poderá constituir injúria grave em relação ao marido.

[13] Art. 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

[14] 'Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação'.

[15] Conforme Flávio Tartuce (<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/680174940/direito-de-familia-e-das-sucessoes-desafios-para-o-futuro>), no VIII Congresso Paulista de Direito de Família e das Sucessões do IBDFAM, realizado entre os dias 8 e 9 de novembro de 2018, na Associação dos Advogados de São Paulo, à indagação 'devem ser reconhecidos direitos sucessórios ao embrião, como sucessor legítimo?', respondeu positivamente o professor da UFPR Eroulths Cortiano Jr. A resposta negativa coube à professora Heloísa Helena Barboza, da UERJ. Houve ampla vitória da resposta do 'não', em cerca de 80%, concluindo o público que o embrião somente teria direitos sucessórios após a sua implantação e o seu nascimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. Disponível em: <www.esmape.com.br/downloads/mat_profa_mariarita/prof_maria_rita_7.doc->. Acesso em 3/8/2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. **Revista Forense**, n. 328, out./nov./dez.1994.

BRASIL. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/hpsenado>. Acesso em: 2/8/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JORNADAS de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em: 1º/8/2019.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**. Curitiba: Genesis, 1998.

_____. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família

e Cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis*. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 391-402.

NICOLAU, Gilda. Le statut juridique de l'embryon congele. In: _____. **L'influence des progrés de la genetique sur le droit de la filiation**. Talence: Presses Universitaires de Bordeaux, 1991.

OLIVEIRA, Antonio de Pádua Leopoldo de. Aspectos jurídicos da inseminação artificial. ln: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 577-591.

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta - aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TARTUCE, Flávio. **Direito de família e das sucessões:** desafios para o futuro. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/680174940/direito-de-familia-e-das-sucessoes-desafios-para-o-futuro>. Acesso em: 30/7/2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. vol. 7. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ARTIGOS

ALTERAÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA SOB O REGIME DE EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL

Liana Mara Vanin Kuklik Michielin

Consultora jurídica do Poder Judiciário do Paraná, especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional e pós-graduada pela Escola do Ministério Público do Paraná (Fempar).

RESUMO

A correta definição do regime de execução dos contratos administrativos de obras ou serviços de engenharia e o respeito às regras dele decorrentes é de crucial importância, pois tem impacto direto na formulação das propostas pelos licitantes, na condução do objeto contratado e na avaliação de eventuais alterações que se mostrem necessárias durante a execução do empreendimento. O presente artigo buscou, primeiramente, definir e diferenciar os principais regimes de execução utilizados nos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, fazer a correlação entre a escolha do regime e a importância da correta e detalhada especificação do objeto para, em seguida, avaliar os reflexos que os principais regimes de execução geram em relação a eventuais alterações contratuais que venham a ser necessárias no decorrer da realização do objeto, em especial no regime de empreitada por preço global, à luz do estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1977/2013 - Plenário, de 31/7/2013, da relatoria do Ministro Valmir Campelo. A partir de tal estudo se consolidou o entendimento de que, mesmo nos casos de empreitada por preço global, poderá, excepcionalmente, ser formalizado termo aditivo visando ao reestabelecimento da equação econômico-financeira do ajuste, nos casos em que for constatado erro no orçamento decorrente de variações substanciais nos quantitativos estimados pela Administração.

Palavras-chave: Contrato administrativo. Obras e serviços de engenharia. Regime de execução. Empreitada por preço global. Empreitada por preço unitário. Projeto básico. Erros de orçamento. Alterações contratuais.

ABSTRACT

The correct definition of the execution regime of the administrative contracts of engineering works or services and the respect to the resulting rules is of crucial importance, since it has a direct impact on the formulation of the bidders' proposals, on the conduction of the contracted object, as well as on the evaluation of any changes that may prove necessary during the execution of the project. The present article sought, first and foremost, to define and differentiate the main execution regimes used in the administrative contracts of engineering works and services, to make a correlation between the choice of the scheme and the importance of the correct and detailed specification of the object, and then to evaluate the consequences that the main implementing regimes generate in relation to possible contractual changes that may be necessary during the accomplishment of the object, in particular, in the fixed fee contracting regime, in the light of the study carried out by the General Accounting Office of the Judgment 1977/2013 - Plenary, from 7/31/2013, rapporteur of the Minister Valmir Campelo. From such research, it was consolidated the understanding that, even in the case of a contract for a fixed fee, an additive term may exceptionally be formalized aiming at the adjustment of the economic-financial equation reestablishment, in cases where an error in the budget is found. caused by substantial variations in the quantities estimated by the Management.

Keywords: Administrative contract. Engineering works and services. Implementation regime. Fixed fee contract. Piece-work contract. Basic project. Budget error. Contractual changes.

1. REGIMES DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei de Licitações (nº 8666/1993) prevê que a execução indireta dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia pode se dar sob quatro diferentes regimes de execução, a serem definidos de acordo com as especificidades do objeto contratado: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral. Dentre eles, os mais utilizados são a empreitada por preço global, quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total, e a empreitada por preço unitário, quando se contrata a execução da obra ou serviço por preço certo de unidades determinadas.

A diferença entre esses dois regimes reside, basicamente, na relação existente entre o binômio "encargo e remuneração"

estabelecido por meio do contrato (MENDES, 2007). O encargo diz respeito ao objeto: o que será executado, como será executado e quanto será executado. É a obrigação assumida pelo contratado. Já a remuneração é o valor devido pela execução do encargo tal como especificado pela Administração.

Na empreitada por preço global, o encargo pode ser previamente definido pela Administração, tanto em seu aspecto qualitativo quanto em seu aspecto quantitativo. Desse modo, cabe ao licitante oferecer preço certo e total para a execução completa do objeto. Encargo e remuneração são estabelecidos em sua totalidade já na formalização do contrato.

Diferentemente ocorre na empreitada por preço unitário. Tal regime se aplica para os casos em que a definição do objeto somente é possível no seu aspecto qualitativo, não sendo possível fixar antecipadamente sua dimensão (quantidade) exata (MENDES, 2011). Nesse caso, o preço correspondente será certo, porém fixado em razão de unidades de medida determinadas, e não total. A quantidade exata do encargo e a sua remuneração total somente serão conhecidas após a conclusão completa do objeto.

A forma de fiscalização e de medição utilizada pela Administração para se apurar o valor a ser pago pelos serviços prestados também é diferente a depender do regime de execução definido para a contratação. Nas empreitadas por preço unitário, a remuneração do contratado corresponde de maneira exata ao serviço prestado, uma vez que as medições são realizadas mediante a multiplicação das quantidades efetivamente executadas pelos seus respectivos preços unitários ofertados na licitação. Por exemplo: se forem executados serviços de pintura em 1100m^2 de área, será pago o valor correspondente a 1100m^2, mesmo que os projetos contenham previsão de apenas 1000m^2.

Nesse tipo de regime, durante a execução do contrato é que se definirá a quantidade exata do objeto e, consequentemente, o respectivo pagamento da obra ou dos serviços executados. As medições serão pagas na periodicidade prevista no cronograma, de acordo com o que for efetivamente executado. (BONATTO, 2012). Por esse motivo, a aferição dos quantitativos requer muito cuidado e precisão por parte da Administração, a fim de que as quantidades pagas correspondam exatamente às quanti-

dades executadas. "Logo, a equipe de fiscalização deve ser mais cuidadosa em seus trabalhos, visto que as medidas definirão o valor real do projeto" (SOUZA, 2016).

Já nas empreitadas por preço global, os serviços executados são medidos e remunerados de acordo com as etapas previamente definidas no cronograma físico-financeiro da obra (CARVALHO, 2013). As medições, por sua vez, são bem mais simples para a Administração, pois não demandam análise minuciosa quanto às quantidades dos materiais empregados. Têm por finalidade, apenas, verificar se o estágio em que se encontra a obra ou o serviço contratado se coaduna com a etapa prevista no cronograma físico-financeiro, não sendo necessário adentrar na análise dos quantitativos executados. Finalizada a respectiva fase, paga-se o valor previsto no contrato.

Executada, por exemplo, a etapa das fundações numa determinada obra, será pago o valor previsto, e assim sucessivamente, etapa por etapa, até a conclusão do objeto, de modo que o valor final pago corresponderá ao preço global ofertado pelo contratado na licitação. Como as medições não são feitas por unidades determinadas, mas por etapas, não há como aferir, com exatidão, as quantidades empregadas. Portanto, segundo entendimento majoritário, nos contratos por empreitada global, pequenas variações entre a realidade do canteiro da obra e as quantidades previstas na planilha orçamentária não serão corrigidas, devendo ser suportadas pelo particular. Conforme destacado pelo TCU:

> a planilha orçamentária da licitação para contratação de obra por empreitada global é apenas acessória, contendo quantitativos devidamente estimados e seus respectivos preços unitários para a formação do preço global estimado. Após a assinatura do contrato, não há o que se medir nem questionar os quantitativos e/ou preços unitários daquela planilha, pois nenhuma aferição/medição será feita com base nela. Importa, a partir de então, somente a medição das fases definidas no cronograma físico-financeiro do contrato (Acórdão 291/2016 - Plenário, de 17/2/2016, da relatoria da Ministra Ana Arraes).

Por isso a importância de se licitar um projeto básico completo e bem definido, e de se estimar corretamente as quantidades e os valores relativos ao empreendimento, a fim de que o

orçamento seja o mais preciso possível. Nesse sentido, o artigo 47 da Lei nº 8666/1993 exige que, nas empreitadas por preço global, a Administração forneça, obrigatoriamente, junto com o Edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam apresentar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação.

Como bem pontuado pela Advocacia Geral da União no Parecer Referencial nº 00044/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU[1], a empreitada por preço global baseada em projeto básico pouco detalhado proporciona dois grandes inconvenientes ao processo licitatório:

> i) dificulta a elaboração de propostas pelos licitantes e, consequentemente, ii) induz os competidores a apresentarem propostas supervalorizadas. Além disso, na fase de execução contratual, um projeto básico inconsistente exige sua retificação, com a consequente readequação das cláusulas financeiras ou mesmo a anulação do contrato.

Sobre o assunto, Renato Geraldo Mendes defende que, "se a ideia é impor um regime de execução por preço global para o encargo definido, será necessário quantificar todos os insumos, os materiais, as atividades e os serviços, nos exatos termos do artigo 47 da Lei nº 8666/1993". Somente nos casos em que isso não for possível é que a Administração poderá lançar mão do regime de empreitada por preço unitário (MENDES, 2013). A finalidade da norma é garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que a equivalência entre a remuneração e o encargo deverá ser mantida durante toda a execução contratual.

De acordo com estudo realizado pelo TCU, examinado no Acórdão nº 1977/2013 - Plenário, de 31/7/2013, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, a escolha do regime de execução do contrato administrativo deverá levar em conta as características da obra a ser licitada. Assim, o regime de empreitada por preço global deverá ser adotado sempre que for possível estimar, de antemão e com precisão, o encargo integral do particular; e o de empreitada por preço unitário, nos casos em que a Administração, ao licitar o empreendimento, não tenha condições técnicas de aferir, com precisão, todos os elementos quan-

titativos envolvidos na execução do escopo, impossibilitando as licitantes de apresentar propostas por preço certo e total.

É o caso do exemplo dado no item 19 do supramencionado Acórdão, relativamente às contratações para reforma de edificações:

> Não há como prever o exato estado das tubulações no interior dos pisos e paredes antes de demoli-las. Em restaurações de prédios históricos, igualmente tortuoso identificar, com antecedência, a perfeita qualidade de pisos, portas, esquadrias e janelas a serem totalmente substituídos e quais serão recuperados. Obras urbanas, que intuam interferências diversas, possuirão a mesma peculiaridade. Alguns tipos de fundações, principalmente as cravadas, também. Recuperações estruturais e manutenção rodoviária são outro exemplo. Existe uma gama de outras situações.

Por esse motivo, o TCU recomenda que, nos empreendimentos eivados de imprecisão congênita, a Administração se utilize da empreitada por preço unitário, pelas características próprias do sistema de medição, a fim de se conferir maior segurança aos licitantes, quando da oferta de preços, e à Administração, quanto à certeza na finalização do objeto.

Nesse aspecto, Antônio Jorge Leitão faz importante ressalva no sentido de que não se pode interpretar que projetos mal elaborados e incompletos sejam tratados pelo regime de preço unitário:

> Projetos com essa qualidade não devem ser licitados, é o que preconiza o TCU em recorrentes acórdãos, com sanções pesadas aos responsáveis, notadamente a quem elaborou o projeto. A imprecisão nos quantitativos deve estar relacionada à característica da obra, e não a uma deficiência de projeto (LEITÃO, 2014).

Vide Acórdãos TCU-Plenário nº 302/2016, de 17/2/2016, e nº 725/2016, de 30/3/2016, respectivamente, ambos de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer:

> A realização de licitação com base em projeto básico deficiente, impreciso e que não contempla todos os elementos necessários e

> suficientes para bem caracterizar e orçar a totalidade da obra constitui falha grave ensejadora de aplicação de multa aos responsáveis.
>
> A realização de licitação, a assinatura de contrato e o início de obras com adoção de projeto básico deficiente, sem os elementos exigidos em lei, por si só caracteriza irregularidade grave passível de aplicação de multa aos responsáveis.

A escolha do regime de execução, portanto, deve ser pautada em critérios técnicos, e não na discricionariedade do agente público, bem como a partir de um projeto básico claro e completo, pois impactará de forma decisiva nas relações entre contratante e contratado, em especial na equação econômico-financeira do contrato.

Tal conduta permite que seja estabelecida a necessária equivalência entre os encargos do executor e a remuneração devida pelos serviços, de forma que o contratado terá plenas condições, de antemão, de aferir todas as obrigações que terá de assumir com a execução do objeto para, então, definir o preço correspondente. Renato Geraldo Mendes explica com clareza essa relação:

> O encargo representa o conjunto de obrigações decorrentes do planejamento definido pela Administração e que deve ser cumprido pelo futuro contratado. Para conhecer o encargo representativo de uma determinada contratação, basta analisar os termos do edital, instrumento no qual é materializado o encargo. [...] Se a Administração pretende que o contratado atenda a uma determinada condição ou exigência, terá de incluí-la no edital, sob pena de não integrar o encargo contratual. Assim, caso a Administração deseje que o contratado atenda a uma exigência não prevista no edital, ou não integrante do encargo licitado, terá de promover uma alteração contratual e pagar a referida obrigação separadamente. Daí a ideia de acréscimo ou alteração contratual (MENDES, 2013).

Dessa forma, somente será possível imputar ao contratado os riscos pela execução do objeto licitado se for a ele permitido conhecer previamente esses riscos e formular sua proposta ciente de todas as consequências possivelmente advindas da contratação.

2. QUANDO ALTERAR O CONTRATO É MEDIDA NECESSÁRIA

Fixadas as premissas descritas anteriormente, passa-se à análise dos reflexos que as duas espécies principais de regime de execução geram em relação a eventuais alterações contratuais que venham a ser necessárias no decorrer do empreendimento, especialmente no regime de empreitada por preço global.

A Lei de Licitações, ao definir as hipóteses que autorizam a formalização de alterações contratuais, não faz diferenciação a depender do regime de execução contratado. Assim, seja empreitada global ou unitária, alterações de projeto ou especificações realizadas por ato unilateral da Administração ou a eventual necessidade de modificação do valor contratual por acréscimo ou supressão quantitativa do objeto, devidamente justificados, autorizam a formalização de termo aditivo, conforme o artigo 65, e o respectivo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ressalte-se que a justificativa para a formalização de aditivos, em ambos os regimes ora analisados, deve ser, em regra, fundamentada em fatos supervenientes, como orienta o Tribunal de Contas da União em recentes julgados:

> Os acréscimos de serviços a contrato, conquanto justificados e realizados dentro dos limites legais, devem ser precedidos da demonstração de que a situação ensejadora das alterações não poderia ter sido constatada na época da contratação (Acórdão 1134/2017 - Plenário, de 31/5/2017, da relatoria do Ministro Augusto Sherman).
>
> As alterações contratuais devem estar embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, nos quais reste caracterizada a superveniência dos fatos motivadores das alterações em relação à época da licitação (Acórdão 170/2018 - Plenário, de 31/1/2018, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler).
>
> As alterações do objeto contratado devem ser precedidas de procedimento administrativo no qual fique registrada a justificativa das alterações tidas por necessárias, embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, bem como restar caracterizada a natureza superveniente, em relação ao momento da licitação, dos fatos ensejadores

> das alterações. Ademais, a justificativa técnica para o aditamento contratual deve ainda contemplar a análise dos quantitativos e dos valores dos serviços aditados, inclusive com pesquisas de mercado para justificar a economicidade do termo de aditamento contratual (Acórdão 3053/2016 - Plenário, de 30/11/2016, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler).

Tal regra, contudo, não impede que sejam formalizados, excepcionalmente, aditivos contratuais visando a corrigir erros ou omissões preexistentes, detectados no projeto básico ou na planilha de custos durante a execução do contrato. Muito embora o erro não constitua fato superveniente, não é razoável invocá-lo para impedir que sejam feitas alterações contratuais indispensáveis à plena satisfação da necessidade administrativa que as fundamentou ou ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (MENDES, 2016).

É nesses casos que a questão ganha relevo e gera discussões.

Não há maiores implicações quando se está diante de contrato sob o regime de empreitada por preço unitário, pois, nesse caso, a execução da obra ou do serviço é contratada por preço certo de unidades determinadas, e o contratado receberá de acordo com o que efetivamente foi executado. Sendo necessária a revisão de quantidades, prevalecerão as quantidades reais, devendo haver acréscimo ou supressão conforme tenham sido estimadas a maior ou a menor.

Entretanto, discute-se, nos contratos sob o regime por preço global, se eventuais variações de quantidades verificadas durante a execução da obra ou do serviço justificam a formalização de aditivos, uma vez que as medições são realizadas por etapas, e o preço ofertado pelo contratado é certo e total.

A tendência de parte da doutrina e dos órgãos de controle é a de se transferir ao particular o risco quanto a eventuais divergências de quantidades encontradas no orçamento ou nos projetos, em se tratando de empreitada global. Assim, tanto no caso de sub como de superdimensionamento de itens, o pagamento deverá ser feito de acordo com o valor previsto para a respectiva etapa, não sendo, em regra, corrigida eventual discrepância, nem para mais, nem para menos.

Para o professor Hamilton Bonatto, cabe à licitante, ao participar da licitação em que o contrato seja em regime de empreitada global, apresentar sua proposta de preço com base no projeto fornecido pela Administração, uma vez que a planilha de quantidades e serviços deve ser meramente orientativa, "devendo a contratada, desde o momento da efetivação de sua proposta no procedimento licitatório até a execução do objeto, tomar por base o projeto constante nos anexos do instrumento convocatório". Como as medições são feitas por etapas, não haverá, em regra, revisão de quantidades, e por isso "não poderá a contratada reivindicar variações entre as quantidades reais e aquelas previstas na planilha de serviços e no cronograma físico-financeiro" (BONATTO, 2012).

Outro fundamento para os que defendem tal posicionamento reside no dever de o licitante conferir os projetos e orçamentos disponibilizados na licitação a fim de que sua proposta global inclua eventuais diferenças verificadas, podendo, ainda, impugnar o Edital para que sejam feitas as devidas correções pela Administração.

Nos termos destacados pelo TCU em auditoria realizada em contrato sob regime de empreitada global[2], espera-se que os licitantes detenham, no seu ramo de atuação, expertise suficiente para identificar eventuais falhas no projeto básico, inclusive no que se refere aos quantitativos da planilha orçamentária. Quando a incorreção do projeto se referir a erro que poderia ser detectado pelo licitante, este deverá arcar com eventuais omissões e vícios encontrados na planilha orçamentária da licitação, ou ainda diferenças entre os quantitativos reais e os de projeto, necessários para a consecução do objeto. "Na empreitada por preço global há uma transferência de risco ao licitante, que pode se beneficiar ou ter de arcar com as discrepâncias entre os quantitativos previstos e os efetivamente executados" (TORRES, 2018).

Há, contudo, entendimento diverso no sentido de que, mesmo nos contratos de empreitada por preço global, não se pode atribuir ao particular o ônus de arcar com erros/omissões nos quantitativos. Segundo Joel de Menezes Niebuhr, não é razoável atribuir aos interessados em participar de licitação pública a obrigação de refazer o projeto básico. "É a Administração

Pública quem elabora o projeto básico e, por corolário, ela é responsável por ele. A empreitada por preço global não desonera a Administração, não transfere a responsabilidade aos licitantes".

Completa o autor que, na empreitada por preço global, o preço é certo e total, porém certo e total de acordo com o encargo definido pela Administração no projeto básico. "Em nenhuma passagem a Lei nº 8666/1993 prescreve que o contratado deve ser responsabilizado por defeitos e incorreções do projeto básico elaborado pela Administração" (NIEBUHR, 2011). Nessa mesma linha, Renato Geraldo Mendes leciona:

> A remuneração do licitante deve se limitar a traduzir a expressão econômica do encargo definido no Edital. O que for necessário, além disso, deve ser compensado pelo instituto do acréscimo quantitativo, quando o regime for o de empreitada por preço global. Não há outro meio de assegurar igualdade e justiça para a contratação pública senão dessa forma (MENDES, 2007).

Não obstante a importância desse entendimento, a primeira corrente é a que tem prevalecido, não havendo, em regra, revisão de quantidades por erros ou divergências na planilha orçamentária, devendo o empreiteiro entregar o objeto concluído e em perfeitas condições, pelo preço total ofertado na licitação.

Essa posição, no entanto, somente se mostra razoável quando os erros detectados forem de pequena monta, ou seja, nos casos em que o contrato seja baseado em projetos suficientemente detalhados, com todos os elementos e informações necessários à completa execução do objeto, além da estimativa correta quanto às quantidades e valores, nos termos do que preconiza o artigo 47 da Lei nº 8666/1993, de modo que eventuais imprecisões possam ser assumidas pelo particular sem maiores prejuízos.

Caso baseada em projeto deficiente, a empreitada por preço global poderá provocar desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato quando, por exemplo, forem constatados erros no orçamento ou divergências quantitativas de relevância.

Isso porque, constatada importante subestimativa de itens, o contratado não será remunerado pelo que efetivamente executou, uma vez que os riscos de entregar a totalidade do objeto pelo preço global ofertado serão a ele imputados, o que pode configurar enriquecimento sem causa da Administração. Da mesma forma, havendo quantitativos superestimados no orçamento, a Administração ficará impedida de efetuar as supressões correspondentes, sendo obrigada a pagar por serviços que não foram executados.

Em vista disso, buscando minimizar os desequilíbrios causados por eventuais distorções relevantes do orçamento, sanear o vício dos projetos, bem como evitar o enriquecimento sem causa de quaisquer das partes, tem-se admitido, pelos órgãos de controle, excepcionalmente, a revisão do contrato, mediante a formalização de termos aditivos, visando a restabelecer a equação econômico-financeira da avença nos casos em que, por erro ou omissão no orçamento, houver subestimativas ou superestimativas relevantes nos quantitativos da planilha orçamentária.

Tal solução foi estabelecida a partir do estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União, constante do Acórdão nº 1977/2013 - Plenário supramencionado, que buscou fixar diretrizes para a utilização do regime de empreitada por preço global e formalização de aditivos, estabelecendo as seguintes orientações:

> a) Para os casos em que forem constatados, após a assinatura do contrato, erros ou omissões no orçamento, relativos a pequenas variações quantitativas nos serviços contratados, em regra, pelo fato de o objeto ter sido contratado por preço certo e total, não se mostra adequada a prolação de termo aditivo, conforme ideal estabelecido no artigo 6º, VIII, "a", da Lei nº 8666/1993, como ainda na cláusula de expressa concordância do contratado com o projeto básico, prevista no artigo 13, II, do Decreto nº 7983/2013.
>
> b) Excepcionalmente, de maneira a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes, como também para garantia do valor fundamental da melhor proposta e da isonomia, caso, por erro ou omissão no orçamento, se encontrarem subestimativas ou superestimativas relevan-

tes nos quantitativos da planilha orçamentária, poderão ser ajustados termos aditivos para restabelecer a equação econômico-financeira da avença, situação em que se tomarão os seguintes cuidados:

b.1) observar se a alteração contratual decorrente não supera o estabelecido no artigo 13, II, do Decreto nº 7983/2013[3], cumulativamente com o respeito aos limites previstos nos §§1º e 2º do artigo 65 da Lei nº 8666/1993, estes últimos relativos a todos os acréscimos e supressões contratuais;

b.2) examinar se a modificação do ajuste não ensejará a ocorrência do "jogo de planilhas", com redução injustificada do desconto inicialmente ofertado em relação ao preço base da licitação no ato da assinatura do contrato, em prol do que estabelece o artigo 14 do Decreto nº 7983/2013[4], como também no artigo 37, XXI, da Constituição Federal;

b.3) avaliar se a correção de quantitativos, bem como a inclusão de serviço omitido, não está compensada por distorções em outros itens contratuais que tornem o valor global da avença compatível com o de mercado;

b.4) verificar, nas superestimativas relevantes que redundarem no eventual pagamento do objeto acima do preço de mercado e, consequentemente, em um superfaturamento, se houve retificação do acordo mediante termo aditivo, em prol do princípio guardado no artigo 3º, *caput*, c/c artigo 6º, IX, "f", artigo 15, § 6º, e artigo 43, IV, todos da Lei nº 8666/1993;

b.5) verificar, nas subestimativas relevantes, em cada caso concreto, o equilíbrio na prolação do termo aditivo firmado, considerando a envergadura do erro em relação ao valor global da avença, em comparação com o que seria exigível incluir como risco/contingência no BDI para o regime de empreitada global, como também a exigibilidade de identificação prévia da falha pelas licitantes – atenuada pelo erro cometido pela própria Administração –, à luz, ainda, dos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa, da isonomia, da vinculação ao instru-

> mento convocatório, do dever de licitar, da autotutela, da proporcionalidade, da economicidade, da moralidade, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e do interesse público primário;

Além de tais orientações, o TCU ainda sugere a opção de se estabelecer, objetiva e previamente pela Administração, nos editais de licitações, cláusula definindo o que será objeto de aditamento durante a execução do contrato, bem como o que será considerado subestimativa ou superestimativa relevante, a partir, por exemplo, do estabelecimento de percentuais de tolerância quantitativa admitida em cada item do orçamento que torne descabida a celebração de aditivo, e, ainda, a necessidade de que a imprecisão se refira a serviço materialmente relevante do empreendimento (avaliado de acordo com a metodologia ABC), em prestígio ao princípio da segurança jurídica.

3. A SOLUÇÃO ESTABELECIDA NO ACÓRDÃO Nº 1977/2013-TCU

O Acórdão nº 1977/2013, do Tribunal de Contas da União, propõe uma solução eficiente, que garante maior segurança tanto para particulares, que apresentarão suas propostas certos de todos os encargos que terão de assumir com a formalização do contrato, quanto para os gestores e fiscais, que poderão analisar objetivamente eventuais incongruências verificadas nos projetos. Tal solução possibilita, ainda, maior agilidade na condução do empreendimento, evitando constantes paralisações para análise de planilhas, recálculo de valores, revisão de quantitativos, elaboração de pareceres e estudos, etc.

O entendimento estabelecido no Acórdão referido antes vem sendo aplicado paulatinamente pelo TCU, conforme se verifica nas decisões abaixo transcritas:

> Em contratos executados mediante o regime de empreitada por preço global, excepcionalmente podem ser ajustados termos aditivos nos casos em que, por erro da Administração, houver subestimativas ou

> superestimativas relevantes nos quantitativos do orçamento-base da licitação, desde que observados os critérios definidos no Acórdão 1977/2013 Plenário (Acórdão 291/2016 - Plenário - Auditoria, relatora Ministra Ana Arraes).
>
> Contrato Administrativo. Aditivo. Requisito. Empreitada integral. Quantidade. No regime de execução por empreitada integral, pequenas variações quantitativas nos serviços contratados, regra geral, não ensejam aditivo, haja vista que, nesse regime, não se espera que o fiscal realize avaliações meticulosas e individuais de quantidades. Excepcionalmente, com o intuito de evitar o enriquecimento ilícito de qualquer das partes, alterações relevantes podem ensejar a assinatura de aditivo (Acórdão 211/2018 - Plenário - Representação, relator Ministro Bruno Dantas).
>
> Em contratação sob o regime de empreitada integral, a celebração de aditivo contratual somente é admitida sob condições especiais, decorrentes de fatos imprevisíveis. Eventuais imprecisões no projeto básico não são motivo para correção por meio de aditivo, porquanto constituem riscos que se inserem na álea contratual ordinária, os quais são assumidos pelo contratado. (Acórdão 1194/2018 - Plenário, de 23/5/2018, relator Augusto Sherman).

As diretrizes apresentadas contribuem sobremaneira para a solução dos casos em que, no decorrer da execução contratual, são verificados erros relevantes no orçamento realizado pela Administração, garantindo, dessa forma, que seja corrigido o vício e mantido o equilíbrio da avença.

A manutenção do equilíbrio econômico do contrato é direito garantido às partes pela lei e pela própria Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, e deve ser respeitada independentemente do regime de execução estabelecido.

Contudo, é importante salientar que a formalização de aditivos decorrentes de divergências quantitativas nos contratos de empreitada por preço global é medida excepcional, utilizada somente para os casos em que for constatado real desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato.

A empreitada por preço global não deve ser utilizada com o fim de eximir a Administração da responsabilidade pela correta definição do objeto licitado, incumbindo ao particular arcar com todos os riscos do empreendimento. Seja qual for o regime de execução, cabe à Administração detalhar com preci-

são os encargos a serem assumidos, apurando todos os fatores que possam, de algum modo, influenciar na execução do futuro contrato.

O que se verifica, infelizmente, é que muitas vezes a exceção tem se tornado regra, e os contratos sob o regime de empreitada global têm sido desnaturados ao longo de sua execução, transformando-se em verdadeiras empreitadas por preço unitário, já que os erros reiteradamente constatados nos projetos básicos levam à constante necessidade de alterações contratuais.

A ineficiência da Administração Pública na condução dos procedimentos licitatórios, em especial na fase interna do certame, aliada à má qualidade dos projetos licitados, leva, inexoravelmente, ao desequilíbrio do contrato e à recorrente formalização de aditivos como medida corretiva de distorções que poderiam ter sido evitadas caso houvesse maior controle, planejamento e eficácia na atuação administrativa.

Não se está condenando a ocorrência eventual de falhas na elaboração do projeto básico. Alerta-se, porém, sobre a importância do planejamento, dos devidos estudos e conferências e da correta e detalhada definição do que se pretende contratar, tendo em vista os reflexos que tais medidas terão ao longo de toda execução contratual, em especial, nos contratos de empreitada global.

NOTAS

[1] Disponível no código 99012219 do endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais - Signatário (a): Jamille Coutinho Costa. Data e Hora: 21/12/2017, 13h13 - Número de Série: 13813667 - Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

[2] Acórdão 291/2016 - Plenário, de 17/2/2016, da relatoria da Ministra Ana Arraes.

[3] 'Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços: [...] II - deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação, e as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato, computando-se esse percentual para verificação do limite previsto no § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993'.

[4] 'Art. 14. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária'.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONATTO. Hamilton. **Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

CARVALHO, Juliane Erthal de. **Empreitada por preço global:** a uniformização de entendimento do TCU. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 79, setembro de 2013. Disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=79&artigo=1086>. Acesso em: 1º/11/2016.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos:** casos e polêmicas. São Paulo: Malheiros, 2018.

LEITÃO. Antonio Jorge. Preço global x preço unitário. **Revista Zênite:** informativo de licitações e contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 248, out. 2014.

MENDES, Renato Geraldo. Os regimes de empreitada na Lei 8.666/93. **Revista Zênite:** informativo de licitações e contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 166, p. 1252, dez. 2007.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de licitações e contratos anotada:** notas e comentários à Lei 8.666/93. Coordenador: Renato Geraldo Mendes. Curitiba: Zênite, 2013.

MENDES, Renato Geraldo. Como reduzir os aditivos contratuais permitindo acréscimos ilimitados? Uma solução simples para um grande problema. **Revista Zênite:** informativo de licitações e contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 264, p. 130-141, fev. 2016.

NIEBUR, Joel de Menezes. Alteração de contratos firmados sob o regime de empreitada por preço global e repercussões do art. 127 da Lei nº 12.309/10. **Revista Zênite:** informativo de licitações e contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 206, p. 367, abr.2011.

SOUZA, Leonardo Baes Lino de. Admissibilidade de aditivos em contratos de obras públicas executados por empreitada por preço global na ótica do Tribunal de Contas da União. **Revista Zênite:** informativo de licitações e contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 265, p. 258-267, mar. 2016.

TORRES. Ronny Charles Lopes de. **Lei de licitações públicas comentada**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

FASE DE LANCES: UMA BREVE DISCUSSÃO SOBRE TEMPO ALEATÓRIO E TEMPO DE PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA NO PREGÃO ELETRÔNICO

Sandra Aparecida Pael Ribas

Consultora jurídica e pregoeira do Tribunal de Justiça do Paraná.

RESUMO

O pregão é uma modalidade de licitação pública com lances, que visa à redução do preço estimado pelo órgão público e pode ser executado de duas maneiras: presencial e eletrônica. Atualmente, o encerramento da fase de lances, previsto na legislação para o pregão eletrônico, se dá pelo tempo randômico, que pode variar, conforme determinação do sistema e sem interferência humana, de um segundo a trinta minutos. O presente artigo tem como objetivo a discussão a respeito da utilidade dos benefícios e da economia para o órgão público na utilização, para a fase de lances, do tempo de prorrogação automática, em substituição ao tempo randômico, como já vem sendo empregado no Estado de São Paulo. Tal modelo consiste na prorrogação automática do prazo a cada novo lance realizado. Essa prorrogação ocorre de maneira sucessiva até que os interessados em contratar com a administração esgotem as suas possibilidades e parem de registrar lances.

Palavras-chave: Licitação. Pregão eletrônico. Fase de lances. Tempo randômico. Tempo de prorrogação automática. Economia.

ABSTRACT

A trading session is a public bidding modality that aims to reduce the price estimated by the public agency and can be executed in two ways: face-to-face and electronic. Currently, the closing of the bidding phase, as provided for by law, for electronic trading, is due to the random time that may vary, as determined by the system and without human interference, from one second to thirty minutes. This article aims to discuss the utility, benefits and economy for the public agency in the use, for the bidding phase, of automatic extension time, instead of random time, as it has been used in the State of São Paulo.

Such model consists in the automatic extension of the deadline with each new bid made. This extension occurs successively until those interested in contracting with management run out of possibilities and stop bidding.

Keywords: Bidding. Electronic trading floor. Bidding phase. Random Time. Automatic overtime. Economy.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar os benefícios da utilização do tempo de prorrogação automática na fase de lances do pregão eletrônico das licitações públicas, notadamente com a atualização prevista no Decreto Federal nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, que trata do pregão. Atualmente, o tempo randômico é o mais utilizado pela Administração Pública para o encerramento dos lances no pregão eletrônico, com exceção, por exemplo, do Estado de São Paulo, que vem empregando, há bastante tempo, o tempo de prorrogação automática. Os demais órgãos públicos, especialmente aqueles que fazem uso do website *Comprasnet*, instituído para a realização de processos eletrônicos de aquisição, utilizam o tempo randômico regulamentado pela União.

Apesar de o tempo randômico, que pode durar de 1 segundo a 30 minutos, ser o mais utilizado e ter trazido muitas vantagens para a licitação pública em termos de economia, apresenta um sério problema que pode prejudicar a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, que é a possibilidade de o sistema determinar a duração da fase de lances de um processo licitatório em apenas alguns poucos segundos, afastando os lances dos licitantes que ainda não tenham conseguido ofertar o seu melhor preço, bem como beneficiando o uso de robôs por empresas mais estruturadas.

Como solução para esse problema, apresenta-se neste estudo o tempo de prorrogação automática como forma de condução e encerramento da fase de lances. Em termos gerais, tem um funcionamento muito parecido com o pregão presencial, no qual a fase de lances somente é finalizada quando os licitantes

já ofertaram o seu melhor valor, proporcionando, assim, maior economia para a Administração Pública e dando maior efetividade ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa.

Além disso, apresenta a vantagem de aumentar a competitividade, preservando a isonomia entre os licitantes, visto que o uso de robô para efetuar lances perde o sentido, uma vez que a cada lance dado pelo robô o tempo é prorrogado automaticamente para todos os concorrentes.

2. TEMPO RANDÔMICO, UMA SOLUÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO

A criação do pregão presencial e eletrônico, pela Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, foi uma revolução para as licitações públicas, trazendo economia e celeridade aos processos, com a inversão de fases e com a inclusão da etapa de lances finalizada com negociação realizada pelo pregoeiro. Essa medida provisória foi convertida na Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2002, que trouxe as regras para a utilização do pregão, prevendo a realização do eletrônico por meio de recursos de tecnologia da informação, deixando sua regulamentação para o Decreto.

Em nível federal, o pregão eletrônico foi regulamentado inicialmente pelo Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, que trouxe o tempo randômico para a realização da etapa de lances do pregão eletrônico. O Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, veio para regulamentar o § 1º do artigo 2º da Lei nº 10.520/2002, e substituiu o Decreto 3.697/2000.

A exemplo da União, os Estados também passaram a utilizar o tempo randômico para a realização dos pregões eletrônicos, notadamente após a edição da Lei Federal nº 10.520, de 17 de junho de 2002, originária da Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001. No Paraná, a Lei Estadual nº 15.608, de 16 de agosto de 2007, que "estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado [...]", trouxe as regras de aplicação do tempo randô-

mico para o pregão eletrônico. Referido diploma legal, por opção do legislador, regulamentou em seu corpo todo o procedimento do pregão, tanto presencial quanto eletrônico, definindo todas as regras do encerramento da fase de lances do pregão eletrônico pelo tempo randômico, a exemplo do que fez o decreto em nível federal.

A redação do artigo 63, §§ 6º e 7º, da lei paranaense, é idêntica à dos mesmos parágrafos do artigo 24 do Decreto Federal nº 5.450/2005. A conferir:

> **Lei Estadual nº 15.608/2007**
> Art. 63 [...]
> § 6º. A etapa de lances da sessão pública será encerrada por decisão do pregoeiro.
> § 7º. O sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances.
>
> **Decreto nº 5.450/2005**
> Art. 24 [...]
> § 6º A etapa de lances da sessão pública será encerrada por decisão do pregoeiro.
> § 7º O sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances.

Consoante as normas acima, há, antes do tempo randômico, um tempo de lances que pode ser estipulado pelo pregoeiro, sem limitação de ordem temporal, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Após esse tempo, o pregoeiro aciona o randômico, que é comandado pelo sistema eletrônico que, aleatoriamente, fixa o tempo de duração da etapa de lances em até trinta minutos. Mesmo antes de o pregoeiro fixar o seu tempo de lances, os licitantes, ao entrarem na sala de disputa, já podem efetuar lances, reduzindo seus preços. Portanto, na atual sistemática, a disputa pelo melhor preço no pregão eletrônico pode ocorrer em três tempos: inicial, com a entrada dos licitantes na sala de lances, fixado pelo pregoeiro, e o aleatório, que é comandado pelo sistema eletrônico, após ser acionado pelo pregoeiro.

3. FRAGILIDADES DO TEMPO RANDÔMICO

Como visto acima, os licitantes têm três oportunidades para ofertar o seu melhor preço.

Nesse tempo destinado aos lances, o pregoeiro tem um papel muito importante, que é estimular os licitantes a oferecer suas melhores propostas. Essa atividade do pregoeiro perdura também durante o tempo aleatório.

Note-se que as oportunidades de lances são grandes, e os licitantes teriam como esgotar suas possibilidades de redução de preços, propiciando que a Administração obtivesse o resultado desejado, que é a proposta mais vantajosa. No entanto, se o licitante deixar suas melhores ofertas para o tempo randômico, poderá perder a chance de oferecer o seu melhor preço devido ao repentino encerramento do tempo. Isso também frustra o objetivo da Administração, que é obter o melhor valor.

Numa breve busca pela internet, encontram-se blogs que orientam os licitantes a não dar lances na primeira fase com tempo fixo determinado pelo pregoeiro, deixando a melhor oferta para o tempo aleatório:

> Erro: Dar lance na primeira fase. Não dê lances o tempo todo! Os lances são efetuados em duas etapas, a primeira com tempo fixo determinado pelo pregoeiro, geralmente 5 ou 10 minutos (depende muito do portal da licitação na qual está acontecendo o pregão).[1]
>
> Espere o encerramento aleatório, não tenha pressa. Não adianta dar lances em uma licitação desde o momento em que o pregoeiro deseja bom dia. Tal atitude apenas encorajará os concorrentes a encaminharem seus lances cada vez mais cedo, diminuindo o valor final do contrato drasticamente.[2]

Se os licitantes seguirem essas práticas, o tempo randômico deixará de ser vantajoso na busca da melhor proposta, fragilizando o sistema da fase de lances – e, consequentemente, o certame como um todo –, dada a grande importância dessa etapa, pois é na fase de lances que efetivamente se desenrola a concorrência entre os participantes.

Corroborando que a postergação dos lances para o tempo randômico pode comprometer e fragilizar o certame, representante da Bolsa Eletrônica de Compras (BEC), de São Paulo, destacou, em palestra proferida no 13º Congresso de Pregoeiros, realizado em Foz do Iguaçu (Paraná) em 2018, que a escolha do tempo de prorrogação automática, em substituição ao randômico, se deu porque foi verificado que os fornecedores guardavam seus menores lances para o "fim", e que em muitos casos deixavam de registrar esse lance, fazendo com que a Administração contratasse itens por valores que não eram, necessariamente, os menores. Em alguns casos, a Administração optava por cancelar o procedimento e realizar outro, a fim de obter melhores resultados, acarretando mais custos de processo para o Estado.

Percebe-se que esse tipo de comportamento, em que os participantes aguardam o tempo randômico para iniciar a disputa com a oferta de lances, propicia que o objeto seja arrematado pelo licitante que tiver a sorte de ter postado o último lance antes do encerramento do tempo aleatório, e não por aquele que, de fato, pretendia reduzir o seu preço. A situação pode ainda ser mais grave, notadamente para a Administração, quando o tempo randômico, determinado pelo sistema, ficar limitado a poucos segundos de duração. Isso prejudicará a obtenção da melhor proposta pelo órgão público, bem como prejudicará o licitante que ainda teria condições e desejo de reduzir seus preços para conseguir a contratação.

Contudo, a interrupção abrupta da disputa acirrada entre os licitantes, causada pelo tempo randômico extremamente curto, pode ser amenizada com negociação a ser realizada pelo pregoeiro, logo após o encerramento da fase de lances, com o vencedor do certame, visando à obtenção da melhor proposta, conforme previsto no § 8º do artigo 63 da lei paranaense:

> **Lei 15.608/2007**
> Art. 63 [...]
> § 8º. Após o encerramento da etapa de lances da sessão pública, o pregoeiro poderá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital.

Embora possa acontecer redução de preço nessa etapa de negociação, ela fica limitada à boa vontade do vencedor, restringindo as possibilidades da Administração de conseguir o melhor preço. Outro problema verificado no tempo aleatório é a utilização de robôs que realizam os lances em substituição ao licitante. O robô é um componente de software desenvolvido para automatizar o envio de lances pelo fornecedor em um pregão, sem que o licitante precise navegar e acompanhar o processo. Consoante notícia veiculada no site do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, observa-se:

> Os robôs estão cada vez mais modernos e completos; e oferecem soluções para mascarar seu uso ou burlar as proteções criadas pelos sistemas eletrônicos, como a inserção automática do código gerado entre os lances para enganar o sistema de 'captcha'; o início da sua operação apenas na fase final de tempo randômico ou aleatório de lances; e a configuração de faixa de desconto com variação aleatória do valor da redução, mascarando a criação de um padrão idêntico de desconto, com variação de alguns centavos de reais para mais ou menos. O website de uma das empresas que comercializam softwares de lance automático divulga, inclusive, que o sistema admite que o usuário faça lances manuais; que escolha o momento de início de operação do robô - apenas na fase final de tempo randômico, por exemplo -; e que estabeleça uma faixa aleatória de desconto de modo a evitar que se repita um padrão idêntico de redução.[3]

Essa prática afeta a isonomia, inibe a obtenção de qualquer vantagem econômica para a Administração e prejudica a consecução da proposta mais vantajosa, como entendeu o relator do Acórdão do Pleno do TCE/PR nº 2276/18, que determinou a anulação de certame:

> **Ementa:** Representação da Lei nº 8.666/1993. Pregão Eletrônico. Uso de software robô. Apresentação de lances em menos de um segundo. Procedência. Determinação de anulação da sessão de lances e repetição do ato e de adoção de critérios para coibir o uso de software robô de lances automáticos em seus certames licitatórios.

O tempo de prorrogação automática pode até não acabar com essa prática, mas, pelo menos não afetará a isonomia entre os licitantes, como pode acontecer no tempo randômico, visto

que toda vez que ocorrer um lance, seja ele efetuado por robô ou licitante, o tempo será prorrogado para todos os concorrentes.

Jair Santana defende a sistemática do tempo randômico para encerramento da fase de lances. Não acredita que o sistema aleatório de encerramento da disputa é um ambiente de cassino camuflado para realizar negócios entre o particular e o Poder Público. Ao contrário, defende ser um sistema que instaura segurança jurídica a partir do instante que suprime a vontade humana imediata no processo de decisão em torno da melhor oferta. Argumenta que: i) a legislação desincumbiu-se de sua missão ao seu modo, estabelecendo o tempo randômico; e ii) "se o caminho trilhado foi o melhor, isso lá é outra coisa que não nos cabe avaliar, à falta de dados comprobatórios."[4]

É notório que o randômico instaura segurança jurídica a partir do momento que suprime a vontade humana, tendo a legislação encontrado uma boa solução para a época. No entanto, há outro sistema, denominado tempo de prorrogação automática, também sem interferência humana, que está sendo utilizado por órgãos públicos, e que está surtindo bons resultados, propiciando a redução dos gastos públicos. Por que não trilhar por esses novos caminhos em busca de boas práticas que podem trazer melhores resultados em termos de economia para a Administração Pública sem afetar a segurança jurídica para todos os envolvidos no certame?!

4. QUAL A MELHOR SOLUÇÃO PARA A CONDUÇÃO DA FASE DE LANCES DO PREGÃO ELETRÔNICO?

O Estado de São Paulo, por meio do sistema BEC, referido antes[5], vem se utilizando, desde 2009, do tempo de prorrogação automática para o encerramento da disputa no pregão eletrônico. O artigo 1º da Resolução nº 52/2009[6], que modificou o artigo 12 da Resolução nº 27/2006, prescreve, no inciso VIII, a prorrogação automática da etapa de lances:

> V - admissão de lances cujos valores forem inferiores ao de menor valor registrado no sistema, ou inferiores ao do último valor apresentado pela própria licitante ofertante, observada, em ambos os casos, a redução mínima entre eles quando estabelecida no edital;
> VIII - prorrogação automática da etapa de lances pelo sistema, visando à continuidade da disputa, quando houver lance ofertado nos moldes estabelecidos no inciso V deste artigo, nos últimos 3 minutos do período previsto no § 1º do mesmo artigo, ou durante os períodos de prorrogação;
> IX - encerramento da etapa de lances, observado o disposto no inciso VIII e [no] § 1º deste artigo;
> § 1º - A etapa de lances terá duração de 15 minutos, sem prejuízo da possibilidade de prorrogação prevista no inciso VIII deste artigo.

A prorrogação automática também foi prevista para as cotações eletrônicas regulamentadas no Decreto nº 59.104/2013[7], que trata da compra de bens por dispensa de licitação no sistema BEC/SP, com 15 minutos de tempo fixo e 2 minutos de prorrogação:

> XXVII - Tempo Fixo - período de no mínimo 15 minutos, especificado em edital, para apresentação de lances na cotação eletrônica;
> XXVIII - Tempo de Prorrogação Automática - período variável adicionado ao tempo fixo, objetivando a continuidade da disputa. Esse tempo se inicia, automaticamente, apenas se houver lance válido ofertado nos últimos dois minutos do tempo fixo, prorrogando-se, automaticamente, se houver lance válido ofertado durante o seu transcurso, e se encerra, também automaticamente, quando atingido o segundo minuto contado a partir do registro no sistema, do último lance que ensejar prorrogação automática [...].

Como se vê nas normativas acima, há um período inicial, fixo, de 15 minutos para a apresentação de lances. Se ocorrerem lances ofertados nos últimos dois minutos do tempo fixo do processo de cotação eletrônica (dispensa) ou nos últimos três minutos do pregão eletrônico, inicia-se o tempo de prorrogação automática de 3 minutos ou de 2 minutos, conforme o caso. Se houver lance válido ofertado durante o transcurso da prorrogação, o tempo prorroga-se automaticamente, e isso ocorrerá sucessivamente até que cessem os lances dentro do tempo de prorrogação, o que acarretará o encerramento da disputa. Portanto, o encerramento da fase de lances só se dará após o

esgotamento de todos os lances desejados pelos licitantes para ofertar o melhor preço. É muito semelhante ao que se dá com um pregão presencial, aprimorado e adaptado para o sistema eletrônico, em que os licitantes só param de dar lanches quando chegam no seu melhor valor.

Em congressos, principalmente nos de pregoeiros que acontecem anualmente em Foz do Iguaçu, representantes da BEC têm sido convidados para relatar experiências com o tempo de prorrogação automática, demonstrando seus benefícios sobre o tempo randômico e provocando interesse nos demais órgãos. Nessa esteira, o Governo Federal realizou várias consultas públicas para alterar o decreto federal que regulamenta o pregão, acatando sugestões e melhorias que poderiam ser implementadas, notadamente no que diz respeito à condução e ao encerramento da fase de lances.

Após várias discussões e sugestões, o Governo Federal, reconhecendo que o tempo de prorrogação automática é uma excelente solução para a condução da etapa de lances do pregão eletrônico, publicou o Decreto nº 10.049/2019, com a extinção do tempo randômico da maneira como é conhecido hoje. Admitiu-se que essa nova ferramenta de condução e encerramento da fase de lances é muito vantajosa, pois permite mais economia para a Administração Pública, e propicia que o licitante que ainda quer reduzir o seu preço possa fazê-lo sem se preocupar com o encerramento do tempo pelo sistema.

O tempo randômico auxiliou muito a Administração na busca da proposta mais vantajosa, mas é forçoso identificar e reconhecer as evoluções da tecnologia que, aliadas a boas práticas voltadas à consecução de um ambiente favorável aos negócios públicos, contribuem para dar efetividade aos princípios norteadores da licitação. Assim, o tempo de prorrogação automática vem para substituir o randômico, prometendo vários benefícios para ambos os lados e atendendo melhor o espírito da lei, que é o esgotamento dos lances pelos interessados em contratar com o poder público.

5. O QUE AINDA PODE SER FEITO PARA MELHORAR A FASE DE LANCES?

As melhorias não param por aí. O Decreto Federal nº 10.024/2019 prevê um tempo de prorrogação automática melhorado e mais eficiente. Pode-se aplicar a esse momento a técnica do *benchmarking*[8], muito utilizada na iniciativa privada, adaptando-a às características da Administração Pública: ver como está funcionando em outros órgãos públicos, com análise minuciosa das suas práticas, visando a superá-las.

O encerramento da fase de lances previsto no decreto foi aprimorado para englobar mais procedimentos, sempre no sentido de preservar a vontade do licitante no esgotamento dos lances e propiciar mais economia para a Administração Pública, o que acarreta proteção à isonomia e estímulo à competitividade entre os interessados. O referido decreto federal prevê um novo modelo de encerramento da fase de lances do pregão eletrônico, com dois modos de disputa, a saber:

> **Modos de disputa**
> Art. 31. Serão adotados para o envio de lances no pregão eletrônico os seguintes modos de disputa:
> I - aberto - os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital; ou
> II - aberto e fechado - os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital.
> Parágrafo único. No modo de disputa aberto, o edital preverá intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta.
> **Modo de disputa aberto**
> Art. 32. No modo de disputa aberto, de que trata o inciso I do *caput* do art. 31, a etapa de envio de lances na sessão pública durará dez minutos e, após isso, será prorrogada automaticamente pelo sistema quando houver lance ofertado nos últimos dois minutos do período de duração da sessão pública.
> § 1º. A prorrogação automática da etapa de envio de lances, de que trata o *caput*, será de dois minutos e ocorrerá sucessivamente sempre que houver lances enviados nesse período de prorrogação, inclusive quando se tratar de lances intermediários.
> § 2º. Na hipótese de não haver novos lances na forma estabelecida no *caput* e no § 1º, a sessão pública será encerrada automaticamente.

§ 3º. Encerrada a sessão pública sem prorrogação automática pelo sistema, nos termos do disposto no § 1º, o pregoeiro poderá, assessorado pela equipe de apoio, admitir o reinício da etapa de envio de lances, em prol da consecução do melhor preço disposto no parágrafo único do art. 7º, mediante justificativa.

Modo de disputa aberto e fechado

Art. 33. No modo de disputa aberto e fechado, de que trata o inciso II do *caput* do art. 31, a etapa de envio de lances da sessão pública terá duração de quinze minutos.

§ 1º. Encerrado o prazo previsto no *caput*, o sistema encaminhará o aviso de fechamento iminente dos lances e, transcorrido o período de até dez minutos, aleatoriamente determinado, a recepção de lances será automaticamente encerrada.

§ 2º Encerrado o prazo de que trata o § 1º, o sistema abrirá a oportunidade para que o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superiores àquela possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo.

§ 3º. Na ausência de, no mínimo, três ofertas nas condições de que trata o § 2º, os autores dos melhores lances subsequentes, na ordem de classificação, até o máximo de três, poderão oferecer um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento do prazo.

§ 4º. Encerrados os prazos estabelecidos nos § 2º e § 3º, o sistema ordenará os lances em ordem crescente de vantajosidade.

§ 5º. Na ausência de lance final e fechado classificado nos termos dos § 2º e § 3º, haverá o reinício da etapa fechada para que os demais licitantes, até o máximo de três, na ordem de classificação, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo, observado, após esta etapa, o disposto no § 4º.

§ 6º. Na hipótese de não haver licitante classificado na etapa de lance fechado que atenda às exigências para habilitação, o pregoeiro poderá, auxiliado pela equipe de apoio, mediante justificativa, admitir o reinício da etapa fechada, nos termos do disposto no § 5º.

O recente decreto federal inova e permite a escolha da forma de disputa para envio de lances: modo de disputa aberto ou modo aberto e fechado. No aberto, todos os lances serão públicos; no aberto e fechado, a disputa será incrementada com um lance final fechado e sigiloso. No modo de disputa aberto, ocorrerá a prorrogação automática dos lances. Contará com uma etapa de envio de lances de duração de dez minutos e, após isso, será prorrogada automaticamente pelo sistema quando houver lance ofertado nos últimos dois minutos do período de duração

da sessão pública. A prorrogação automática será de dois minutos, e ocorrerá sucessivamente sempre que houver lances enviados nesse período de prorrogação, inclusive quando se tratar de lances intermediários.

No aberto e fechado, a etapa de envio de lances da sessão pública terá duração de quinze minutos, e, após esse prazo, o sistema encaminhará o aviso de fechamento iminente dos lances. Transcorrido o período de até dez minutos, aleatoriamente determinado, a recepção de lances será automaticamente encerrada. É o tempo randômico de até dez minutos, com o incremento de mais uma fase de lance final sigiloso, que poderá ser feito em até cinco minutos pelo autor da oferta e pelos licitantes com propostas até dez por cento superiores ao melhor lance. Esses modos de disputa poderão acirrar ainda mais a concorrência, fazendo com que os licitantes eventualmente indecisos e que queiram fazer um bom negócio com a Administração Pública realmente esgotem seus lances e ofereçam o seu melhor preço.

Outra novidade que supera o modelo de encerramento dos lances utilizado pela BEC é a possibilidade de o pregoeiro e a equipe de apoio admitirem o reinício da sessão pública de lances no modo de disputa aberto, quando não houver a prorrogação automática no prazo inicial de dez minutos (§ 3º), e na hipótese de não haver licitante classificado na etapa de lance fechado que atenda às exigências para habilitação, no modo de disputa aberto e fechado (§ 6º). Essa regra pode ter uma importância fundamental, pois reestabelecerá a etapa competitiva, especialmente no início da adoção dessa sistemática, em que os licitantes não estarão acostumados e poderão, por falta de conhecimento ou habilidade, perder a chance de iniciar a prorrogação automática nos últimos 2 minutos da etapa de lances da sessão pública de 10 minutos.

Diante disso, percebe-se que o decreto federal alterou a versão original do tempo de prorrogação automática, comentado na doutrina e utilizado pela BEC, inovando-o como ferramenta eletrônica para conseguir a melhor negociação com os licitantes, visando à proposta mais vantajosa para a Administração.

O Estado do Paraná, seguindo essa onda evolutiva, apresentou à Assembleia Legislativa o Projeto de Lei nº 657/2019, que

visa a alterar a Lei nº 15.608/2007, para acrescentar o tempo de prorrogação automática na parte final do § 7º do artigo 63:

> § 7º. Após o aviso de fechamento iminente dos lances e conforme opção cadastrada pelo ente público, o pregão poderá ser conduzido pelo tempo aleatório/randômico de até trinta minutos, aleatoriamente determinado pelo sistema, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances ou pelo tempo de prorrogação automática em que o pregoeiro acionará o tempo de prorrogação automática em que, a cada novo lance de um fornecedor, o sistema conferirá à disputa a quantidade de minutos cadastrada, que poderá ser de 1 a 5 minutos, encerrando-se a recepção de lances quando não houver lance no tempo cadastrado pelo ente público.

Pela proposta, a Administração Pública paranaense poderá optar entre o tempo randômico e o tempo de prorrogação automática. Este último será acionado pelo pregoeiro e poderá ser de 1 a 5 minutos, conforme previsão do Edital, mantendo-se, também nesse caso, o tempo inicial a ser fixado pelo pregoeiro, tal como é feito no randômico.

6. CONCLUSÃO

Pelo que foi visto neste trabalho, conclui-se que o tempo de prorrogação automática é um grande avanço para a realização dos pregões eletrônicos, e poderá substituir, com vantagens, o tempo randômico, propiciando que os licitantes esgotem seus lances e auxiliando a Administração a concretizar os princípios legais, notadamente o da proposta mais vantajosa, com maior economia para os cofres públicos e mais segurança para ambos os lados.

Se a inovação trazida pelo decreto federal, que prevê o modo de disputa aberto e o aberto e fechado, vai ser a melhor forma de condução e encerramento da fase de lances, com maior economia e melhores descontos para a Administração, só o tempo dirá. No entanto, uma coisa é certa: o procedimento do tempo

de prorrogação automática dos lances já vem sendo empregado por órgãos públicos do Estado de São Paulo, com êxito.

A Administração Pública precisa estar aberta a novas práticas, principalmente àquelas que já vêm sendo adotadas e, comprovadamente, são eficazes em outros órgãos, tal como faz a iniciativa privada que, para alavancar seus negócios, busca, incessantemente, a melhoria contínua.

NOTAS

[1]https://www.licitacoespublicas.blog.br/home/09-erros-comuns-em-pregao-eletronico/. Acesso em: 22/9/2019.

[2]https://aprendalicitacoes.wordpress.com/2017/05/03/primeiro-post-do-blog/. Acesso em: 22/9/2019.

[3]https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tce-pr-considera-irregular-o-uso-de-robo-para-dar-lances-em-pregao-eletronico/6314/N. Acesso em: 22/9/2019.

[4] SANTANA, Jair Eduardo. Pregão Eletrônico: tempo aleatório (randômico) ou prorrogação automática? Qual a melhor (e possível) solução? Opinião legal. **Revista do TCU**. Brasília, ano 42. n. 119, p. 23-28, set./dez., 2010.

[5] https://www.bec.sp.gov.br/BECSP/Home/Home.aspx. Acesso em: 3/10/2019.

[6] Resolução disponível no site: https://www.bec.sp.gov.br/becsp/Legislacao/UI_Selecao.aspx?chave=. Acesso em: 3/10/2019.

[7] Decreto disponível no site: https://www.bec.sp.gov.br/becsp/Legislacao/UI_Selecao.aspx?chave=. Acesso em: 3/10/2019.

[8] O *benchmarking* é uma das mais relevantes estratégias para aumentar a eficiência na administração. Em tradução livre, entende-se como 'ponto de referência'. Trata-se um minucioso processo de pesquisa que permite aos gestores comparar produtos, práticas empresariais, serviços ou metodologias usadas pelos rivais, absorvendo algumas características para alçar um nível de superioridade gerencial ou operacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2012.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF, jul. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Brasília, DF, set. 2019.

PARANÁ. **Lei nº 15.608, de 16 de agosto de 2007**. Estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná. Curitiba, PR, ago. 2007.

PARANÁ. **Projeto de Lei nº 657, de 28 de agosto de 2019**. Altera a redação do § 7º do art. 63 da Lei nº 15.608/2007, que estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná. Curitiba, PR, ago. 2019.

SANTANA, Jair Eduardo. Pregão Eletrônico: tempo aleatório (randômico) ou prorrogação automática? Qual a melhor (e possível) solução? Opinião legal. **Revista do TCU**. Brasília, ano 42. n. 119, p. 23-28, set./dez., 2010.

MAGISTRATURA: FUNÇÃO QUE REQUER CORAGEM, INDEPENDÊNCIA, CRIATIVIDADE E HUMANITARISMO

Paulo César Bachmann Alves

Consultor jurídico aposentado do Poder Judiciário do Paraná, articulista e monografista forense.

RESUMO

A magistratura deve ser exercida por profissional honesto e audaz. Ele não pode curvar-se a pressões dos poderosos. Deve julgar o forte e o fraco com imparcialidade. O julgador não está obrigado a seguir cegamente o laudo pericial – artigo 479 do CPC – se entender que este não esclarece os fatos. Pode divergir do laudo e lançar na sentença as razões da sua discordância. Ainda cabe ao julgador aconselhar a parte que pretende ajuizar ação a não o fazer. Para tanto, há que concluir que não há motivo para o aforamento. As lacunas da lei, tanto na área cível quanto no crime, exigem criatividade do juiz. Deve ele socorrer-se da doutrina, da jurisprudência, da analogia, da interpretação por força da compreensão e dos costumes. Prevalecerá o espírito cristão e humanitário sobre a letra fria da lei.

Palavras-chave: Magistratura. Imparcialidade. Lacunas da lei. Ação judicial. Humanismo. Legalismo.

ABSTRACT

The magistracy must be exercised by an honest and daring professional. He cannot bow to the pressures of the powerful. He must judge the strong and the weak with total impartiality. The judge is not obliged to blindly follow the expert report – article 479 of the CPC – if he understands that it does not clarify the facts. He can diverge from the report and give the reasons for his disagreement. It is still up to the judge to advise the party that intends to take action not to do so. To this end, he must be concluded that there is no reason for the relief. Gaps in the law, both in civil and criminal matters, require creativity from the judge. He must draw on doctrine, jurisprudence, analogy, interpretation by virtue of understanding and custom. The Christian and humanitarian spirit must be prevail over the cold letter of the law.

Keywords: Magistracy. Imparciality. Law gaps. Lawsuit. Humanism. Legalism.

1. INTRODUÇÃO

Já houve tempo em que o magistrado era passivo aplicador de leis. Os monarcas ditavam o que queriam, cumprindo os magistrados a eles subordinados, sem maiores divergências, as normas que os imperadores apresentavam. No Brasil, desde a República, seguiu-se a orientação de Montesquieu, tripartindo-se os Poderes estatais em: Legislativo, que, em essência, legisla; Executivo, cujo trabalho específico é administrar e executar as leis; e Judiciário, com a relevante missão de julgar, interpretando a lei aos fatos examinados.

Eliminada, então, a posição do Judiciário como mero vassalo dos imperadores, os julgadores puderam, com mais desembaraço, cumprir suas obrigações. Mas, para desempenhar tão importante missão, o magistrado não pode ser máquina fria, mecânica, automática. Ele não está determinando o destino de galinhas, bois, animais irracionais, mas de seres humanos. Assim, além de profundo conhecedor de leis, deve, ainda, ter outras qualidades: visão social, sintonia com as mudanças que o mundo produz, compaixão (ninguém pode julgar se não tiver compaixão), intrepidez e criatividade. Se a cada fato novo o Poder Legislativo fosse baixar uma lei, teríamos o caos na coletividade. O magistrado há que entender que atrás de cada processo há uma pessoa, e é visando a felicidade desta que ele será um juiz na acepção da palavra ou um engenho destruidor.

O presente trabalho pretende destacar as qualidades especiais que o julgador deve ter, como implantador do amor, da fraternidade e da convivência harmônica entre as pessoas.

2. ASPECTOS PRETÉRITOS

Travei contato, há anos, com um dos maiores magistrados que conheci, o Dr. Francisco Muniz, hoje de saudosa memória, quando eu era assessor jurídico do extinto Tribunal de Alçada. Uma frase do nobre julgador não consigo esquecer: "senten-

ciar é um ato de coragem". E realmente é assim. O julgador, enquanto estiver examinando feitos que não envolvem pessoas muito poderosas, poderá apenar os réus sem que lhe advenham consequências perigosas. Mas elas logo irão ameaçar o magistrado se alguns figurões da esfera política e empresarial estiverem envolvidos, como ficou tão claramente demonstrado no Brasil, desde que foi deflagrada a operação Lava Jato.

Regressando ao Tribunal de Alçada, outro magistrado, também já falecido, veio a me narrar: "Eu era juiz da Vara da Fazenda e fui contatado por determinado desembargador. Observou ele que eu deveria ser mais tolerante com os processos que envolviam interesses da Fazenda Pública, pois era dela que advinham os proventos destinados aos juízes. Respondi ao desembargador que no gabinete dele as ordens que ele expedia eram cumpridas. Na minha vara, porém, as minhas é que eram acatadas". E o julgador deu a entender que foi prejudicado na vida profissional por influência do desembargador, por não ter atendido o estranho pedido. Já alertava para esse fato Ruy Barbosa, na sua famosa "Oração aos Moços". Ouçamo-lo:

> Não vos mistureis com os togados que contraíram a doença de achar sempre razão ao Estado, ao Governo, à Fazenda, por onde o condecora o povo com o título de 'fazendeiros'. Essa presunção de terem, de ordinário, razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo ou ao Estado.

Historicamente, surgiu a figura de Thomas More. Quando viu que não podia concordar com a atitude de Henrique VIII na questão do divórcio, More se demitiu do cargo de chanceler. Colocado entre o dilema de trair sua consciência, votando a favor do Ato de Supremacia, ou perder os bens e a vida, não duvidou: foi fiel à sua consciência. Na cadeia, teve a visita da esposa, que chorava para induzi-lo a usar de um subterfúgio que lhe permitisse conservar a vida sem negar interiormente a fé; não quis gestos falsos. Ficou firme em sua fé e em sua integridade moral. Numa época de tantas deserções covardes, passou à História como "o homem que não vendeu sua alma". Que exemplo para todas as épocas! Voltando a Ruy Barbosa, observou ele, ainda na "Oração aos Moços", de onde vem o poder da Justiça:

> Ora, senhores, esse poder eminencialmente necessário, vital e salvador, tem os dois braços, nos quais aguenta a lei em duas instituições: a magistratura e a advocacia, tão velhas como a sociedade humana, mas elevadas ao cem-dobro, na vida constitucional do Brasil, pela estupenda importância que o novo regime veio dar à Justiça. Meus amigos, é para colaborardes em dar existência a essas duas instituições que hoje sais daqui habilitados. Magistrados ou advogados sereis. São duas carreiras quase sagradas, inseparáveis uma da outra, imensas nas dificuldades, responsabilidades e utilidades. Se cada um meter bem a mão na consciência, certo que tremerá da perspectiva. O tremer próprio é dos que se defrontam com as grandes vocações, e são talhados para as desempenhar. O tremer, mas não o descorçoar. O tremer, mas não o renunciar. O tremer, com o ousar. O tremer, com o empreender. O tremer, com o confiar. Confiai, senhores.

O magistrado há, também, que ser criativo. Reza o artigo 479 do CPC/15 – novo Código de Processo Civil (Lei nº 13105/2015): "O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto do artigo 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito". Por seu turno, reza o artigo 371: "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento". Embora a ciência tenha avançado muito, não se pode confundir excelência com perfeição. Esta é só encontrável na Providência Divina; aquela, em profissionais muito capacitados.

3. EXEMPLO CONCRETO

Conquanto o assunto tenha sido debatido há anos, quando ainda vigorava o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), é sabido que o Direito é atemporal, tanto que há dispositivos do CPC/73 reproduzidos *ipsis litteris* no diploma de 2015. A matéria debatida, inserta na Revista dos Tribunais (RT) nº 418/134, se reveste de especial importância.

Um menor, recém-nascido, representado por sua mãe, intentou ação de investigação de paternidade, cumulada com ação de alimentos, contra seu presumido pai, alegando que sua mãe e seu suposto pai foram namorados durante cinco anos, acabando por manter relações sexuais pela primeira vez, numa certa cidade, ocasião em que sua mãe foi desvirginada e engravidada. Após esse acontecimento, por mais duas vezes o casal manteve relações sexuais, tentando o réu, ainda, convencer a mãe a abortar. Como não conseguiu, abandonou-a.

Após o nascimento do autor, a mãe procurou o réu, que, no entanto, negou-se a registrá-lo. Daí a propositura da investigatória, com pedido de prestação de alimentos e prova do alegado por todos os meios, especialmente a perícia. O réu contestou, dizendo-se noivo e negando ter tido qualquer relação sexual com a mãe do autor, e muito menos ter sido seu namorado. Alegou, ainda, que, na época da concepção do autor, sua mãe manteve relações sexuais com outros homens, sendo, pois, notória sua "má conduta". Pediu, assim, a improcedência da ação, prometendo provar o alegado por todos os meios admitidos em Direito, especialmente por perícia.

Findo o prazo para a resposta do réu, os autos foram conclusos ao juiz, que, após superadas mais algumas etapas do processo, houve por bem nomear um perito. Este, após realizar exames nos interessados, concluiu: "O réu incluiu-se entre os pais possíveis do menor, nunca sendo possível, porém afirmar a existência de vínculo genético entre um imputado pai e seu suposto filho, visto que sempre se poderá encontrar outra pessoa de mosaico sanguíneo igual ao da pessoa investigada".

O juiz, examinando o laudo, concluiu que, "não excluída a paternidade pelo exame referido, a perquirição de outras provas deve continuar". Analisando, então, a prova testemunhal, verificou o magistrado que esta indicava o namoro, referia-se às relações sexuais, às aflições da moça enquanto grávida, e aludia às imputações firmes sempre feitas por ela ao réu como pai da criança. E resultou dessa prova, também, inequívoca demonstração de que a mãe do autor sempre foi moça de comportamento excelente.

Nessa altura, como existisse dúvida ao cuidadoso magistrado, este deliberou por realizar uma audiência com as partes,

com o fim de constatar, pessoalmente, uma semelhança física entre o filho e o suposto pai, prova não pacificamente aceita, seja na Medicina, seja no Direito, mas que opera como elemento subsidiário que, em alguns casos, é de acentuado valor.

Em sala especial, obviamente franqueada aos procuradores das partes e ao Curador Geral, por duas horas, pacificamente, o juiz procurou encontrar caracteres somáticos e físicos entre o filho e o imputado pai. A parecença era inarredável, fisicamente, sendo os caracteres somáticos os mesmos. Sentiu o julgador nitidamente que o réu se encontrava embaraçado ante a semelhança evidenciada. Chegou mesmo, o réu, a dizer que estaria disposto a reconhecer o filho como seu, com a condição de que fosse entregue à sua guarda, condição obviamente recusada pela mãe. Mas dessa audiência saiu o magistrado convencido moral e intimamente da certeza da paternidade atribuída ao réu, esboroando-se, assim, de maneira definitiva, as diminutas dúvidas subsistentes.

Está aí, então, a beleza do Direito e a criatividade do magistrado, não afeto ao laudo pericial, quando este, cabalmente, não oferece as respostas necessárias. Digamos que o julgador se omitisse comodamente. Ora! Fácil lhe seria aplicar o *in dubio pro reo*. O responsável pelo fato, então, quedar-se-ia livre, rindo da Justiça. Mas o ínclito julgador fez até as vezes de psicólogo, analisando a reação do réu, e até de fisionomista, comparando a aparência do acusado com a criança em questão.

Percebe-se o que se disse linhas atrás: a constatação visual não é pacificamente aceita nem pela Medicina nem pelo Direito. Isso, porém, não é motivo para intimidação do juiz, o qual, se não estiver bem convencido da verdade emergente os fatos, há que investigá-los mais.

4. FUNÇÃO SUPLETIVA DO JUIZ, LACUNAS DA LEI E A CIÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO

Há o magistrado, também, que aconselhar caridosamente

algumas pessoas. A ação judicial, como se sabe, é só aconselhável quando nenhuma solução conciliatória foi alcançada. Existe, até, um provérbio muitas vezes repetido: "um mau acordo é melhor do que uma boa demanda". Fiéis a tais princípios, tanto o CPC/73 (artigo 331) quanto o CPC/15 (artigo 334) indicam a conciliação, buscando, com o acordo, evitar os incômodos de uma ação judicial.

O magistrado faz, às vezes, função de aconselhador. Há registro de um que foi procurado por uma mulher, e essa mulher estava consumida pelo ódio. Então, o julgador perguntou: "Qual é o seu problema?" A mulher narrou. Após ouvir o que fora dito, o juiz observou: "Minha senhora, não existe, no que a senhora me contou, motivo para se aforar uma ação. O que a senhora precisa é de um psiquiatra". A senhora, que depositava muita confiança na autoridade, seguiu o conselho. Semanas depois, veio agradecer ao julgador, pois o problema dela era só psíquico. Quantas ações talvez poderiam ser evitadas se as pessoas buscassem conselho junto a personagens amigos!

E o que dizer das lacunas da lei, previstas no artigo 140 do CPC/15? Entra aí, sobremaneira, a criatividade do juiz. O dispositivo, que só reformulou em parte a redação do artigo 126 do CPC/73, desenha a função espinhosa, porém sublime do julgador. Com efeito, se para cada situação nova que surgisse no ordenamento jurídico fosse baixada uma lei, elas haveriam de ser diárias, instalando-se o caos no Judiciário. Apagada seria a função do juiz. Ao magistrado só caberia indicar qual a lei aplicável ao caso. Se assim fosse, seria até conveniente entregar o trabalho ao computador, e depois compelir as partes a se curvarem à decisão eletrônica. Tal caminho não pode ser seguido.

A jurisprudência, que encerra vários posicionamentos acerca de um só tema jurídico, é fonte importante de Direito. Outra fonte é a doutrina, oriunda das colocações de destacados pensadores. Há ainda que se falar na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do Direito, que poderão orientar o julgador nas situações novas que irão surgindo. Tais situações novas enquadram-se na chamada zona da penumbra do Direito.

A lei é fonte de século de aprendizado. Todavia, sendo ela fruto de uma época, deve sujeitar-se a certos entendimentos oriundos dos pretórios, que visam a atualizá-la, lançá-la junto

aos fatos que ocorrem na época presente. As leis representam o imobilismo judicial; a jurisprudência e a doutrina tratam de oxigená-la. A vida segue uma velocidade alucinante. Regras antigas já não contemplam todas as situações apresentadas pelos tempos modernos.

Em nenhuma ciência a estagnação produziu frutos bons. O Judiciário, desejoso de trazer a felicidade para a sociedade, há que procurar caminhos jamais percorridos para solucionar fatos recentes. A própria Bíblia Sagrada, o livro eterno, há que ser reinterpretada, e isso já é feito, para se lhe arrancarem soluções para a vida moderna. A sua redação original não sofreu, porém, alterações. O Código Civil e o Código de Processo Civil, entre outros diplomas legais, sofreram.

O que o magistrado está impedido de fazer é decidir em colisão direta com a lei. Se esta é, porém, obscura, omissa, ambígua, há o julgador que indagar qual terá sido o espírito que norteou o cérebro do legislador, caso este tivesse que aclarar, que deixar nítida a sua intenção. Despachar ou sentenciar é a obrigação do magistrado, haja ou não uma norma legal que contemple as situações inesperadas que o cotidiano forense apresenta.

O grande jurista Roberto de Ruggiero, mencionado por Pedro Batista Martins nos *Comentários* deste último (vol. II, p. 43-44), buscou, infrutiferamente, conceituar os princípios gerais do Direito: "Quanto aos princípios gerais, está hoje assente que eles não são, como em tempos se sustentou, [...] os princípios fundamentais do Direito Positivo italiano, tal como se deduzem de todo o sistema orgânico. Podem eles, porventura, coincidir com os princípios racionais ou romanos nos limites em que as concepções das escolas filosóficas ou dos jurisconsultos de honra passaram para as novas leis, mas o que faz o seu valor de princípios gerais é precisamente essa sua recepção no Direito vigente".

Poder-se-á argumentar que, ao decidir acerca de um fato não contemplado pela lei, estará o magistrado ultrapassando os limites desenhados para os seus misteres. Todavia, não o faz. Está, assim, verazmente mergulhado nos mesmos misteres, eis que, como integrante do Judiciário, deve solucionar as pendengas que as partes encaminham ao mundo forense.

De tal maneira, o Judiciário envolve-se profundamente na área social, agindo como se legislador fosse ou representante da vontade do Estado. Aliás, em ocasiões especiais, o Judiciário até executa atividade específica do Legislativo, quando elabora, por exemplo, o seu Regimento Interno. Na sua feitura, o Legislativo não interfere, pois é da alçada específica do Judiciário. O que não pode acontecer é os litígios ficarem sem resolução. O artigo 140 do CPC/15 contém um parágrafo único, assim redigido: "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei". O parágrafo, cópia *ipsis litteris* do artigo 127 do CPC/73, ao se referir à equidade, mergulha em águas revoltas.

Turvo, nebuloso, confuso e obscuro é o conceito de equidade. Já Aristóteles, há séculos, procurou defini-la: "Ser equitativo é ser clemente com as fraquezas humanas; é considerar não só a lei, mas o legislador; não a letra da lei, mas o espírito daquele que a fez; não a ação, mas a intenção; não a parte, mas o todo; não o que o acusado é atualmente, mas o que ele foi sempre, ou a maior parte do tempo. É consentir que uma contenda seja resolvida antes pela palavra do que pela ação, preferir submeter-se a um arbitramento, em vez de um julgamento pelos tribunais, porque o árbitro vê a equidade, o juiz não vê senão a lei; o árbitro não foi, aliás, inventado senão para dar força à equidade" (Rhétorique, liv. I, texto restabelecido e traduzido por Médéric Dufour, 1932, p. 132-134 - Eduardo Espíndola Filho, Equideae. In: **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**, vol. 20, p. 244).

O artigo 114 do CPC/39 observava que, quando autorizado a decidir por equidade, o juiz deveria aplicar a norma que estabeleceria se fosse legislador. A orientação era válida, mas deixava entrever que o magistrado só poderia decidir por equidade se a lei o autorizasse. Ora, a equidade há que estar presente em qualquer decisão judicial, sendo os fatos trazidos ao conhecimento do julgador previstos ou não nos dispositivos legais.

É sabido que a propedêutica é o corpo de ensinamentos introdutórios ou básicos de uma disciplina; ciência preliminar, introdução. Pois bem: a equidade é regra primária de aplicação da norma geral abstrata, fixa, e a sua atuação concreta, especial, em correspondência com a variação das circunstâncias do caso apresentado. Isso apenas se tornará eficientemente realizável

se o juiz se conferir um razoável poder de apreciação. Sem a equidade, com a aplicação intransigente e rigorosa da lei, a despeito de quaisquer questões e circunstâncias, o resultado poderá ser de uma flagrante injustiça, o que não corresponde à finalidade da lei e ao fundamento do Direito.

Em síntese, anotemos: i) na hipótese de haver previsão legal, o julgador decide por equidade, redigindo norma que redigiria se fosse legislador; e ii) existindo casos outros, o magistrado, usando da equidade, infirma a severidade da lei e a adapta à situação contemplada. Mas o julgador não pode invocar a equidade contra texto expresso da lei, o qual deve fazer cumprir e prestigiar.

Um exemplo concreto contribuirá para aclarar ainda mais o conceito de equidade. Vejamos os fatos narrados adiante. Marido e mulher vivem em comum no norte do país. Ele exerce as funções de representante comercial, e ela trabalha no comércio. Certo dia, ela resolve transferir-se para uma cidade de maior vulto, e a isso se opõe o marido, alegando que ele fatalmente encontraria dificuldades para conseguir emprego em cidade maior, ainda mais levando-se em conta sua idade, de 62 anos. Contudo, para salvaguardar a união do casal, mantida durante tantos anos, o marido aceita acompanhar a esposa.

Na mudança, ele perde a sua única fonte de renda, e, posteriormente, não consegue emprego para garantir sua subsistência e a da sua esposa. Ela recebe elevados vencimentos; resolve não mais morar na companhia do marido. A única solução para o marido é pedir alimentos à esposa através do Poder Judiciário, ocasião em que o juiz, após mandar citar a ré, fixa os alimentos provisionais em 30% do total dos rendimentos da esposa.

A esposa, por sua vez, contesta o feito, dizendo, preliminarmente, que ao marido é que cabe a obrigação de sustentar a mulher; que tal obrigação só cessa para ele quando a mulher o abandona sem justo motivo (Código Civil, artigo 234); que a Lei nº 5478/1968 (sobre ação de alimentos) em nenhum dos seus parágrafos estabelece normas para alimentos a serem fornecidos pela mulher; que deve ser revogado liminarmente o ato de concessão de 30% de alimentos ao autor; e que deve ser declarada a carência da ação. Quanto ao mérito, a contestante declara que o autor é alcoólatra inveterado, a ponto de, no estado de embria-

guez, não respeitar nem a própria filha, uma menina de 12 anos; que o autor sempre demonstrou ser irresponsável, sem vontade de trabalhar, e preguiçoso, passando maior parte do seu tempo em botequins. Alega, ainda que ela sempre sustentou a casa, e que o pouco que o autor ganhava era gasto em bebidas.

Convém indicar: o fato ocorreu sob a égide do Código Civil de 1916. O juiz, à época, não encontrou uma norma jurídica prevista para regular aquela situação específica, e, assim, procurou fazer justiça sem lei, aplicando a norma que faria se fosse legislador. Ou seja, decidiu por equidade (CPC/73 - artigos 126 e 127; CPC/15 - artigos 140, *caput* e parágrafo único). O magistrado, assim, deu razão ao marido, com fundamento no princípio da assistência mútua que deve existir entre os cônjuges, suprindo e interpretando a lei (Revista forense - 236/238). A ementa da hipótese inicial foi a seguinte: "No dever de mútua assistência que o Código Civil impõe aos cônjuges, se compreende a prestação recíproca de alimentos, desde que esteja em condições de provê-los aquele a quem o outro recorre".

Conforme anotado, a matéria foi examinada sob a égide do Código Civil de 1916. O juiz, é claro, não pode desempenhar as funções de legislador, salvo no exemplo já ofertado anteriormente: quando os Tribunais, por conta própria, montam o seu Regimento Interno. Todavia, nas situações novas, o magistrado há que fazer as vezes de legislador. Não é demais repetir que sem solução as demandas não podem ficar. Entretanto, as leis, que exigem atualização permanente, dada a velocidade com que os fatos se desenrolam na sociedade, não raras vezes se abeberam da jurisprudência para montar novos artigos. Aliás, a jurisprudência e a doutrina são fontes da lei. O Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro), nos seus artigos 1694 e 1702, prevê, evidentemente seguindo a trajetória do exemplo acima, hipótese em que, qualquer que seja o sexo do cônjuge, o outro deve prestar-lhe alimentos, desde que o requerente realmente os necessite.

Leia-se o artigo 1694: "Podem os parentes, os cônjuges ou os companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social". E o artigo 1702: "Na separação judicial litigiosa, sendo

um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no artigo 1694". Não é novidade que a matéria é espinhosa. Cada julgador tem, sobre temas polêmicos, um pensamento diverso de um colega seu. Deve ele, então, socorrer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito.

A analogia é expressão que significa semelhança ou paridade. Desse modo, significa a semelhança de casos, fatos ou coisas cujas características se aproximam. E, quando se trata de relações jurídicas, tais características se tornam, indiscutivelmente, por analogia, subordinadas a um princípio ou a princípios atribuídos aos casos análogos, se a lei não lhes prescreve regra própria. A analogia, recaindo sobre a interpretação da lei ou do texto legal, retrata a interpretação extensiva ou indutiva dele, pela semelhança com outra lei ou com outro texto.

Ainda no tocante à interpretação, é importante separar a que se diz "por força da compreensão" da que se dá "por analogia". Embora ambas sejam extensivas, guardam distinções: a por força da compreensão se entende como a que se faz em vista de elementos lógicos oriundos de premissas científicas, indicando nitidamente o que o legislador quis fixar; na interpretação por analogia, a conclusão não desenha a resposta que o legislador quis encontrar, mas sim aquela que ele desenharia se ele pessoalmente se debruçasse sobre o tema, mas não se debruçou. A analogia, portanto, requer alto grau de certeza, que se nutre da própria equidade. Recai sobre o Direito comum, e não é admissível quando se examina o Direito singular (leis de exceção ou especiais).

Já o costume traduz tudo que se estabelece por força do hábito ou do uso. Por exemplo: na fila do caixa se dá preferência ao idoso, à gestante e aos deficientes; nos ônibus, idem. Nem sempre, lamentavelmente, tal atitude é tomada, pois existe ainda muito egoísmo no mundo, mas a orientação está lançada. São diversas as conceituações entre uso e costume, embora, na prática, os dois termos não raro sejam tomados como sinônimos. Algo parecido acontece com a distinção entre fenômenos inconscientes e subconscientes, que podem – e devemos procurar a praticidade dos conceitos, não nos perdendo em minú-

cias inócuas – ser considerados como sinônimos, embora, num purismo desapiedado, não o sejam. Inconscientes são as ideias, os sentimentos de que não temos consciência. Subconscientes são as ideias de que não nos damos conta senão rotineira e deficientemente. A distinção, como se vê, é irrisória, mas está mais em voga o termo "subconsciente".

Costume recai especificamente no comportamento particular das pessoas, e em tal caminho se assinalam os bons ou maus costumes, enquanto o uso é mais desenhado como norma comum ou regra aceitável em certo lugar. Na seara jurídica, todavia, costume é entendido como princípio ou regra não escrita que se introduz pelo uso, com o consentimento tácito de um grupo, admitida a sua força como norma a ser obedecida na consecução de certos atos. Seguindo tal vereda, assinala-se que o costume detém força de lei. Comportamento que vale como lei que o uso fixou e que se conserva, sem ser escrito, por uma longa tradição. A reunião das regras derivadas dos costumes é batizada de Direito Costumeiro.

Quando alegado, todavia, o costume está sujeito a comprovação. Eis o que prevê o artigo 376 do CPC/15: "A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar". O que se quer indicar é que, se o magistrado determinar que a parte exiba prova do teor e da vigência do direito municipal, estadual, estrangeiro ou costumeiro, terá (a parte) que cumprir a determinação, ou então o referido direito não será reconhecido na sentença.

Se o magistrado é do Estado do Paraná, por exemplo, e a lei levantada é do Estado referido, desnecessária será a prova. Mas se o feito foi ajuizado em Santa Catarina e a parte invoca a legislação estadual do Paraná, o juiz pode exigir a prova da vigência e do teor do direito. Não é diversa a orientação se se tratar de direito alienígena. Em tal hipótese, a parte há de trazer, além da prova, a competente tradução do texto. O teor do texto será comprovado pela sua inserção em publicação técnica. A vigência, através de certidão de sua não revogação, indicada pelo órgão do Poder Executivo que a promulgou ou sancionou.

E como fazer na hipótese de direito alienígena? Aí a comprovação há que se desenhar via autorização diplomática, se

porventura o juiz não aceitar publicação recente ou trabalho forense. O conteúdo de tratado internacional a que o Brasil haja aderido é a legislação interna, de âmbito federal. É vedado ao julgador determinar que a parte exiba prova do texto.

E quanto à prova do direito estabelecido pelos costumes, costumeiro, habitual, cognominado direito consuetudinário? Tal prova é muito mais dificultosa. Isso porque, se o fato não for notório, o que afastaria a comprovação, há que surgir um atestado, oriundo de autoridade competente, para que o costume constitua lei ou direito. Mas o magistrado pode dispensar a prova, se entender que ela é desnecessária. Por aí se vê a dificuldade de se conceituar equidade. Mais ainda, de formular uma decisão em que a equidade esteja realmente desenhada. Isso porque, conforme o brocardo jurídico, "cada cabeça, uma sentença".

As jurisprudências sobre a equidade, inseridas no parágrafo único do artigo 140 do CPC/15, delineiam os limites dos julgados. Os contornos desenhados, bem nítidos, deixam claro até onde os juízes podem ou não podem ir. Eis algumas:

> A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado pela lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há que ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução. (RSTJ - 83/168)

> Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto à hipótese não se harmoniza como o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não substitua pelo seu critério. (STJ - RBDP5 - 50/159; Amagis - 8/363)

> A figura do *judge made law* é incompatível com a tripartição do poder, pois gera o arbítrio do Judiciário, a par de invadir a esfera legiferante, atribuição de outro Poder [...]. Aonde irá a certeza do direito se cada juiz se arvorar em legislador? (RT - 604/43)

> A interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade. (RSTJ - 56/152)

> A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças. (RSTJ - 41/1554 e STJ - Rt 656/188; no mesmo sentido: RSTJ - 28/312)
>
> A interpretação da lei não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil [...]. Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando contra legem, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da justiça e do bem comum". (Ministro Sálvio de Figueiredo - RSTJ - 26/378, p. 384)

No campo penal, a busca do magistrado pela equidade há de ser, igualmente, incansável. Há muitas espécies de exegese no Direito Penal, como a interpretação declarativa, a restritiva e a extensiva, indicadas aqui. Elas guardam semelhança com a área cível. A interpretação declarativa surge quando o texto não necessita nem ser aumentado nem diminuído. Nele se encontra o significado escondido do termo definido pela lei. Assim: o artigo 141, III, do Código Penal, inserido no Capítulo V, que trata dos crimes contra a honra, alude a "várias pessoas". A expressão esclarece que se trata de mais de duas. Se a lei nitidamente indicasse duas pessoas, as teria mencionado.

Já a interpretação restritiva tem por objetivo diminuir o alcance da lei, a fim de que se possa descobrir a patente vontade do legislador. O artigo 28 do Código Penal, sobre a imputabilidade, indica a emoção e a paixão (inciso I), assim como a embriaguez voluntária ou culposa (inciso II), como fatores não excludentes da imputabilidade, harmonizando essa regra com o artigo 26 e seu parágrafo (inimputáveis e redução da pena). Assim, se está espremendo o alcance do artigo 28 para que não entre em colisão com o artigo 26 e seu parágrafo. Outro exemplo: na expressão "venda em hasta pública", inserta no artigo 335 (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência), impõe-se seja a venda realizada judicialmente, prevista, no artigo 358 (violência ou fraude em arrematação judicial), como fato gerador de crime contra a Administração Pública. E, ainda, no artigo 332 (tráfico de influência), dentro da concepção de "funcionário público" não podem caber "juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da Justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha", especificados no delito de exploração

de prestígio contra a Administração Pública (artigo 357).

Agora, a interpretação extensiva. Quando se dá? Quando se torna imprescindível dilatar o sentido da lei. O artigo 130 (perigo de contágio venéreo) abrange não só o perigo, mas igualmente o contágio de moléstia venérea. O artigo 168 (apropriação indébita), indicador da expressão "coisa alheia", abrange também a coisa comum, que em parte é alheia. O artigo 235 contempla não só a bigamia, mas também a poligamia. O artigo 260 (perigo de desastre ferroviário) contempla o "serviço de estrada de ferro" e alcança, também, o de metrô, que é um serviço de trem que corre sobre trilhos.

Há que se indicar, em adendo, a interpretação progressiva. O que significa? O vocábulo "progressivo" sugere o progresso social, as mudanças de hábito que o tempo vai impondo. São as alterações sociais, jurídicas, científicas e morais que devem ser projetadas sobre a lei penal. O artigo 129, § 1º, inciso II, estabelece o "perigo de vida" entre as hipóteses de lesão corporal de natureza grave. O que significará o vocábulo diante do progresso da Medicina? E como interpretar o desenho de doença mental" em função das descobertas mais recentes da Psiquiatria? E o que se deveria entender por "mulher honesta", termo utilizado na redação primitiva do Código Penal, em face da evolução dos costumes? O que se poderia conceber como "lugar destinado a encontros para fins libidinosos" diante da multiplicação de motéis?

Pelo que foi exposto, cai por terra a expressão latina *dura lex, sed lex*. O que quer dizer ela? Quer dizer que a lei deve ser aplicada, ainda que pareça imoral ou injusta. Mas é claro que, se a lei for imoral ou injusta, cabe ao magistrado, que é a figura máxima do processo, dissecá-la para que o amor, a justiça e a fraternidade sejam alcançados.

É comum classificar o juiz muito severo de "mão pesada". E ainda há que se reportar à regra catoniana. No Direito Romano, ela exprimia a regra que Márcio Pórcio Catão, filho de Catão, o Censor, introduzira na jurisprudência. Significava algo tão insanável, invalidável, irrevalidável, em qualificação a todo ato jurídico que, sendo defeituoso, viciado ou ineficaz, não poderia, posteriormente, ser validado ou considerado eficaz. Com a evolução do Direito, todo ato defeituoso, viciado ou ineficaz

não pode sobreviver, porque é defeituoso, viciado ou ineficaz. O mundo jurídico não pode ser tão rígido a ponto de, por um purismo no Direito, perpetrar uma monstruosidade. Aí entram a arte e a ciência do juiz moderno.

Já no mundo cristão, vemos Jesus esquecendo-se do legalismo e alimentando o humanismo. A subordinação do Judiciário a Cristo é muito conhecida, eis que Ele, sendo Deus, é chamado de "o Juiz dos juízes". E vemos crucifixos em inúmeras repartições. Seu humanismo, afastando a lei injusta, está bem retratado em Lucas, Cap.13, vers. 10-17. Jesus curou uma mulher encurvada e disse, contra os que a condenavam por ter feito a cura no sábado: "Hipócritas! Qualquer um de vocês não solta do estábulo o boi ou burro no sábado e o leva a beber?" Assim, a lei do sábado era esquecida em proveito de um boi ou burro, não havendo motivo para segui-la em prejuízo de um ser humano, muito mais importante do que animais irracionais. A lei do sábado era um sistema injusto, arcaico. Jesus a quebrou, porque o amor assim o exigia. Aliás, o amor e a justiça são parentes próximos. E Jesus, ainda, em outra ocasião, deu uma sacudida em quem não conseguia fazer as interpretações necessárias. Determinou que as pessoas julgassem, por elas mesmas, o que era justo (Lucas, Cap. 12, vers. 57).

Digamos mil vezes: o juiz não pode rejeitar brutalmente a lei. O que ele deve fazer é aproveitar a lei de uma forma compassiva: é arrancar da lei um comportamento equânime, solidário. Jesus não revogou o sábado, até o humanizou. Os que entendiam que a lei do sábado era imutável foram chamados de legalistas. Legalismo é a tendência de seguir a lei sem nenhum espírito crítico. Os legalistas, eram, então, os defensores da *dura lex, sede lex*.

Não é demais repetir: durante o Brasil Império, os magistrados eram meros seguidores da monarquia. Com o advento da República e a tripartição dos Poderes, porém, passaram a ter certa independência. Tal independência há que ser ferrenhamente defendida. Caso contrário, veremos, novamente, a deletéria figura dos togados "fazendeiros", tão duramente exprobada por Ruy Barbosa na sua famosa "Oração aos Moços".

5. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, procuramos demonstrar a importância da figura do magistrado sem, entretanto, divinizá-lo. O juiz é um homem comum do povo, pelo menos na aparência. O que o destaca dos demais é o seu agudo senso de justiça, razão de ser da sua existência. O juiz não é escravo da lei. É escravo do bom senso, da prudência, da equidade, do estudo penetrante por meio do qual, em situações novas e nebulosas, procura encontrar a melhor solução para as pendengas, embora seja falível. Aliás, *ad impossibilita nemo tenetur* – ninguém está obrigado ao impossível. Assim, dentro do razoável, o juiz deve dar a melhor solução ao caso concreto. Onde ele vai buscar as soluções para um tema ainda virgem no Direito? Na doutrina, na jurisprudência, no Direito comparado, na escola da vida, enfim, num sem-número de dados que possibilitem, a ele, ofertar uma resposta ao que as partes postulam. Não é uma profissão o trabalho do juiz. É uma missão, um sacerdócio. Não serão poucos os dramas com os quais ele se debaterá. Mas, invocando a proteção divina, buscando auxílio constante com o "Juiz dos juízes", o julgador há de conseguir, apesar das suas limitações, dar a cada um o que é seu, colaborando, de forma meritória, para implantar a felicidade da sociedade, esta já tão marcada por desencantos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Forense. 9. ed.

BÍBLIA SAGRADA. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

CONTI, Dom Servílio. **O santo dia**. Rio de Janeiro: Vozes. 2006.

DE PLÁCIDO E SILVA. Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. Rio/São Paulo: Forense. v. 1, 1975.

DOWER, Nelson Godoy Brasil. **Curso renovado de direito processual civil**. São Paulo: Nelpa. v. 1 e v. 2, 1974.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil comentado**. Rio de Janeiro. Konfino

Editor. v. 1 e v. 2, 1975.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MIRABETE, Julio Pabbrini. **Manual de direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 1985.

NEGRÃO, Theotônio, **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTIÇA E RESPONSABILIDADE A PARTIR DE EMMANUEL LÉVINAS

Pedro Felipe Wosch de Carvalho

Consultor jurídico do Poder Judiciário do Paraná e especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC de Minas Gerais.

RESUMO

A investigação sobre o conceito de justiça é uma das tarefas eternas da filosofia jurídica. Uma compreensão sobre o que constitui o agir justo é indispensável para a construção da ordem jurídica. A obra do filósofo lituano Emmanuel Lévinas, embora não trate diretamente do Direito, oferece-nos ricos alicerces para reflexões acerca da justiça. Em sua crítica à ontologia, Lévinas propõe o estabelecimento da ética como filosofia primeira e abre o caminho para o necessário acolhimento do Outro. No pensamento levinasiano, o agir ético há de ser posto na base de qualquer tarefa filosófica. As ideias de Infinito e Rosto apresentam-se como pontos de partida para a construção de um agir responsável. Há uma desigualdade original na relação intersubjetiva (assimetria da intersubjetividade) que deve levar o sujeito à assunção de responsabilidades, o que se revela indispensável à concretização da justiça.

Palavras-chave: Justiça. Responsabilidade. Emmanuel Lévinas. Ontologia. Ética como filosofia primeira. Assimetria da intersubjetividade.

ABSTRACT

Investigating the concept of justice is one of the eternal tasks of legal philosophy. Un understanding of what constitutes fair action is indispensable for the construction of the legal order. The work of Lithuanian philosopher Emmanuel Levinas, while not directly dealing with law, offers us a rich foundation for reflections on justice. In his critique of ontology, Levinas proposes the establishment of ethics as the first philosophy and opens the way for the necessary reception of the Other. In levinasian thought, ethical acting must be laid at the foundation of any philosophical task. The ideas of Infinity and Face are presented as starting points for the construction of responsible action. There is an original inequality in the inter subjective relationship (asymmetry of intersubjectivity) that should lead the subject to the assumption of responsibilities, which is indispensable to the realization of justice.

Keywords: ustice. Responsibility. Emmanuel Levinas. Ethics as first philosophy. Reception of the Other.

1. INTRODUÇÃO

Parafraseando o célebre escritor russo Aleksander Solzhenitsyn, há no coração de cada ser humano uma linha que separa o bem do mal. Tal máxima é facilmente ajustável ao Direito, seara que traceja a linha que divisa o justo do injusto. Entre os desafios eternos da filosofia jurídica está a definição do justo. Onde construir o muro que distingue a justiça da injustiça? O que se entende por justiça? O Direito é a manifestação do justo? Questões dessa natureza inquietam o ser humano há milênios.

Se em Platão a justiça estava relacionada ao desempenho adequado das funções de cada um na Cidade, em Aristóteles ela estava no exercício equilibrado (justa medida) das virtudes.[1] Pensadores contemporâneos, como os americanos John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Nozick, dedicaram longas horas de trabalho a fazer verter o significado prático da justiça.

O filósofo lituano Emmanuel Lévinas (1906-1995), apesar da vasta obra, jamais se dedicou a responder de forma clara e direta às questões relacionadas ao Direito. É apenas a partir de escassas referências que se pode esboçar um desenho da justiça a partir de Lévinas. No entanto, a riqueza do pensamento do filósofo lituano, além de sua interessante biografia, nos autoriza, sem qualquer ressalva, a utilizar sua obra como forma de enfrentar questionamentos relacionados ao Direito e à justiça.

Lévinas viveu o horror da segunda guerra mundial em "primeira pessoa". Prisioneiro em campos alemães durante o conflito mundial, o judeu Lévinas perdeu familiares próximos para o Holocausto. Não nos parece coincidência que seu trabalho filosófico tenha percorrido, com fôlego vigoroso, as trilhas da ética e da alteridade. Encontramos, assim, em seu pensamento um terreno fértil para a reflexão acerca do Direito. A obra levinasiana torna evidente a precariedade de qualquer sistema de pensamento que se distancia da preocupação ético-moral.

Mostraremos neste trabalho o percurso trilhado por Lévinas na missão de superar as armadilhas da ontologia e posicionar a ética como filosofia primeira. Analisaremos as noções de Infinito e Rosto para fincá-las como ponto de partida para a

construção de um modo de pensar justo, bem como para traçar a linha mestra para um agir de responsabilidade em relação ao outro. Por fim, nos deteremos na ideia levinasiana de assimetria da intersubjetividade como pano de fundo para a relação entre justiça e responsabilidade.

2. LINHAS GERAIS DO PENSAMENTO LEVINASIANO

Já nas primeiras páginas de sua mais conhecida obra, *Totalidade e infinito*, Emmanuel Lévinas deixa emergir sua predileção por paradigmas e fronteiras pouco caros aos pensadores contemporâneos. O regresso à metafísica, o acolhimento da ética como filosofia primeira e a deferência à razão teológica não constituem, por certo, o fio condutor da filosofia contemporânea. Ainda assim, como um alevino que nada contra a corrente, o pensamento de Lévinas nos convida ao resgate dessas três ideias como forma de edificar um pensamento filosófico que seja, ao mesmo tempo, transcendente e humano.

Quando posta diante do espelho, a racionalidade moderna falha na tarefa de apresentar ao homem uma base suficientemente segura para que nela se finquem as estacas da ética, da virtude, do sagrado, do valor moral e da alteridade. A influência do judaísmo é sempre muito sensível na obra de Lévinas. Para o autor, não são menos válidas as reflexões oriundas da revelação profética, as quais permeiam, explícita ou implicitamente, seus textos. Assim, seu trabalho nos oferece ricos alicerces filosóficos para que a relação do Eu com o Outro seja o ponto de partida do pensamento, a porta de entrada para qualquer projeto filosófico. Refletindo acerca do trabalho do pensador franco-lituano, Nelio Vieira de Melo explica:

> A modernidade instaurou a crítica dos dogmas e das práticas religiosas. A pós-modernidade foi além da crítica, fazendo da negação da transcendência o seu mote principal. A vida humana é jogada no mar do absurdo. O discurso filosófico e científico busca o centro da totalidade no mundo circunstante e imanente. (MELO, 2003, p. 28)

A despeito de ser herdeiro legítimo da razão, o século XX não foi capaz de evitar Auschwitz, Hiroshima, os gulags e o genocídio armênio, para ficar em poucos exemplos. Traiçoeiro pode ser o homem que cria o próprio sentido, perigoso pode ser o fruto da paixão que alimenta o criador intelectual pela criatura concebida. De capa a capa, as obras de Lévinas encerram o chamado para um pensamento ético, o convite à saída do Eu, à busca pelo humano.

O autor passa longe de organizar um apanhado de regras morais ou de preceitos para uma adequada convivência social. Lévinas não é Moisés, ainda que nele possa buscar alguma inspiração. O convite à ética não é, no pensamento levinasiano, o chamado a "uma" ética, a um modo de agir específico. Há, isto sim, um convite à tomada de uma posição inicial de acolhimento do Outro como passo essencial da existência, como fundamento de qualquer conhecimento filosófico. Em Lévinas, "a relação ética é a senhora da razão".[2] Não há, pois, caminho para uma filosofia que não passe pela relação entre o Mesmo e o Outro, lugar onde nasce todo o sentido e a significação.

Nas palavras de François-David Sabbah, "a ética levinasiana, além de subordinar a teoria à ética, ainda nos faz compreender que a teoria não tem, por assim dizer, existência autônoma, em si e por si, que ela nada é além de uma modalidade derivada e uma degradação da vida ética originária".[3] Parte-se, assim, da premissa de que a presença do Outro constantemente me interpela, me diz algo, me desafia e constrange. Há algo original e indivisível no encontro entre dois semelhantes. São as palavras de Lévinas em *Totalidade e infinito*:

> Chama-se ética a esta impugnação da minha espontaneidade pela presença de Outrem. A estranheza de Outrem – a sua irredutibilidade a Mim, aos meus pensamentos e às minhas posses – realiza-se precisamente um pôr em questão da minha espontaneidade, como ética. A metafísica, a transcendência, o acolhimento do Outro pelo Mesmo, de Outrem por mim produz-se concretamente como impugnação do Mesmo pelo Outro, isto é, como a ética que cumpre a essência crítica do saber. E tal como a crítica precede o dogmatismo, a metafísica precede a ontologia. (LÉVINAS, 2019, p. 30)

A presença de Outrem limita imediatamente minhas expec-

tativas de ação e me chama à reponsabilidade. Exsurge, desse modo, um peso que me incomoda, mas que, ao mesmo tempo, me franqueia uma leveza diante da saída de mim mesmo.[4]

2.1. Desce a ontologia, sobe a ética

Ainda que não seja este o foco do presente trabalho, é importante traçar, correndo o risco da simplificação demasiada, as linhas gerais do itinerário percorrido por Lévinas para estabelecer a ética como filosofia primeira. Lévinas não esconde ser devedor de Heidegger, a quem atribui a qualidade de maior filósofo do século XX e um dos maiores do milênio.[5] É um louvor que não vem desacompanhado de tristeza, pois Lévinas confessa jamais ter esquecido o que Heidegger se tornara quando da ascensão do nazismo na Alemanha. A matriz do pensamento do filósofo da alteridade está apoiada na fenomenologia, pelo que deve também tributos à Husserl, mestre de Heidegger e precursor do aludido movimento filosófico.

A preocupação central de Heidegger, exposta em sua obra *Ser e tempo*, de 1927, diz respeito à compreensão do sentido do Ser.[6] O homem é visto como o ente que descobre o ser dos entes, inclusive de si mesmo. Não há caminho de compreensão do mundo que não passe pelo Ser. Sempre que dizemos que "algo é", estamos colocando "algo" como objeto de conhecimento. O Ser é o mediador entre o universal e o particular, é a pinça que retira algo da totalidade e a transforma em especificidade, em conhecimento. O Ser dá voz ao indizível, torna concreto o impalpável. Aqui, dignas de nota são as palavras de Alexandre Guedes Barbosa:

> Em verdade, o Ser é o conceito mais geral que temos. Sabemos que os conceitos são indicativos de generalidades e, desta maneira, podemos até mesmo compreender que o Ser teria a função de 'conceito de todos conceitos'. Pensemos, pois, num exemplo para esclarecer mais esse ponto. No conceito 'animal' temos a consciência de que tantos outros conceitos podem estar relacionados ao seu sentido, sem que haja prejuízo da compreensão do termo animal. Dentre esses conceitos possíveis, podemos lançar mão dos de 'autômato' e de 'vontade'. Podemos dizer que, assim como esses conceitos participam do conceito de 'ani-

> mal', também a 'animalidade' participaria, ou, dizendo de outro modo, estaria contida no conceito 'Ser', uma vez que ela 'é'. Neste sentido, o Ser seria compreendido como a unidade de todos os conceitos possíveis. (BARBOSA, 2018)

No mesmo rumo, convém transcrever as palavras do professor Leonardo Goulart Pimenta, que, em tese sobre a relação entre justiça e direito no pensamento de Lévinas, remonta a Martin Heidegger:

> O Ser entra como um termo médio entre o particular e estranho e o universal. 'Essa maneira de privar o ser conhecido da sua alteridade só pode ser levada a cabo se ele for vislumbrado através de um terceiro termo – termo neutro – que em si mesmo não é um ser. Nele viria a amortecer-se o choque do encontro entre o mesmo e o outro' (LÉVINAS, 1971, p. 32, tradução nossa). A ontologia serve para intermediar a conformação do fortuito, do estranho, do diverso, a uma ordem universal. O Ser acha-se justamente no meio da proposição cognitiva (isto é algo, isto é um crime, isto é um contrato, isto é democracia etc.). (PIMENTA, 2011, p. 20-21)

Definir precisamente o Ser é tarefa impossível. Afinal, o que estamos a dizer quando afirmamos que "algo é"? Qual a natureza do Ser usado para descrever todos os entes? Como, pois, elucidar aquilo que unifica todos os conceitos possíveis sem criar um novo conceito? Indagações de tal estirpe emanam diretamente das reflexões delineadas por Heidegger em sua obra cardinal.

Em verdade, ao usarmos o verbo "ser" sempre deixamos algo para trás. Por exemplo, quando dizemos "a cruz é um símbolo", estamos deixando de lado tantas outras coisas que a cruz também é ou poderá vir a ser (um objeto, uma forma, um instrumento, um ponto turístico etc.). Nada escapa ao Ser, o sentido só é gerado por meio dele. É inegável, portanto, que o Ser extravasa dos limites de qualquer tentativa de redução ou simplificação. O acesso aos entes somente tem lugar pelo ser desses entes, tal como se apresenta. O Ser pode ser vislumbrado como a imensidão que alberga todas as coisas. Há nele algo de absoluto e totalizante.

Novamente, valemo-nos das palavras de Leonardo Goulart Pimenta:

> Se todo o dizer sobre algo passa pela ontologia, a noção de Ser torna-se o caminho para que toda a realidade possa fazer sentido. Só assim tudo pode ser racionalizado e compreendido. A ontologia é o caminho para a totalidade (todas as vezes em que um evento ocorrer eu poderei dizer algo sobre ele). Teorizar sobre o ser implica uma totalidade. É o caminho para que toda a realidade possa ser desvendada, desvelada, e levada a seu conceito específico. Se algo está fora da ordem do ser, não existe – assim como todos os eventos só farão sentido se eu puder dizer sobre eles. A totalização implica que não haveria nada do eu que pudesse continuar sem ser reduzido e sem se adequar. (PIMENTA, 2011, p. 22)

O conhecimento, desse modo, fixa raízes na ontologia, pois conhecer é perscrutar o ser de algo. A pergunta sobre o Ser (pergunta ontológica) seria, por conseguinte, a pergunta originária. Nas palavras de Lévinas, "nossa existência concreta interpreta-se em função de sua entrada no 'aberto' do ser em geral".[7] A ontologia é um fato incontornável, uma forma de pensar sem a qual sequer podemos conceber o próprio conhecimento. Estamos inevitavelmente jogados em uma ontologia.

A questão do ser adquire dimensões ainda mais profundas quando se tem em mente que o ente que está a questionar o ser, o homem, está também mergulhado no ser. Heidegger percebe que, a despeito da fluidez indefinível do Ser, o homem possui uma pré-compreensão sobre ele. Há um uso cotidiano do Ser que pode ser apreendido por si mesmo, sem que precisemos enunciar precisamente seu sentido.[8] Deveras, um enunciado do tipo "aquele lugar é perigoso" é compreendido sem maiores dificuldades pelas pessoas.

Ao voltar sua atenção para o ente que formula a questão sobre o sentido do Ser, isto é, ao observar o autor da pergunta, Heidegger se dá conta de que tal ente possui um modo de ser peculiar que permite o questionamento. O homem é aquele que, pelo modo especial do seu ser, pode tentar descortinar o sentido do Ser. Esse ente especial, capaz de formular indagações, recebe o nome de *Dasein*. É no modo de ser do *Dasein*, sempre mergulhado em um horizonte de pré-compreensão sobre o Ser,

que se pode buscar o sentido do Ser em geral.

O *Dasein* não interpreta o mundo tal como ele é, mas como ele se apresenta dentro de um plano existencial sempre sujeito ao tempo. A peculiaridade ôntica do *Dasein* é denominada *precedência ontológica*.[9]

Feitas essas considerações, indispensáveis para a adequada introdução ao pensamento levinasiano, convém registrar que Lévinas não nega a ontologia ou sua utilidade. A preocupação de Lévinas está em retirar da ontologia sua precedência ou primazia. Haveria, antes de se abrirem as portas da ontologia, um terreno primeiro, cujo plano permite o acesso ao Ser. Segundo o filósofo da alteridade, o pano de fundo da discussão sobre o sentido do Ser é o reconhecimento do Outro. A relação com Outrem, de natureza ética, antecede a relação com o Ser. No ponto, convém citar fragmento de *Totalidade e infinito*:

> Não posso subtrair-me à sociedade com Outrem, mesmo quando considero o ser do ente que ele é. A compreensão do ser exprime-se já no ente que ressurge por detrás do tema em que ele se oferece. Este 'dizer a Outrem' – esta relação com Outrem como interlocutor, esta relação com um ente – precede toda a ontologia, é a relação última no ser. A ontologia supõe a metafísica. (LÉVINAS, 2019, p. 35)

Assim, incomoda a Lévinas o caráter impessoal da ontologia, que resume tudo e todos a um lugar dentro do Ser. Conhecer o Ser em sua plenitude significa poder subordinar todas as coisas a uma definição. Pela criação de conceitos abstratos, pode-se englobar um número cada vez mais significativo de situações e coisas. Quanto maior for capacidade do homem de dizer o que são todas as coisas, mais clara será sua descoberta do Ser.

O problema identificado por Lévinas é que o próprio homem não escapa da sujeição imposta pelo Ser. O homem passa a ser membro de um gênero, categoria ou conceito. Ao fim e ao cabo, a conceituação do homem é a morte de sua peculiaridade individual. Na compreensão levinasiana, "o homem é uma singularidade, diferente daquela que se subsume sob um conceito, o humano não é um conteúdo conhecido, qualificado, perceptível a partir de uma ideia geral qualquer e submetido a essa ideia".[10] Nesse sentido, uma filosofia construída a partir da

busca pelo sentido do Ser comete o pecado do esquecimento do valor humano, eis a crítica dirigida por Lévinas a seu mestre.

Sobre a precedência da relação ética sobre a ontologia, dignas de notas são as palavras de Nelio Vieira de Melo:

> O movimento de saída da ontologia para a relação ética se completa na inversão do sujeito de sua posição. Não é mais o Eu que comanda a ordem do entendimento, é o Outro. Ele se me apresenta, se me revela e me oferece a totalidade da significação, suplicando para não ser tematizado ou transformado em conceito. (MELO, 2003, p. 31)

Malgrado seja intelectualmente brilhante e inovadora a busca pelo sentido do ser proposta por Heidegger, a quem Lévinas não deixa de render o devido louvor, é indispensável a construção de um pensamento que coloque em evidência o interagir humano. É no face a face que aflora o sentido. No Outro encontramos aquilo que não pode ser resumido ou apreendido por completo – ele nos escapa, nos retira de nós mesmos. Sobre a peculiaridade existente no encontro com Outrem, são as palavras de Lévinas:

> O encontro com outrem consiste no fato de que, apesar da extensão da minha dominação sobre ele e de sua submissão, não o possuo. Ele não entra inteiramente na abertura do ser em que já me encontro como no campo de minha liberdade. Não é a partir do ser em geral que ele vem ao meu encontro. Tudo o que dele me vem a partir do ser em geral se oferece por certo à minha compreensão e posse. Compreendo-o, a partir de sua história, de seu meio, de seus hábitos. O que nela escapa à minha compreensão é ele, o ente. Não posso negá-lo parcialmente, na violência, apreendendo-o a partir do ser em geral e possuindo-o. (LÉVINAS, 1997, p. 31)

A ética, dessa maneira, deve triunfar sobre a ontologia.

2.2. A fuga da totalidade

"A veracidade do real, de todo o ser e do ser em geral, é a guerra: esse é o dado mais originário, mais evidente".[11] São es-

sas as palavras usadas por François-David Sabbah no início de sua exposição acerca do pensamento levinasiano. Trata-se de tomar um ponto de partida pessimista em relação à condição humana e sua capacidade de agir. Percebe-se, pois, que a paz é um estado mais difícil do que a violência, embora muito mais desejável. A virtude é muito mais cara do que o vício, a injustiça muito mais comum que a justiça. Nesse sentido, ancorar o pensamento em uma ideia neutra e disforme, como é o caso do Ser, significa, de alguma maneira, tolerar a guerra.

Lévinas procura demonstrar que o Ser nos chama à totalidade, à dominação, à tirania. Existe uma armadilha oculta na proposta de encarar tudo pela ótica de um conceito tão impessoal, tão neutro. Aqui, o filósofo parece aderir a Dostoievski, uma de suas importantes influências, quando este assim registra em *Memórias do subsolo*:

> Mas o homem é a tal ponto afeiçoado ao seu sistema e à dedução abstrata que está pronto a deturpar intencionalmente a verdade, a descer de seus olhos e seus ouvidos apenas para justificar a sua lógica. [...] Lançai um olhar ao redor: o sangue jorra em torrentes e, o que é mais, de modo tão alegre como se fosse champagne. (DOSTOIÉVSKI, 2009, p. 36)

Revela-se indispensável a ruptura da totalidade, cuja natureza poderia ser comparada à guerra. Promover a paz equivale a abandonar a totalidade. Assim que a natureza do ser é insuficiente para entregar ao ser humano "conteúdo" suficiente para promover, de forma irrevogável, o acolhimento do Outro. É preciso elevar esse ente peculiar, sempre inferior ao Ser, a um patamar de dignidade mais alto. Nesse caminho, recorremos novamente a Sabbah: "O encontro com a concretude do rosto de Outrem é que destrói a totalidade, desarma o guerreiro – ou seja, eu –, enquanto sou a lei do ser, enquanto, desde que nasci e existo, declaro a guerra, ameaço um outro qualquer, todos os outros, e a exterioridade em geral."[12]

A proposta filosófica de entrada no Ser pode cobrar um preço demasiado caro se não vier acompanhada de um elemento ainda mais valioso. Para Lévinas, a alternativa para a Totalidade é o que ele chama de Infinito, que se revela na presença do

Outro. A esse respeito:

> Levinas inicia o itinerário da filosofia propondo uma evasão do ser e assegurando que esse movimento se funda numa relação ética. A alteridade do outro, manifestada no rosto, é o fundamento sem fundamento de todo pensamento filosófico. E a ética, enquanto filosofia primeira, não tem sua fundação no conhecimento do ser. Ela é inteiramente um commencement. Isso implica que a filosofia tem um itinerário voltado para o infinito, para o infinito do outro. (MELO, 2003, p. 119)

Ainda no tópico, é interessante a reflexão de Lévinas a respeito da história dos irmãos Caim e Abel, extraída do Gênesis. Segundo a narrativa bíblica, Caim, imbuído de um mau sentimento por não ser tão bom quanto seu irmão Abel, mata-o e busca esquivar-se da responsabilidade pelo delito quando interpelado por Deus. Assim reflete Lévinas:

> É no Rosto do Outro que vem o mandamento que interrompe a marcha do mundo. Por que me sentiria eu responsável em presença do Rosto? Esta é a resposta de Caim. Quando se lhe diz 'onde está teu irmão?', ele responde: 'Sou eu o guarda de meu irmão?'. É isto o Rosto do Outro, tomado por uma imagem entre imagens e quando a Palavra de Deus que ele carrega fica desconhecida. Não se deve tomar a resposta de Caim como se ele zombasse de Deus, ou como se respondesse à maneira de uma criança: 'Não sou eu, é o outro'. A resposta de Caim é sincera. Em sua resposta só falta a ética; nela só há ontologia: eu sou eu e ele é ele. Somos seres ontologicamente separados. (LÉVINAS, 1997, p. 151-152)

Como resposta à evidente tirania do Ser, surge no pensamento levinasiano a ideia de Infinito, a qual nos compete analisar com mais detalhes.

2.3. O Infinito e o Rosto

Há algo no rosto do outro que nem a mais lúcida consciência saberia explicar. Lévinas busca um significado que seja superior à autonomia da consciência proposta pelo método fenomenológico de Husserl. Além disso, não aceita a redução da relação com outrem à ontologia, tal como se vê em Heidegger.

Para o filósofo da alteridade, aquilo que nos dá sentido somente pode ser encontrado fora da razão. Aqui se revela com grande vigor o ecletismo do filósofo lituano, já que não teme desertar as fileiras da racionalidade.

> Por outro lado, ele acaba designando a evasão para fora do ser, a ruptura da totalidade graças à relação com o Infinito, como único meio de alcançar a paz; e acaba identificando a palavra em que se revela essa abertura como palavra profética que não se dobra às exigências – impostas pela filosofia – da argumentação racional. (SABBAH, 2009, p. 48)

Se em Heidegger a relação com outrem reside em território ontológico, em Lévinas interessa mais a manifestação que se dá no rosto do outro. O sujeito é alguém que ultrapassa qualquer conceito, é uma unidade não apreendida pela razão em sua totalidade. Destarte, o homem é transcendente. A jornada humana está sempre na busca por aquilo que pode ir além da singela conceituação. Por mais perspicaz que possa ser o entendimento do homem acerca do "ser das coisas", a singularidade humana jamais é definida satisfatoriamente. De algum modo, o mistério que nos cerca é maior do que a luz que clareia nosso entendimento. A alteridade do outro não se deixa reduzir pelo pensamento.

Descartes, incansável em sua missão de duvidar, propôs que um sujeito finito não poderia conceber por si próprio, ou melhor, extrair de si mesmo, a ideia do infinito. Haveria nessa ideia uma natureza necessariamente estrangeira. Ela seria, assim, produto de algo externo ao ser pensante. O infinito, ao qual nada se pode acrescer, está num patamar externo ao sujeito pensante. Lévinas, inspirado no pensamento cartesiano, defende ser o infinito, como ente, maior do que a ideia que o sujeito possa fazer dele. O infinito trespassa, pois, os limites da objetivação e da assimilação pela consciência. Ele é maior do que o "recipiente" oferecido pelo pensamento. Nessa inadequação, o filósofo vislumbra a ininteligibilidade do sujeito.[13] O encontro com outrem é o encontro com o Infinito, com aquilo que é inegavelmente externo.

> O rosto é a própria identidade de um ser. Ele se manifesta aí a partir

> dele mesmo, sem conceito. A presença sensível deste casto pedaço de pele, com testa, nariz, olhos, boca, não é signo que permita remontar ao significado, nem máscara que o dissimula. A presença sensível, aqui, se dessensibiliza para deixar surgir diretamente aquele que não se refere senão a si, o idêntico. (LÉVINAS, 1997, p. 59)

Nessa mesma perspectiva, importa trazer o pensamento de Damiane Rita Maria Gomes, que bem sintetiza as ideias até aqui expostas:

> Abordar a metáfora do rosto é perceber a nítida trajetória de Lévinas para encontrar as ramagens do tecido humano, é deparar com o esforço de abandonar a ontologia tradicional. É derribar e adentrar caminhos sem saber aonde chegar, mas sempre atrelado ao ponto de saída: o Outro. É percorrer trilhas anteriormente traçadas por uma subjetividade centrada no eu para ensejar o trajeto das estradas que levarão ao humano, à subjetividade acolhedora de outrem. A premissa para o horizonte ético de Lévinas é a epifania do Rosto. O rosto é a irrupção do Outro cujo advento não posso saber, cujo conteúdo não posso traduzir. (GOMES, 2006, p. 53)

A alteridade adquire sua expressão máxima no Rosto, que ultrapassa a objetivação. No dizer de Nelio Vieira Melo, "o sujeito vai do ser completamente impessoal ao ser infinito pessoal".[14]

3. A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE JUSTIÇA E RESPONSABILIDADE

Até aqui nos ocupamos da desafiadora tarefa de expor, ainda que em seus traços mais gerais, a riqueza do pensamento levinasiano. Compete-nos, doravante, entrelaçar a ideias do filósofo da alteridade com uma noção de justiça que possa servir ao Direito. Para delinearmos o agir justo em Lévinas, valemo-nos da ideia de assimetria da intersubjetividade, construída por ele com inspiração em Dostoievski e assim resumida em *Totalidade e infinito*:

> Porém, minha idéia central é a que eu chamava 'assimetria da intersubjetividade': a situação excepcional do Eu. Sempre lembro, a este propósito, Dostoievski; um de seus personagens diz: 'Somos todos culpados de tudo e de todos, e eu mais que todos os outros'. Mas a esta ideia – sem a contradizer – acrescento logo o cuidado com o terceiro e, por conseguinte, a justiça. (LÉVINAS, 2019, p. 145)

Assim, dizer que a intersubjetividade é assimétrica significa estabelecer a priori uma desigualdade entre o Eu e o Outro, em que a balança da responsabilidade pende para o lado do Eu. Não sou detentor de iguais direitos sobre o Outro, mas de uma responsabilidade em relação a ele. Parece-nos que Lévinas transporta para o universo intersubjetivo a doutrina do pecado original presente na narrativa bíblica, colocando-a como o contrapeso da responsabilidade que não podemos deixar de assumir. Todo ser humano seria, de um algum modo, inadequado, pecador e culpado; nessa medida, a ninguém é dado considerar-se isento de responsabilidade pela injustiça presente no mundo.

A frase de Dostoievski remete-nos ao dever de sermos uma força positiva no mundo, como se a resolução dos problemas existentes, ou de muitos deles, dependesse de nós. O Outro é sempre minha responsabilidade, ele é minha janela para o mundo, só ele me desloca de mim mesmo. Sou sempre devedor, minha dívida não é de fácil quitação. O Rosto que me interpela é meu convite à responsabilidade.

> O encontro com Outrem é imediatamente minha responsabilidade por ele. A responsabilidade pelo próximo é, sem dúvida, o nome grave do que se chama amor do próximo, amor sem Eros, caridade, amor em que o momento ético domina o momento passional, amor sem concupiscência. Não gosto da palavra amor, que está gasta e adulterada. Falemos duma assunção do destino de outrem. É isto a 'visão' do Rosto, e se aplica ao primeiro que aparece. Se ele fosse meu único interlocutor, eu só teria obrigações! (LÉVINAS, 1997, p. 143)

A assimetria a que aludimos está assim explicada por Lévinas em *Difficult freedom*:

> Reciprocity is a structure founded on an original inequality. For equality to make its entry into the world, beings must be able to demand more of themselves than of the Other, feel responsibilities on which the fate of humanity hangs, and in this sense pose themselves problems outside humanity. (LÉVINAS, 1990, p. 22)

Em trabalho dedicado à responsabilidade na obra levinasiana, Leonardo Goulart Pimenta afirma que a verdadeira justiça estaria atrelada a ir além daquilo que estabelece o Direito. Segundo o autor:

> Consistindo o direito uma ordem conceitual, seja dos deveres ou do próprio sujeito de direito, a justiça constitui-se exatamente em transcender ao direito. Se essencialmente o humano transcende a toda ordem, a justiça está justamente em ir além do que foi definido pela ordem jurídica. (PIMENTA, 2012, p. 1341)

Pimenta explica ainda que a justiça seria um valor de difícil alcance pelo Direito. Isso porque a ordem jurídica é sempre ontológica, já que não consegue despir-se de sua natureza conceitual redutora. O Direito precisa estabelecer o ser das coisas, precisa de conceitos, definições e abstrações. A lei não pode furtar-se de definir quem é o sujeito de direitos, a vítima, o criminoso, o juiz, o devedor. A justiça estaria, assim, além da ordem jurídica; se uma medida judicial precisou ser movida para corrigir uma injustiça é porque a justiça já está atrasada. A justiça que vem pelo uso da força já é, sob um certo ângulo, uma justiça deficitária.

> A justiça é a ordem imposta pelo rosto no sentido de se atuar sobre a infinita penúria do humano; e não uma justificativa para se usar a força. Usar violência ou força é provocar sofrimento, e a justiça é agir sobre o sofrimento. Mesmo se a coação estiver de acordo com o direito, ainda será injusta. Mesmo que um indivíduo seja um criminoso, um excluído, um condenado, ainda assim a violência, mesmo que travestida de força, não se coaduna ao justo. A coação pode ser elemento do direito, mas não do justo. Toda justificativa da violência é da política, é do direito. (PIMENTA, 2012, p. 1334)

Não é demasiado concluir, nesse rumo, que Lévinas nos

apresenta uma justiça difícil. Ele parece implacável com aquele que usa de sua liberdade para fugir da responsabilidade. A ética impõe-se por si mesma. Ela não requer um fundamento. Ela é o fundamento.

4. CONCLUSÃO

Premiar aquele que agiu de forma responsável parece ser uma boa meta a ser alcançada pelo Direito. A obra de Lévinas nos incita, pois, à reflexão acerca do papel da responsabilidade na concretização da justiça. A exigência de uma postura responsável do ser humano na convivência social não pode ser uma ideia ligada, tão somente, à reparação de dano. Agir de maneira justa vai muito além do "não lesar a outrem".

Lévinas defende que o preceito moral de não matar (não matarás) se amplia para o dever de não deixar morrer. Nesse sentido, aquilo que já foi um dever de abstenção, é agora um mandamento de ação. Complexa é a tarefa de encontrar o papel do Direito no incremento das responsabilidades do ser humano. É induvidoso que esse movimento já ocorreu em algumas searas, como é o caso da responsabilidade ambiental e da responsabilidade daquele que assume o risco da atividade. Parecenos, entretanto, que o pensamento levinasiano está muito mais voltado à responsabilidade pessoal de cada indivíduo. É no indivíduo responsável que encontramos a justiça em sua forma mais essencial.

São as palavras de Lévinas sobre a escolha pela justiça: "O humano é o retorno à interioridade da consciência não-intencional, à má consciência, à sua possibilidade de temer a injustiça mais que a morte, de preferir a injustiça sofrida à injustiça cometida e de preferir o que justifica o ser àquilo que o assegura".[15]

Ainda que o Direito tenha muitos limites quanto à interferência na liberdade de agir de cada um, é sempre válido considerar que, segundo Lévinas, nossa liberdade deve sempre nos conduzir na direção da responsabilidade. A formação de indi-

víduos responsáveis apresenta-se como o caminho ideal para o amadurecimento de um Direito justo.

NOTAS

[1] REALE, Giovanni, e ANTISERI, Dario. **História da filosofia:** filosofia pagã antiga, v. 1. São Paulo: Paulus, 2003. p. 160 e 220.

[2] MELO, Nelio Vieira de. **A ética da alteridade em Emmanuel Levinas.** Poro Alegre: EdiPucRS, 2003. p. 132.

[3] SABBAH, François-David. **Lévinas.** São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 73.

[4] SABBAH, François-David. **Lévinas**. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 81.

[5] LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2019. p. 158.

[6] REALE, G., e ANTISERI, D. **História da filosofia, 6:** de Nietzsche à Escola de Frankfurt. São Paulo: Paulus, 2006. p. 223.

[7] LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós:** ensaios sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 25.

[8] BARBOSA, Alexandre Guedes. **A ontologia fundamental heideggeriana em Ser e Tempo.** 2018. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018. p. 27. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/8359/5/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Alexandre%20Guedes%20Barbosa%20-%202018.pdf>. Acesso em: 15/7/2019.

[9] BARBOSA, Alexandre Guedes. **A ontologia fundamental heideggeriana em Ser e Tempo.** 2018. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018. p. 30. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/8359/5/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Alexandre%20Guedes%20Barbosa%20-%202018.pdf>. Acesso em 15 jul. 2019.

[10] PIMENTA, Leonardo Goulart. **Difícil justiça:** a relação entre justiça e direito a partir do pensamento de Emmanuel Lévinas. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 28. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PimentaLG_1.pdf>. Acesso em: 1º/7/2019.

[11] SABBAH, François-David. **Lévinas.** São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 46.

[12] SABBAH, François-David. **Lévinas**. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 49.

[13] PIMENTA, Leonardo Goulart. **Difícil justiça:** a relação entre justiça e direito a partir do pensamento de Emmanuel Lévinas. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 50-52. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PimentaLG_1.pdf>. Acesso em: 1º/7/2019.

[14] MELO, Nelio Vieira de. **A ética da alteridade em Emmanuel Levinas.** Poro Alegre: EdiPucRS, 2003. p. 119.

[15] LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós:** ensaios sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 197.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Alexandre Guedes. **A ontologia fundamental heideggeriana em Ser e Tempo.** 2018. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/8359/5/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Alexandre%20Guedes%20Barbosa%20-%202018.pdf>. Acesso em: 15/7/2019.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Memórias do subsolo.** 6. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

GOMES, Damiane Rita Maria. **A alteridade como fundamento da justiça:** um estudo da alteridade no âmbito da filialidade. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.
Disponível em: <http://server05.pucminas.br/teses/Direito_GomesDR_1.pdf>. Acesso em: 20/8/2019.

LEVINAS, Emmanuel. **Difficult Freedom:** essays on judaism. Translated by Seán Hand. Baltimore: John Hopkins University Press, 1990.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós:** ensaios sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 1997.

LEVINAS, Emmanuel. **Quatro leituras talmúdicas.** São Paulo: Perspectiva, 2017.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2019.

MELO, Nelio Vieira de. **A ética da alteridade em Emmanuel Levinas.** Poro Alegre: EdiPucRS, 2003.

PIMENTA, Leonardo Goulart. **Difícil justiça:** a relação entre justiça e direito a partir do pensamento de Emmanuel Lévinas. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 28. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PimentaLG_1.pdf>. Acesso em: 1º/7/2019.

PIMENTA, Leonardo Goulart. **Responsabilidade e direito na teoria de Emmanuel Lévinas.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica -ISSN 1980-7791 1334>. Acesso em: 8/11/ 2019.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia, 6:** de Nietzsche à Escola de Frankfurt. São Paulo: Paulus, 2006.

SABBAH, François-David. **Lévinas.** São Paulo: Estação Liberdade, 2009.

ROBERTO PORTUGAL BACELLAR

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, mestre em direito pela PUC-PR, especialista em direito civil e processual civil pela Universidade Paranaense, MBA em gestão empresarial pela UFPR, professor da PUC-PR, FGV (LLM), PUC-SP (Cogeae), Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e membro do Conselho Gestor de Conciliação e Mediação do CNJ.

ADMINISTRADOR JUDICIÁRIO PARA UM JUDICIÁRIO MELHOR

Constituição da República prevê a tripartição dos poderes do Estado, com a necessária harmonia entre eles: Judiciário, Legislativo e Executivo. É o Estado juiz, o Estado legislador e o Estado administrador, com evidente preponderância de cada um na sua atividade fundamental.

No Poder Executivo, ocorre a preponderância da condição de administrador. Entretanto, aos demais também compete sua própria administração, e se diz por isso que a separação de atividades entre os poderes não é absoluta.

Além de atividades de julgamento, pretende-se destacar a administração do Poder Judiciário por ele próprio, e, mais que

isso, por seus magistrados. No Brasil, adota-se o sistema romanista do direito positivado da lei escrita (*Civil Law*). Pela lei, os juízes administram unidades judiciárias, desempenham atividades de diretor de foro ou fórum, enquanto desembargadores administram os tribunais.

Em outros países, a exemplo dos Estados Unidos da América, pertencente à família do direito costumeiro anglo-saxão dos precedentes (*Common Law*), até a década 1950 os magistrados ainda acumulavam alguma atividade administrativa; hoje, os juízes julgam e apenas julgam. Administradores é que administram, inclusive, os tribunais. Lá, pela primeira vez em 1957 aparecia a figura do administrador de tribunais, sendo Edward Gallas, em Los Angeles, o primeiro deles. Mais tarde, em 1977, já havia administradores de tribunais estaduais em 46 Estados norte-americanos. Hoje, todos os Estados americanos contam com administradores judiciais (BACELLAR, 2003 p. 239).

Tanto ao juiz na sua função própria de julgador quanto ao juiz como administrador cabe viabilizar instrumentos de acesso à Justiça como acesso à solução adequada dos conflitos. O primeiro com atuação na atividade fim e o segundo na atividade meio devem propiciar condições para a prestação de um melhor serviço à sociedade. Buscam, ambos, soluções práticas, como a efetividade do processo e a possibilidade de se alcançar, num menor espaço de tempo possível, uma solução adequada.

A administração judiciária, espécie de administração pública, tem sua base na Constituição da República. Para que a solução dos conflitos ocorra de forma a propiciar soluções adequadas, é preciso planejamento, capacitação de magistrados e servidores. Princípios como os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência integram o rol constitucional, conforme o artigo 37. Outros princípios, embora não previstos expressamente na Constituição, como o princípio da integridade, são imperativos de todos os poderes.

No Poder Judiciário, a gestão judiciária reclama prestar um melhor serviço ao jurisdicionado, e para isso precisa vencer vários desafios, como o da lentidão, o da diminuição da burocracia e o de buscar qualidade com legitimação social perante os cidadãos.

É grande o desafio imposto ao Poder Judiciário de coordenar e administrar a solução de controvérsias em um País continental como o Brasil. Isso exige planejamento e desenvolvimento de políticas de administração judiciária, além da capacidade de cada juiz de produzir decisões judiciárias com justiça.

Nossa geração, dentro do que tem sido denominado de pós-modernidade, de maneira inadequada – mas ainda assim de maneira autêntica na sua inadequação (SOUSA SANTOS, 2006, p. 77) –, precisa refletir sobre administração judiciária de forma ampla, inclusive em relação às formas mais adequadas de recepcionar os conflitos e buscar solução compatível com as expectativas da sociedade, em busca da restauração das relações e da pacificação social (BACELLAR, 2016). A atividade fim do Poder Judiciário de produzir justiça só se realizará se forem estruturados os meios necessários ao alcance dessa finalidade.

O Brasil começa só agora, a partir do estabelecimento de metas pelo CNJ, a manifestar preocupação mais ampla com gestão e administração judiciária. Como enfatiza Vladimir Passos de Freitas, "a administração da Justiça só veio a ser estudada, de forma científica, a partir de 2000. Todavia, sempre foram tomadas medidas administrativas, muito embora de forma empírica" (FREITAS, 2006, p. 263).

Os juízes têm assumido, em geral, responsabilidades por várias atribuições cartoriais, de pessoal e mesmo de simples impulso processual, que os retiram de suas atividades principais, que deveriam ser de dedicação exclusiva, para as quais foram preparados, como por exemplo: julgar os casos.

É perceptível, nessa área administrativa, uma atuação dos juízes mais intuitiva do que técnica, pelo que há a necessidade de um trabalho integrado, de ações e reflexões em busca de uma maior profissionalização da atividade de gestão e administração judiciária. Há uma reclamação perene sobre a demora nas decisões, e os juízes – julgando acima de suas capacidades – não mais suportam o demasiado volume de processos. Ainda que trabalhem muito, os magistrados não conseguem cumprir as metas de julgar os casos em quantidade suficiente a superar os tantos outros que dão entrada nos juízos brasileiros e diminuir o estoque de processos acumulados.

Ainda que essa realidade exista e que a sobrecarga de trabalho na atividade fim seja uma constante, há uma enorme concentração de poderes de gestão e administração nas mãos de magistrados nas suas unidades judiciárias, fundamentalmente quando ocupam as funções de diretor de foro (fórum), e nos tribunais, quando são eleitos para a cúpula diretiva.

Ao se discutir a possibilidade de delegação ou transferência da administração de tribunais a administradores e de algumas questões jurídicas por meios de solução extrajudicial, privado, fora do âmbito do Poder Judiciário, há por parte de alguns uma resistência muito grande em face da ideia de perda de poder, desprestígio dos magistrados que atualmente desempenham essas atividades.

É recomendável, porém, em uma análise realista, que muitas das atividades administrativas sejam desempenhadas por administradores, e que várias questões negociais, consensuais e enunciativas sejam desenvolvidas por outros servidores que não os juízes. É fato que vários conflitos são solucionados por meios extrajudiciais como a negociação, a mediação e a arbitragem – independentemente do Poder Judiciário, e isso precisa ser cada vez mais estimulado no próprio ambiente do Poder Judiciário.

Coincidentemente na mesma década de 1950, especificamente em 1º de junho de 1952, no Tribunal de Justiça do Paraná, Romeu Felipe Bacellar tomou posse como Secretário e lá permaneceu por 16 anos consecutivos. Sua formação em administração e economia, além da formação em direito, lhe permitia exercer essas funções como um verdadeiro administrador judicial. Retornou ainda por mais 2 anos e ocupou a mesma função de Secretário e depois se aposentou definitivamente da atividade de "administrador judicial".

Temos que refletir seriamente, nós que integramos a administração judiciária, sobre a necessidade de que os tribunais tenham profissionais das áreas de administração, economia, psicologia, serviço social, pedagogia, entre outras. Isso possibilitará ao profissional do direito, magistrado, assessor jurídico, analista dentre outros, melhor aproveitamento para a atividade jurisdicional para a qual efetivamente foi preparado e formado.

Esses profissionais de outras áreas, fundamentalmente os administradores, podem ser utilizados para compor a tecnoestrutura e assessoria de apoio na administração judiciária. Há na, grande maioria dos tribunais, segundo o relatório Justiça em números 2019: ano-base 2018 (CNJ, 2019), cargos comissionados que poderão ser preenchidos por bons profissionais dessas áreas – que atuarão enquanto servirem ao interesse público. Podem esses profissionais ocupantes de cargos comissionados ser dispensados sem formalidades, caso não correspondam às expectativas do magistrado administrador judiciário (BACELLAR, 2016a).

A falta de assessoria, notadamente nos juízos estaduais de primeiro grau, em muitos tribunais brasileiros, transforma o juiz em um operário que faz tudo: atendimento de telefone, arquivamento de documentos, gerenciamento de processos, controle de provimentos jurisdicionais, organização da pauta de audiências, redação de ofícios, formulação de pedidos de material, portarias, orientação aos servidores, inspeção permanente nas secretarias. Quando se chega às atividades típicas e fundamentais de presidência das audiências, atendimento aos advogados e julgamento dos processos, percebe-se que investiu muito tempo em outras atividades não essenciais que poderiam ter sido desempenhadas por outros servidores (BACELLAR, 2016a).

É evidente que tanto a cúpula estratégica dos tribunais quanto os magistrados diretores de foro precisam conhecer as técnicas e ferramentas de gestão administrativa. Isso não significa, porém, que precisem ser eles próprios os responsáveis pelas atividades de administração exercidas nas linhas intermediárias e operacionais. De todas essas atividades, a presidência de audiências, sessões, o atendimento aos advogados e o julgamento dos processos são de sua exclusiva atribuição.

Em uma gestão centralizadora, quando um presidente de tribunal ou um juiz-diretor administrador "faz tudo", desempenha várias tarefas diversificadas e assume sozinho a responsabilidade de sua execução, não há necessidade de se implementarem os mecanismos de coordenação (BACELLAR, 2016a).

Henry Mintzberg, ao descrever os fundamentos da planificação organizacional, relata a história da senhora Raku, que

fabricava cerâmicas no porão de sua casa. Isso envolvia certo número de tarefas distintas, como amontoar a argila, dar-lhe forma de vaso, modelar, preparar e depois aplicar o esmalte e, por fim, cozer os vasos no forno. A coordenação de todas essas tarefas não apresentava problemas, pois ela própria as executava. Ao final conclui: "A estrutura de uma organização pode ser simplesmente definida como a soma total das maneiras pelas quais o trabalho é dividido em tarefas distintas e como é feita a coordenação entre essas tarefas" (MINTZBERG, 1995).

> *O problema da falta de administradores para atuar nos tribunais é grave e precisa ser assumido. A autogestão exige qualificação técnica dos auxiliares, e essas ações devem ser propiciadas pela administração judiciária.*

O caminho do aperfeiçoamento recomenda divisão de trabalho, descentralização, contratação de administradores e qualificação dos servidores para o desempenho de atividades conforme suas habilidades operacionais e seus níveis técnicos. O problema da falha de gestão, falta de administradores para auxiliar a administrar os tribunais é grave e precisa ser assumido pelo Poder judiciário. A autogestão exige qualificação técnica dos auxiliares, e essas ações devem ser assumidas como de responsabilidade interna da administração judiciária.

Há exceções de bons administradores que são juízes, mas a regra é a de que bons juízes muitas vezes não são bons administradores. A condição de magistrado que determina, manda, executa, prende e decide sem discussão é muita vez incompatível com a do administrador. O administrador juiz que carre-

gar consigo para administração judiciária os seus superpoderes certamente não será um bom administrador. Os poderes de império da magistratura só se justificam para fazer cumprir a lei de modo impositivo com a intencionalidade de buscar a pacificação, a preservação da convivência pacífica entre as pessoas.

Um administrador judicial qualificado na área de administração saberia identificar os reais problemas e indicar as possíveis soluções, o que para o magistrado é um sacrifício, na medida em que sabe muito bem aplicar a lei ao caso concreto e dirimir conflitos entre as pessoas e para isso foi formado.

Joaquim Falcão destaca que "tal qual na medicina, o médico só receita o remédio depois de identificado o problema, isso é, a doença, através das técnicas da anamnese e diagnóstico. O que, por sua vez, permite identificar as causas. E então, tratar... Na verdade, não nos faltam remédios, mesmo grave sendo a doença. Falta é uma estratégia, digamos, uma política de mudanças. Daí inclusive nossa opção por, antes de prescrever remédios, delinear as possíveis estratégias de tratamento" (FALCÃO, 1996, p. 271).

Nessa definição de diagnóstico – originária da medicina – é possível perceber a importância de um profissional administrador que, verificando os sintomas, e com base no conhecimento sobre eles, ministrar os planos estratégicos de combate aos problemas da administração judiciária brasileira. O ambiente organizacional dos tribunais é desfavorável à mudança, conduzindo os magistrados-administradores, mesmo em situações mais graves e que imporiam remédios amargos, a seguir uma tendência natural de acomodação e manutenção das rotinas existentes. É a denominada zona de conforto que importa em manter as coisas como estão e a fazer "mais do mesmo".

Segundo Joaquim Falcão, a crise para o Poder Judiciário "se lhe parece como algo externo. O que causa a paralisia é a estruturação do Judiciário a partir de monopólios profissionais que não se acreditam partes da doença, e que, no entanto, seriam inevitavelmente atingidos pelo tratamento. É difícil tratar do doente que não se acredita responsável pela doença" (FALCÃO, 1996, p. 278-279).

José Eduardo Faria destaca que a "ineficiência do sistema de

Justiça decorre, em grande parte, da incompatibilidade entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica sobre a qual deve atuar. Historicamente organizado de modo formal e burocrático, concebido para exercer as funções instrumentais e políticas simbólicas no âmbito de uma sociedade que se pretendia igualitária e justa, não tem o Judiciário logrado fazer frente a uma distinta realidade social" (SCHMIDT, 2008, p. 43).

Constata-se que em grande parte dos tribunais há necessidade de buscar fora dos meandros do direito profissionais qualificados de outras áreas do conhecimento, como administradores judiciais, e com eles atuar no ajuste administrativo e na adequada coordenação das atividades do Poder Judiciário, diagnosticando os problemas e orientando as soluções para as variadas situações do dia a dia.

A adoção de mecanismos de governança poderá ativar a organização das atividades judiciárias, e a cúpula dos tribunais elegerá prioridades estratégicas, determinará ações que orientem soluções com eficiência e efetividade para as mais complexas questões institucionais. A mesma regra vale para o juiz diretor de foro, que elegerá suas prioridades e as ações serão coordenadas por administradores.

O princípio constitucional da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, é originário da Ciência da Administração, e é descrito, dentre outros, nos artigos 37 e 39 da Constituição da República. Segundo Jorge Bernardi e Nelson Martins Brudeki:

> O Princípio da eficiência na Administração Pública tem por objetivo assegurar à comunidade, com os mesmos recursos, mais serviços de melhor qualidade e no menor tempo. O legislador, com isso, pretende reduzir custos e aplicar melhor os recursos públicos. Esse princípio abrange os aspectos econômicos da Administração Pública e tem sua origem em conceitos da iniciativa privada, incluídos nas reformas propostas pelo movimento conhecido como Nova Administração Pública (BERNARDI e BRUDEKI, 2013, p.29).

O § 7º do artigo 39 da Constituição apresenta a assertiva e descreve: "Lei da União, dos Estados [...] disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com

despesas correntes em cada órgão [...], para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma adicional ou prêmio de produtividade".

O alcance da qualidade dos serviços judiciários, inclusive para gerar satisfação aos interesses dos jurisdicionados, dependerá de uma gestão não só eficiente, mas efetiva no tempo. Seguir o exemplo de outros países pode ser uma boa medida. Basta relembrar, como já se fez anteriormente aqui, que, até antes da década de 1950, nos Estados Unidos, juízes e tribunais dividiam as atividades administrativas com as judiciais, e o similar mais próximo a um administrador de tribunal estadual era um cargo judiciário no Estado de Connecticut, chamado de secretário executivo (executive secretary) da Suprema Corte; função que consistia em coletar informações e gerar relatórios (BACELLAR, 2003). Imaginava-se, até antes dessa data, que o sistema judiciário americano pudesse funcionar a contento desde que os juízes trabalhassem com dedicação, e havia resistência a quaisquer interferências ou propostas de gerenciamento administrativo, o que poderia influenciar na atividade judiciária. Os próprios juízes eram renitentes à ideia, sendo difícil vencer as barreiras, e só o tempo foi capaz de fazer mostrar que os administradores eram importantes aliados no aperfeiçoamento da organização judiciária norte-americana. (BACELLAR, 2016a).

O administrador judiciário nos Estados Unidos libera o juiz do pesado fardo das atividades administrativas e faz com que ele se dedique à resolução dos conflitos, que afinal é sua atividade-fim.

Ressaltei em outra oportunidade que os norte-americanos costumam dizer que os administradores não concorrem com a atividade do juiz porque não têm qualquer poder, mas contam com algumas boas ideias e muita persuasão. Suas ideias acabam prevalecendo naturalmente. Nos Estados Unidos há 2.300 administradores de tribunais, todos com curso superior (em direito, administração e história, dentre outros) e pós-graduação em administração judiciária (BACELLAR, 2016a).

O administrador judiciário é subordinado ao Presidente do respectivo tribunal e não se confunde com a figura do escrivão

(*clerk*), que tem responsabilidades diversas, incluindo a manutenção do prédio, dos funcionários, áreas de estacionamento, orçamento, estatística e tecnologia.

Na impossibilidade de auto superação das dificuldades internas administrativas e de gestão, os tribunais devem investir em administradores judiciais, assessoria técnica e tecnoestrutura que trabalhem (dentro ou fora dos tribunais) com independência técnica para traçar, com profissionalismo, segundo a orientação estratégica e as diretrizes dos magistrados (Presidentes de Tribunais e Juízes diretores de foro) os passos necessários ao alcance dos objetivos do Poder Judiciário de realizar a justiça em tempo razoável e com satisfação do jurisdicionado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Administração judiciária com justiça**. Curitiba: InterSaberes, 2016a.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: RT, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BERNARDI, Jorge Luiz, e BRUDEKI, Nelson Martins. **Gestão de serviços públicos municipais**. Curitiba: InterSaberes, 2013.

CNJ. **Justiça em números 2019**: ano-base-2018. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. 2019.

FALCÃO, Joaquim. Justiça: promessa e realidade. In: **O acesso à justiça em países ibero-americanos**. Associação dos Magistrados Brasileiros (org). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

FREITAS, Vladimir Passos de, e Freitas, Dario Almeida Passos de (coords.). **Direito e administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006.

MINTZBERG, Henry. **Criando organizações eficazes:** estrutura em cinco configurações. Trad. Cyro Bernardes. São Paulo: Atlas, 1995.

SCHMIDT. Ricardo Pippi. **Administração judiciária e os Juizados Especiais Cíveis:** o caso do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2008.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 11. ed. São Paulo: Cortes Editora, 2006.

REPRESENTAÇÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS DO PARANÁ: A LEI Nº 8.666/1993 E A DEFESA DO PODER JUDICIÁRIO

Mariana da Costa Turra Brandão
Denise de Oliveira
Sandra Aparecida Pael Ribas

Consultoras jurídicas do Poder Judiciário do Paraná, integrantes da Diretoria e da Assessoria Jurídica do Departamento do Patrimônio.

APRESENTAÇÃO

No dia 10 de julho de 2019, o Tribunal de Contas do Paraná, em sessão plenária (Sessão Ordinária nº 23), julgou a representação nº 677665-8, proposta por uma empresa que se habilitou em licitação realizada no âmbito do Poder Judiciário. A matéria dizia respeito à interpretação da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), e tinha por objeto o Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, sobre contratação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, com fornecimento de peças, para veículos oficiais. A reclamante contestou: i) cláusula do edital que excluiu do certame licitantes que tivessem sofrido penalidade de suspensão ou impedimento em qualquer esfera da administração (federal, estadual ou municipal); e ii) a falta de exigência de atestado de capacitação técnica e de balanço patrimonial.

A defesa do Tribunal, realizada pela Consultoria Jurídica do Departamento do Patrimônio (nas fases de apresentação de documentos e de sustentação oral), afirmou a legalidade do edital, com base em dispositivos da Lei de Licitações e da Constituição da República, além de citar jurisprudência do

Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Contas sobre o assunto. No final dos trabalhos, com voto do relator, Conselheiro Ivan Bonilha, foi dado provimento parcial à reclamação, afastada a incidência de multa e preservada a validade do contrato resultante da licitação.

Este documento é uma síntese dos argumentos expostos pela defesa do Tribunal de Justiça do Paraná naquele procedimento.

1. RESUMO DOS FATOS

Trata-se de representação da Lei nº 8.666/1993, com pedido cautelar, formulada por empresa participante de processo licitatório, que aponta irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, destinado à "contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração e gerenciamento compartilhado de frota para a manutenção preventiva e corretiva de veículos, de forma continuada, junto à rede de estabelecimentos credenciados, por meio de sistema informatizado para atender os veículos oficiais do Tribunal de Justiça do Paraná ou a seu serviço".

1.1. Alegações da empresa representante

A representante se insurgiu contra o item 6.2, "b", do Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, que veda a participação de licitantes suspensas temporariamente de participar de certames e impedidas de contratar com a Administração, independentemente do órgão sancionador. O dispositivo contestado tem o seguinte teor:

> 6.2. É vedada a participação, direta ou indiretamente, de empresas:
> [...] b) suspensas temporariamente de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, direta ou indireta.

A representante questionou, também, a falta de exigência de comprovação de capacidade técnica no certame, uma vez que o edital estabeleceu que essa comprovação se faça unicamente mediante o Sicaf, conforme os seus itens 13.2, "d", e 13.6., "a". Argumentou que o artigo 27 da Lei nº 8.666/1993 exige, de modo expresso, qualificação técnica comprovada como requisito de habilitação, e que tal ponto não está na esfera de discricionariedade do administrador. Insurgiu-se, também, contra a falta de exigência de balanço patrimonial, argumentando que o artigo 31 da Lei nº 8.666/1993 determina que os licitantes o apresentem, com a finalidade de demonstrar sua boa situação financeira. Asseverou que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, não podendo, ao seu alvitre, deixar de exigir item que a lei aponta como indispensável.

Pugnou pelo deferimento de medida cautelar, para suspensão imediata do procedimento licitatório, e, no mérito, pela integral procedência da representação, de modo a ser determinada a reforma do Edital, com reabertura de prazo para apresentação das propostas. A liminar não foi concedida, argumentando o Conselheiro relator que "sobre parte dos pontos questionados incide divergência jurisprudencial e doutrinária".

1.2. A Instrução nº 530/2018-CGE e o Parecer nº 1015/2018, do Ministério Público de Contas

Recebida a representação e apresentadas as razões de contraditório pelo Tribunal de Justiça do Paraná, foi emitido, no âmbito da Coordenadoria de Gestão Estadual, o documento de Instrução nº 530/2018. Na sequência, acatando a instrução referida, o Ministério Público de Contas do Paraná emitiu o Parecer nº 1015/2018, que entendeu que a representação deveria acarretar duas multas à direção do Departamento do Patrimônio do Tribunal de Justiça, com base no artigo 87, III, "d", da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Paraná, excluindo a responsabilização do chefe do Poder Judiciário local, sob a justificativa de que tal medida iria "de encontro com o entendimento exarado no Acórdão nº 2046/2008, do Plenário do Tribunal de Contas da União."

Inferiu-se que o entendimento do Tribunal de Contas do Paraná é diverso do adotado pelo Tribunal de Justiça acerca da vedação da participação de empresas suspensas ou impedidas, "dado que a sanção de impedimento para licitar derivada da Lei [Federal] nº 10.520/2002 não se confunde com a declaração de inidoneidade ou suspensão temporária da lei de licitações". Citou-se o Acórdão nº 2834/2018, do Tribunal de Contas do Paraná, que prevê que a penalidade sofrida pela empresa é restrita ao âmbito do ente que a sancionou. Quanto aos requisitos técnicos e econômico-financeiros, argumentou-se que "poderia resultar em uma execução deficiente dos serviços, ou até mesmo a sua inexecução, haja vista que a empresa vencedora não precisaria comprovar sua qualificação profissional e [sua] saúde financeira para adimplir o contrato."

Por fim, o Ministério Público de Contas opinou pela retificação e republicação do Pregão Eletrônico, com o intuito de que seja excluída a cláusula prevista no item 6.2., "b", bem como estipulados requisitos técnicos e econômico-financeiros mínimos para a habilitação das empresas licitantes. Os argumentos utilizados pela empresa reclamante, pela Coordenadoria de Gestão Estadual e pelo Ministério Público de Contas, todavia, não podem prosperar.

1.3. A ausência de análise dos argumentos contidos na defesa e a menção ao Acórdão nº 2834/2018-TCEPR, posterior ao edital e à representação

Na Instrução nº 530/2018, não foram mencionados os argumentos contidos na defesa apresentada pelo Tribunal de Justiça, que demonstrou que há entendimentos divergentes sobre a questão, notadamente na esfera da competência do STJ, e a recomendação da Promotoria de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público nos autos de Inquérito Civil nº 0046.11.005075-7/MPPR, que foi acatada em despacho proferido pelo então chefe do Judiciário e ratificada pelo atual Presidente.

A Coordenadoria de Gestão Estadual limitou-se a afirmar que o "Tribunal de Contas do Paraná tem posicionamento atual de que a penalidade aplicada à empresa não tem abrangência

total e irrestrita, mas apenas ao órgão responsável pelo fato, vale dizer, contrária à intelecção do Tribunal de Justiça sobre a cláusula 6.2., 'b', dado que a sanção de impedimento para licitar derivada da Lei nº 10.520/2002 não se confunde com a declaração de inidoneidade ou suspensão temporária da lei de licitações." Citou, para justificar o atual entendimento, o Acórdão nº 2834/2018-TCEPR, de 3/10/2018, publicado em 15/10/2018. No entanto, essa decisão é posterior ao edital ora combatido – a sessão de julgamento, naquele caso, foi designada para 2 de outubro de 2018 – e à representação, que se deu em 27 de setembro de 2018.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO INICIAL. CONSEQUÊNCIAS GRAVÍSSIMAS EM CASO DE EXIGÊNCIA DE RETIFICAÇÃO E REPUBLICAÇÃO DO EDITAL

Como não foi concedido o pedido de suspensão, e considerando que o contrato anterior vigorou até 18/10/2018, e que a então contratada não aceitou prorrogar a avença por mais um período, sendo a licitação iniciada em tempo hábil – única opção para o Tribunal de Justiça –, o certame teve prosseguimento normal, com a declaração do vencedor, a homologação do resultado e a contratação respectiva, em 6/11/2018.

A rescisão do contrato neste momento daria à contratada direito a indenização, nos termos do § 2º do artigo 79 da Lei nº 8.666/1993, diante dos investimentos já feitos por ela, dos quais se destacam o fornecimento e a instalação de aplicativo para realizar os orçamentos, o treinamento de gestores e fiscais, o credenciamento de oficinas, o fornecimento das tabelas tempárias e a prestação da garantia contratual. Ademais, geraria um enorme prejuízo ao Tribunal de Justiça, que, além do dever de indenizar, poderia ficar sem os veículos para a prestação jurisdicional, em decorrência da falta de manutenções preventiva e corretiva, até que se realizasse nova licitação. Nesse contexto, acerca das consequências práticas das decisões, mencionam-se os artigos 20 e 22 recentemente incluídos na Lei de Introdução

às Normas do Direito Brasileiro:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.
> [...] Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Dessa forma, a rescisão do contrato para a publicação do edital com retificações possivelmente ocasionará danos imensuráveis à Administração, além de riscos à própria continuidade do serviço público.

3. O ENTENDIMENTO ADOTADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREVISÃO EDITALÍCIA. FUNDAMENTOS

Como visto, o item 6.2, "b", do Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, veda a participação direta ou indireta de empresas que tenham sido suspensas temporariamente de participar de licitação e que estejam impedidas de contratar com a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, direta ou indireta. Esse dispositivo advém, principalmente, de recomendação da Promotoria de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público, e tem por intuito prevenir riscos quanto ao adimplemento contratual e evitar prejuízos ao erário, encontrando respaldo na interpretação dada pela doutrina e pela jurisprudência à legislação aplicável, conforme segue.

3.1. Recomendação da Promotoria de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público do Ministério Público do Paraná

A vedação do item 6.2., "b", do Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, teve início com recomendação da Promotoria de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público nos autos de inquérito civil nº 0046.11.005075-7/MPPR, que foi acolhida pelo então Presidente do Tribunal de Justiça, conforme se constata de documentação anexada ao procedimento. No referido documento, foi consignado o seguinte: "[Faz-se] recomendação no sentido de que o Poder Judiciário atente, nas vindouras licitações públicas que deflagrar, para o disposto no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/1993, e no entendimento esposado pelo Tribunal de Contas da União, fazendo constar, já no edital de licitação, expressa vedação à participação de licitante sancionado com suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração, assim entendida como qualquer órgão público do País, no intuito de prevenir riscos quanto ao adimplemento contratual e [a] possíveis prejuízos ao erário [...]".

Note-se que a recomendação engloba tanto a suspensão temporária quanto o impedimento, e deverá ser observada também nos pregões, uma vez que nos autos do inquérito civil foi solicitada a rescisão do contrato firmado com a empresa que se sagrou vencedora no Pregão Eletrônico, mas que se encontrava impedida de licitar, pois teria sofrido punição consistente em suspensão temporária. A recomendação foi ratificada por despacho presidencial datado de 5 de outubro e 2017, que manteve as condições atualmente dispostas no edital.

3.2. Edital do Ministério Público do Paraná com restrição de participação em licitação

O Ministério Público do Paraná, em seus editais, também proíbe a participação de empresas que estejam suspensas de participar de licitações, conforme se vê no item 6.2. e no subitem 6.2.2. do Edital de Pregão Eletrônico nº 67/2018, daquela

instituição (anexado ao procedimento).

3.3. Editais do CNJ e do STJ com a mesma restrição do edital do Tribunal de Justiça

Igualmente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Edital de Pregão Eletrônico nº 50/2018 (anexado ao procedimento), estabeleceu, em seu item 2.9: "Não poderão participar desta licitação: [...] b) empresas punidas com suspensão temporária de participação de licitação e impedimento de contratar com a Administração".

Do mesmo modo, o STJ, no Edital de Pregão Eletrônico nº 134/2018, adotou a restrição, mencionando, ainda, a Lei Federal nº 10.520/2002. Estabelece o item 2.5. daquela normativa (anexada ao procedimento): "Não poderão participar desta licitação: a) as empresas impedidas e as suspensas de licitar ou contratar com a Administração, bem como as declaradas inidôneas, nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, do artigo 87, III e IV, da Lei nº 8.666/1993, e a do artigo 46 da Lei nº 8.443/1992 [...]".

3.4. Posição do STJ: a Administração é una

Tal previsão lastreou-se, também, no entendimento cristalizado do STJ, detentor da última palavra acerca da interpretação de lei federal, no sentido de que a suspensão temporária do direito de licitar e contratar tem caráter nacional e abrange todos os órgãos:

> ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - SUSPENSÃO TEMPORÁRIA - DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA - LEGALIDADE - LEI Nº 8.666/1993, ART. 87, III.
> - É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar de licitação – inciso III – e declaração de inidoneidade –

> inciso IV – acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.
> - A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.
> - A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito a contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. Recurso especial não conhecido (REsp 151.567/RJ - Segunda Turma/STJ - Relator: Ministro Francisco Peçanha Martina - Publicação: DJ 14/4/2003, p. 208).

Embora a discussão da matéria não seja de cunho constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF) já destacou o entendimento do STJ no bojo do mandado de segurança nº 30947/DF (relator: Ministro Celso de Mello), julgado em 7 de abril de 2014, conforme se vê no trecho colacionado abaixo:

> A doutrina e jurisprudência majoritárias são pacíficas quanto à extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade a todos os órgãos Públicos, não se limitando, portanto, ao âmbito do ente que aplicou a referida medida, sendo que o STJ [no REsp 151.567/RJ] aplica esse entendimento até mesmo para a penalidade de suspensão.

O STJ mantém esse entendimento, conforme se vê na recente decisão no mandado de segurança nº 23.600/DF, publicada em 15 maio de 2018, da relatoria do Ministro Sérgio Kukina, em que, citando várias decisões da Corte, ressalta que a jurisprudência é firme no sentido de que a penalidade prevista no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/1993, não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública, sendo irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras – suspensão temporária de participar de licitação (inciso III) e declaração de inidoneidade (inciso IV) – acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

3.5. Posição do STJ e de parte da doutrina sobre a Lei nº 10.520/2002. Divergência doutrinária. Preservação do interesse público

Conforme visto, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a penalidade prevista no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/1993, não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública. A aplicabilidade do artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 também já foi analisada no STJ, consoante se vê no mandado de segurança nº 14.991, em decisão publicada no dia 21 de junho de 2011.

Embora não tenha havido enfrentamento expresso acerca da abrangência da aplicação da penalidade, manteve-se a decisão questionada no ponto em que estendeu os efeitos do impedimento a todos os entes da federação. Abaixo, um trecho do julgado, extraído do voto da Ministra Eliana Calmon:

> Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, [...] contra ato do Ministro Presidente do STJ, consubstanciado na Portaria nº 312, de 28/10/2009, aplicando à impetrante a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pelo período de dois anos, nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, sob o fundamento de ter a empresa se comportado de modo inidôneo em certame licitatório realizado no âmbito do Tribunal. [...] Antes de averiguar se a conduta da impetrante autoriza a aplicação da sanção de impedimento de licitar com as três esferas da Administração Pública, faz-se necessário analisar a validade da cláusula editalícia que exigia 'experiência em tratamento documental e processamento de imagens, fazendo uso de metodologia reconhecida pelo mercado, em quantidade não inferior a 25% do quantitativo de páginas estimadas para a digitalização da presente contratação nas dependências do contratante'.

Além disso, há divergências doutrinárias sobre a abrangência da sanção de impedimento de licitar e contratar prevista na Lei do Pregão. Uma corrente doutrinária, tal como visto na decisão do STJ transcrita acima, defende que a pena de impedimento do artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 abrange toda a Administração Pública, e não apenas a Administração direta e indireta do ente que aplicou a sanção.

Nesse sentido, Vera Scarpinella sustenta que o impedimento de contratar não abrangeria apenas a esfera federativa específica, podendo um licitante sancionado por um município ser impedido de licitar e contratar nas demais esferas. Afirma, ainda, não fazer sentido que o impedimento de contratar com a Administração Pública seja válido apenas para uma específica esfera administrativa. Defende, portanto, que um licitante sancionado por um dado município fique impedido para outros pregões e contratos nas demais esferas administrativas.

Igualmente, o Procurador do Estado de Santa Catarina, Ezequiel Pires, em artigo de 13/8/2017, conclui que, "diante da controvérsia existente ente STJ e TCU, bem como dos entendimentos doutrinários divergentes, cabe ao administrador optar pela segurança jurídica, que no presente caso está alicerçada na jurisprudência do STJ, a qual dá o comando de que as sanções contidas no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/1993, e [no] artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 não estão restritas apenas ao órgão licitante, mas abrangem toda a Administração Pública, direta e indireta, da União, do Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]".

Também se encontram divergências nas decisões dos Tribunais de Contas. Enquanto o Tribunal de Contas da União afirma que a sanção prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em toda a esfera do respectivo ente federativo (União, Estado, Município ou Distrito Federal, conforme o Acórdão nº 2081/2014 - Relator: Ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti, de 6/8/2014), o Tribunal de Contas de Santa Catarina já decidiu, no processo REP-09/00626399, que o edital que impede a participação de empresa punida com suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração, por qualquer das esferas de Governo (federal, estadual ou municipal), encontra fundamento em divergência jurisprudencial e doutrinária acerca da abrangência da norma legal (artigo 87, III e IV, da Lei nº 8.666/1993, c/c artigo 7º da Lei nº 10.520/2002.

No processo acima citado, do Tribunal de Contas de Santa Catarina, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas entendeu que não deve ser tomada como ilícita a previsão editalícia, mas considerou que, ainda que ela o seja, o agente público não deve ser sancionado pecuniariamente, pois agiu, com

razoáveis subsídios, no sentido de preservar o interesse público no estabelecimento de contratação com empresa confiável. O intuito da norma do Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, baseada em recomendação da Promotoria do Patrimônio Público, é justamente o de preservação do interesse público no estabelecimento de contratação com empresa confiável.

De mais a mais, antes do Acórdão nº 2834/2018, do Tribunal de Contas do Paraná, que, repisa-se, é posterior ao edital questionado, o voto do relator do Acórdão nº 1779/2013, Conselheiro Ivan Lelis Bonilha, deixou patente que, independentemente de a Lei Estadual nº 15.608/2007 dispor que os sancionados estão impedidos de participar de procedimentos promovidos pela entidade que a aplicou, prevalece o previsto no edital. Abaixo, um trecho da decisão:

> Por derradeiro, insta ressaltar que, muito embora a Lei Estadual nº 15.608/2007 disponha que os sancionados com suspensão temporária de licitar estão impedidos de participar de 'procedimentos promovidos pela entidade que a aplicou', entendo que tal interpretação não pode ser aplicada ao caso em espécie, no qual, como já se mencionou, os próprios instrumentos convocatórios, em sua cláusula 5.2.2, já proibiam expressamente a participação no certame de empresa que estivesse cumprindo penalidade [...]'.

Nesse contexto, a Administração é una, ou seja, todos os órgãos a compõem, de modo que a divisão existente – descentralização política – ocorre para melhor executar o serviço público, dentro da missão constitucional atribuída a cada ente federado. Quando se fala em Administração, a abrangência, evidentemente, pode se referir a todos os órgãos integrantes, sejam eles federais, estaduais, municipais ou da Administração indireta.

O artigo 87, III, da Lei nº 8.666/1993, estabeleceu uma sanção, de natureza grave, somente compatível quando a conduta da contratada caracterizar comportamento nocivo ao interesse público, de modo que sua imposição, sempre com observância do devido processo administrativo, deve ostentar um caráter efetivo, causando às empresas contratadas um necessário temor da sanção, a fim de que se comportem de acordo com o direito e mantenham conduta congruente com

o superior interesse público tutelado pelo Estado em sentido lato. Trata-se da função preventiva geral da sanção que se traduz na consciência do particular de que, se praticar um fato grave contra a Administração – e, aqui, com relação a qualquer dos entes –, terá uma penalidade compatível com a falta em que incorreu. Restringir a sanção de suspensão (artigo 87, III, da Lei nº 8.666/1993) apenas ao órgão que a aplicou subtrairia o caráter efetivo de sanção que a pena deve ostentar.

Esse argumento também vale para a penalidade de impedimento prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, conforme se viu nos tópicos acima, em que se demonstrou posição da jurisprudência e da doutrina favorável à extensão dos efeitos das penalidades previstas na lei.

3.6. A doutrina de Marçal Justen Filho

Cabe trazer à baila entendimento do referendado doutrinador Marçal Justen Filho[1] no sentido da repercussão subjetiva ampla da suspensão temporária de licitar e contratar:

> Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras [sobre a suspensão de participar de licitação]. Aquela do inciso III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inciso IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inciso III utiliza apenas o vocábulo 'Administração', enquanto o inciso IV contém 'Administração Pública'. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da 'suspensão de participação de licitação' a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar 'suspenso'. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inciso III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa.

Justamente com lastro nas aludidas decisões e orientações, a Presidência do Tribunal de Justiça, em despacho de 5 de outubro de 2017, ratificou as condições atualmente dispostas no edital, notadamente quanto às condições de participação e as possibilidades de vedação à participação de licitantes enquadradas nas hipóteses elencadas na alínea "c" do item 6.8 do Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, determinando que "todas as fases do procedimento licitatório sejam antecedidas da consulta sobre eventuais punições dos licitantes nos sítios [...]". Aliás, o entendimento adotado pelo Tribunal adveio de recomendação da Promotoria de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba.

3.7. Acórdãos posteriores ao nº 1779/2013-TCEPR que reconhecem que o âmbito de abrangência da penalidade da Lei nº 10.520/2002 é discutível

Fixadas as aludidas premissas, foram localizados, em consulta jurisprudencial, dois recentes acórdãos do Tribunal de Contas do Paraná relativos a pedidos de representações (supervenientes à decisão exarada no Acórdão nº 1779/2013). Um deles:

> Acórdão nº 320/2018 - Tribunal Pleno. Representação da Lei nº 8.666/1993. Pedido de medida cautelar. Suspensão do certame ou do contrato. Pregão Eletrônico. Município de Ponta Grossa. Não habilitação. Melhor oferta. Empresa de grupo empresarial apenada no Estado de Santa Catarina. Extensão da pena. Não imputação em empresa paranaense do grupo empresarial. Concessão de liminar. Suspensão até decisão definitiva (22/2/2018).

Nesse caso, em que se discute a vedação de participar de licitação em decorrência de sanção de impedimento com base na Lei nº 10.520/2002, o voto do Conselheiro relator, Fabio de Souza Camargo, contém a seguinte observação:

> [...] Assim, indeferi o pedido de concessão de medida cautelar, uma vez que, em sede de cognição sumária, sem adentrar com profundidade ao exame de mérito da representação, não vislumbrei prova inequívoca do alegado a justificar a concessão de medida inaudita altera parte. Anotei que eventual concessão de medida cautelar poderia criar prejuízos maiores dos que se pretendia inibir [...]. Além disso, o âmbito de abrangência da penalidade, embora discutível, em regra não atinge entes distintos dos que aplicaram a penalidade, embora esse fato seja devidamente levado a julgamento no momento da análise do mérito desta representação [...].

E, em outra decisão:

> Acórdão nº 2160/2018 - Tribunal Pleno - Representação da Lei nº 8.666/1993. Exclusão da empresa representante do Pregão Presencial nº 119/2018 e instauração de procedimento de cancelamento da ata de registro de preços originada do Edital de Pregão PG/SMGP nº 0129/2017. Atos motivados pela aplicação, pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, de uma sanção de impedimento para licitar e contratar com fundamento no artigo 7º da Lei Federal nº 10.520/2002. Sanção cuja abrangência, a princípio, deve se restringir aos poderes da esfera do órgão sancionador. Ratificação de medida cautelar que determinou a suspensão parcial do Processo Administrativo nº 447/2017 e a suspensão da Instauração Procedimental nº 38/0218, referente ao Edital de Pregão PG/SMGP nº 129/2017 (Relator: Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares, 9/8/2018).

Note-se que ambas representações, em medida cautelar, poderiam evidenciar recente mudança de entendimento do Tribunal de Contas do Paraná (consolidado, como se viu, no Acórdão nº 1779/2013); contudo, o julgamento de mérito do caso debatido no Acórdão nº 2160/2018 só veio em 3/10/2018 (data posterior ao Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018).

Dessa forma, inexistiria, antes de 3 de outubro e 2018, consolidação em definitivo de entendimento do Tribunal de Contas do Paraná em sentido contrário ao Acórdão nº 1779/2013, que acolheu a interpretação ampliativa (e jurisprudência consolidada do STJ), a denotar a adequação da previsão editalícia. Certo, ainda, que entendimento contrário do Tribunal de Contas da União sobre o tema (consoante transcrito na decisão) não pode ser imposto ao Tribunal de Justiça, considerando-se, ain-

da, prevalecer a jurisprudência pacífica do STJ, que é o intérprete final das normas federais (artigo 103, III, da Constituição Federal).

De qualquer modo, ainda que houvesse mudança consolidada de entendimento superveniente, deve-se ponderar que o tema é discutível, consoante aduzido nos acórdãos mencionados. Vale dizer, o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça não é ilegal, desarrazoado ou desproporcional. Ora, se o próprio órgão de controle reconhecia se tratar de tema discutível, sem clareza, seria desarrazoado exigir da chefia do Judiciário estadual conduta diversa da que teve. Assim, não houve irregularidade no Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, que tomou por base decisão consolidada do STJ e decisão do próprio Tribunal de Contas do Paraná, que acolheu a interpretação ampliativa, além de determinação da Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público do Ministério Público do Paraná (Inquérito Civil nº MPPR-0046.11.005075-7)

3.8. Modulação dos efeitos do Acórdão nº 2834/2018 e preservação do interesse público

Ademais, caso se entenda consolidado o tema na esfera do Tribunal de Contas do Paraná, poderia aventar-se a modulação dos efeitos, em atenção aos princípios da confiança, da boa-fé, da segurança jurídica e da isonomia, observado o entendimento anterior do próprio órgão de controle. Nesse contexto (embora abordando outra temática), o teor do Acórdão nº 3494/2012 determina:

> [...] V - que os efeitos da decisão contida no Acórdão nº 3494/2012 sejam modulados, de modo que, a partir da data da publicação desta decisão, o Município de Curitiba, abrangidas as administrações direta e indireta, passe a conceder o sexto quinquênio aos servidores do sexo masculino somente após o trigésimo primeiro ano completo de serviço e, no caso de mulheres, a partir do vigésimo sexto ano completo, convalidando-se, porém, os benefícios já concedidos a servidores ativos e inativos, até essa mesma data. Processo nº 349999/2012. Relator: Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães).

Nesse mesmo contexto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece, em seu artigo 23:

> A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil, que é aplicável subsidiariamente ao processo administrativo (artigo 15), determina, no § 2º do artigo 927, que "a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese". E, no § 3º: "Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica". Isso quer dizer que eventual mudança de entendimento dessa Corte de Contas deve ocorrer de forma modulada, ou seja, devem ser observados os princípios da segurança jurídica e da confiança.

3.9. Pela não aplicação de multa

Por último, aventa-se a não aplicação das multas sugeridas na Instrução nº 530/2018, da Coordenadoria de Gestão Estadual, e no Parecer nº 1015/2018, do Ministério Público de Contas, pelos fundamentos acima expostos, considerando-se que a previsão editalícia se deu no intuito de prevenir riscos quanto ao inadimplemento contratual e a possíveis prejuízos ao erário, por recomendação da Promotoria de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público do Ministério Público do Paraná, tendo sido ratificada pelo Presidente do Tribunal de Justiça, com base em entendimento do STJ.

A conduta do Departamento do Patrimônio do Tribunal de Justiça, portanto, não foi dolosa nem culposa, e teve alicerce nos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, positivados no artigo 37 da Carta Magna. Seu principal intuito foi proteger o interesse público, como já narrado, sem restringir a competitividade do certame. Logo, a sanção sugerida não pode ser aplicada.

4. A ALEGADA FALTA DE EXIGÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA

A Instrução nº 530/2018, da Coordenadoria de Gestão Estadual, não menciona os argumentos contidos nas razões do contraditório apresentadas pelo Tribunal de Justiça. Analisaram-se, ali, tão somente, as argumentações do pregoeiro, extraindo-se delas, de forma indevida, a conclusão de que Tribunal de Justiça teria afirmado que a exigência de garantia suplantaria as exigências de qualificação. Não é isso o que se tentou explicar. Ao contrário do afirmado pela Coordenaria, a exigência de garantia foi um plus para assegurar a execução do contrato. Essa garantia é prevista como comprovação de qualificação econômico-financeira no artigo 31, § 2,º da Lei nº 8.666/1993.

Conforme as razões do contraditório, o setor requisitante entendeu ter sido observado "o contido na legislação, escolhendo[-se] da melhor forma quais requisitos eram necessários ao estabelecimento de concorrência, de modo que ainda [se] atendesse ao objetivo pretendido, qual seja, obtenção de serviço de gerenciamento da manutenção da frota com o menor custo possível, [...] [com] a devida transparência e prestação de contas". A justificativa do setor requisitante encontra respaldo no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Nesse sentido o STF fixou, na ADI nº 3.070:

> É inconstitucional o preceito segundo o qual, na análise de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens, os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta o princípio da isonomia, [baseado na] igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. [...] A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível (Relator: Ministro Eros Grau, DJ: 19/12/2007).

Marçal Justen Filho comenta que a previsão do § 1º do artigo 32, que estabelece a dispensa de documentação de habilitação, não é exaustiva, e será admissível não apenas quando o montante quantitativo da contratação for reduzido ou quando a natureza do contrato não exigir maiores indagações sobre a situação subjetiva do interessado. Segundo ele, também se admitirá a não exigência de comprovação da capacidade técnica facultada em lei se isso for desnecessário para assegurar a execução satisfatória da futura contratação.[2]

No caso concreto, para assegurar a execução satisfatória da futura contratação, entendeu-se necessário e suficiente, inclusive para não restringir a competitividade e como garantia do cumprimento das obrigações, exigir quesitos técnicos somente do vencedor do certame e no momento da contratação, visto que a exigência na fase de habilitação traria custos aos licitantes, o que é vedado pela legislação e pela jurisprudência.

Como requisitos técnicos, tal como previsto no termo de referência anexado ao Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, a serem apresentados antes do início da execução do contrato, como condição, inclusive, para o início da prestação dos serviços e demonstração da capacidade da efetiva prestação dos serviços, estão os que seguem: i) a implantação de sistema informatizado, é imprescindível ao início da prestação do serviço (item 3.2); ii) a apresentação da relação de rede credenciada antes do início da prestação dos serviços (item 9.7); e iii) a entrega da tabela tempária e de tempo padrão, também fundamental para o início da execução dos serviços (item 2.3).

Como se vê, foram estabelecidos vários requisitos essen-

ciais para o início da prestação dos serviços, mas que não poderiam ter sido solicitados na fase da licitação porque isso acarretaria custos para a licitante antes da contratação, o que é vedado pela lei e por jurisprudência do Tribunal de Contas da União convertida na Súmula nº 272: "No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato".

Haveria um custo que, além de ferir princípios da licitação, poderia não ter nenhuma aplicação e ser totalmente inócuo. Considere-se que a licitante, sem saber o resultado do certame, teria, mesmo que não viesse a se tornar vencedora, que adquirir e instalar sistema informatizado e credenciar oficinas que talvez nunca chegassem a prestar serviços. No artigo intitulado *Qualificação técnica em licitações: uma análise fundada na jurisprudência do TCU*, Paulo Martins da Fonseca conclui que as exigências de qualificação técnica na fase de habilitação devem ser restritas, com inclusão entre as obrigações da contratada dos requisitos desejáveis que onerarão apenas o vencedor da licitação:

> Com o intuito de compatibilizar a segurança da Administração na boa execução contratual e a ampla participação no certame licitatório, devem-se restringir as exigências de qualificação técnica, na fase de habilitação, àquilo que for estritamente necessário e inserir nas obrigações da contratada determinados requisitos desejáveis, mas que não puderam ser demandados na fase de habilitação técnica. Assim, será possível atribuir encargos que onerarão apenas o vencedor da licitação.[3]

Conforme ressaltado nas razões apresentadas, identificou-se, com base em contratações anteriores para o mesmo objeto, que a exigência dos requisitos técnicos do vencedor do certame após a contratação e antes do início da execução dos serviços – requisitos que, conforme já explicado, não poderiam ser pleiteados antes devido à oneração do licitante e a consequente restrição à competitividade – seria suficiente para afastar a inadimplência do contratado e o risco à satisfação do interesse público.

"O gestor está capacitado a identificar a desnecessidade de verificação da habilitação da licitante em face da certeza da futura contratação", conforme Acórdão nº 1.661/201, do Plenário do Tribunal de Contas da União (relator: Ministro Weder de Oliveira). Além disso, a manutenção preventiva e corretiva será feita pelas oficinas credenciadas, sendo que a qualificação técnica destas será conferida pelo gestor no ato da apresentação das credenciadas, sendo-lhe facultado rejeitar o credenciamento caso verifique que a oficina não possui estrutura para atender os serviços, consoante prevê o item 3.4. do Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018.

Além dos requisitos técnicos acima mencionados, a serem preenchidos antes da execução do serviço, o Tribunal de Justiça determinou, no item 16.6. do Edital, prestação de garantia pelo vencedor do certame, como adicional para eliminar riscos de insucesso na execução satisfatória do objeto e para evitar prejuízos ao patrimônio público. Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina:

> Ao estabelecer requisitos de habilitação, a Administração Pública pretende cercar-se de todas as cautelas para evitar o insucesso da contratação. Presume-se que o sujeito ao preencher os requisitos constantes da habilitação e ter a proposta selecionada como vencedora terá total condição para executar satisfatoriamente o objeto do contrato. A garantia representa um instrumento adicional para eliminar riscos de insucesso. A prestação de garantia pelo particular envolve uma questão delicada. Sob um ângulo, a Administração deve cercar-se de todas as cautelas para evitar prejuízos ao patrimônio público. Isso significa exigir do particular o fornecimento de garantias de indenização de eventuais danos. Portanto, a prestação da garantia é uma vantagem para a Administração.[4]

Em licitações com o mesmo objeto da que se realizou sob as regras do Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, o Tribunal de Justiça tem exigido os requisitos técnicos somente da vencedora do certame, com obtenção de bons descontos tanto nos preços das peças como no preço dos serviços de manutenção e na taxa de administração, devido à ampla competitividade. Além disso, as contratadas têm cumprido suas obrigações de acordo com as normas editalícias.

Ademais, conforme o Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018 (item 6.3.), as licitantes tomaram conhecimento de todas as informações e das condições e locais para o cumprimento das obrigações licitadas, devendo se manifestar no sistema eletrônico onde é realizado o certame, que sua proposta está em conformidade com as exigências do instrumento convocatório.

O Edital de Pregão Presencial nº 3/2014, do Tribunal de Contas do Paraná, com objeto semelhante ao do Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, do Tribunal de Justiça (contratação de empresa especializada em prestação de serviços de manutenção preventiva, corretiva e periódica de veículos), não incluiu a qualificação técnica como exigência de habilitação, deixando para inserir os requisitos técnicos nas obrigações da contratada, exigindo uma declaração a ser apresentada junto com a proposta (item 8.5). Logo, a qualificação técnica do edital impugnado foi elaborada em consonância com o que a Corte de Contas do Estado do Paraná fez em contratação para o mesmo objeto, o que reforça a legalidade da previsão, na forma como se realizou.

4.1. Acórdão nº 487/2018-TCE/PR: exigência de qualificação técnica e econômico-financeira não é obrigatória para toda e qualquer licitação, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal

Diante das previsões destacadas acima, o gestor entendeu pela não necessidade de exigência de qualificação técnica, pois não visualizou risco ao interesse público, e primou pela competitividade, em busca da melhor contratação. Consta do Acórdão nº 487/2018, do Pleno do Tribunal de Contas do Paraná, em sua ementa: "Edital de licitação sem previsão de exigência de qualificação técnica. Cessão de mão de obra da área de saúde. Ausência de complexidade ou graus mais elevados de aperfeiçoamento no objeto licitado. Pelo conhecimento e pelo provimento do recurso".

No referido acórdão, reconheceu-se que a exigência de qualificação técnica não é obrigatória para toda e qualquer licitação, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal. "Tal

medida somente se mostra necessária quando o objeto licitado apresentar complexidade ou graus mais elevados de aperfeiçoamento", o que não ocorreu no caso examinado, conforme justificativas do gestor, que optou por exigir quesitos técnicos do vencedor do certame antes do início da execução do contrato.

4.2. Qualificação econômico-financeira

Conforme visto, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Nessa toada, o Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018 exigiu como qualificação econômico-financeira para habilitação dos licitantes a certidão negativa de falência e concordata (artigo 31, II). Observe-se o enunciado do Acórdão nº 3797/2012 (2ª Câmara), que prevê a exigência alternativa de capital mínimo ou a garantia do artigo 56, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, para efeito de comprovação da qualificação econômico-financeira: "A Administração poderá estabelecer, para efeito de comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes, alternativamente, a exigência de capital mínimo ou das garantias previstas no artigo 56, § 1º, da Lei nº 8.666/1993".

Quanto a essas exigências, destacam-se novamente os esclarecimentos do setor requisitante e do gestor da contratação, que argumentou:

> Limitou-se a Administração a exigir os documentos que viabilizassem a ampla concorrência no certame, sem impor óbice às licitantes, mas [...] de forma a alcançar o objeto pretendido, atentando-se aos princípios da Administração Pública. Cumpre ressaltar, ainda, que este Tribunal de Justiça vem exigindo, nas últimas licitações deste mesmo objeto, em ao menos três licitações passadas, os mesmos requisitos técnicos somente da vencedora do certame – certidão de falência ou recuperação judicial e garantia de execução como requisito de qualificação econômico-financeira –, e vem conseguindo bons descontos devido à ampla competitividade, [sendo que] em nenhuma das vezes ficou este Tribunal sem a prestação do serviço exigido, que tem sido prestado de acordo com o estipulado no contrato.

Além disso, não se trata de serviços terceirizados que envolvam mão de obra em regime de dedicação exclusiva, onde o contratado precisa demonstrar que tem capacidade financeira de até três meses para pagamento dos funcionários, até que receba o primeiro pagamento do contratante. Trata-se apenas de oficinas que serão credenciadas pelo contratado, que irão prestar o serviço que receberão somente depois do serviço prestado e atestado.

O Tribunal de Contas da União já decidiu, no Acórdão nº 2853/2016 (Plenário):

> [...] na contratação de serviços distintos dos serviços terceirizados de natureza contínua com cessão de mão de obra em regime de dedicação exclusiva, a inclusão de exigências para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira da licitante, tais como as contidas no subitem 7.1.5 e subitens 7.1.5.1 e 7.1.5.2 do Edital da Concorrência Emgea nº 1/2016, deve estar fundamentada em estudo que demonstre a necessidade e a adequação dos requisitos com relação ao objeto licitado, em atendimento aos artigos 3º, § 1º, I, e 31, § 5º, da Lei 8.666/1993.

Assim, entendeu-se que, para a habilitação da licitante, bastaria a apresentação da certidão negativa de falência, nos termos da Lei nº 8.666/1993 (artigo 31, II). Adicionalmente, após a assinatura do contrato, seria exigida apresentação da garantia (§ 2º do artigo 31, c/c artigo 56). Não se esgotaram todas as previsões do artigo 31, citado antes, e isso não é obrigatório, conforme já decidido pelo STJ:

> 1. A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações (artigo 31, I), para fins de habilitação.
> 2. *In casu*, a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de falência e concordata pela empresa vencedora do certame, em conformidade com o exigido pelo Edital.
> 3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. Na verdade, não

> existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31 da Lei nº 8666/1993.
> 4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes.
> 5. Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação.
> 6. Recurso improvido.
> (REsp nº 402.711/SP. Relator: Ministro José Delgado. DJ 19/8/2002)

O Edital de Pregão Presencial nº 3/2014, do Tribunal de Contas do Paraná, citado antes, também optou por exigir apenas a certidão negativa de falência ou recuperação judicial (item 9, "b") para fins de qualificação econômico-financeira, sem nenhuma referência à apresentação de balanço patrimonial. Disso se extrai que a qualificação econômico-financeira do Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018 foi elaborada em consonância com o que a Corte de Contas do Estado do Paraná fez em contratação para objeto semelhante. A licitação, além do mais, foi devidamente homologada pelo Acórdão nº 1224/2014 – fato que demonstra a consonância entre o procedimento adotado pelo Tribunal de Justiça e o entendimento da Corte de Contas do Paraná.

Com efeito, o Acórdão nº 487/2018-TCEPR, reconhecendo que a Administração Pública só deve exigir a qualificação indispensável à garantia do cumprimento das obrigações, citou o Acórdão nº 6181/2016, em que se entendeu razoável e proporcional a ausência de exigência editalícia de balanço patrimonial face às características do objeto licitado.

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal, estabelece que, nas licitações, devem ser feitas somente as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Os documentos relacionados no Edital de Pregão Eletrônico nº 73/2018, do Tribunal de Justiça, bastaram para aferir a capacidade técnica e a idoneidade financeira da licitante. Não existe imposição legal de que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31 da Lei nº 8.666/1993, que não obriga a Administração a exigir, para o cumprimento do requisito de qualificação econômica, que seja apresentado o balanço patrimonial.

Por todas essas razões, a representação apresentada em face do Tribunal de Justiça foi julgada improcedente em seus pontos essenciais, abordados neste documento.

Curitiba, julho de 2019.

NOTAS

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 605.

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 772.

[3]FONSECA, Paulo Martins da. **Qualificação técnica em licitações:** uma análise fundada na jurisprudência do TCU. Artigo disponível no site: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14079. Acesso em: 13/11/2018.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1099.

PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS EM CASOS DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Caio Pimenta Renó

Consultor jurídico do Poder Judiciário do Paraná.

1. Trata-se de expediente em que a Secretaria da 2ª Vara Cível e da Fazenda Pública da comarca de Arapongas solicitou, num primeiro momento, informações de como proceder a respeito do pagamento de honorários periciais em casos de beneficiários da justiça gratuita, bem como a indicação da normativa em vigência para esse fim.

2. Após tramitar pela Corregedoria-Geral da Justiça e pela Coordenação de Execução Orçamentária, Financeira e Contábil do Departamento Econômico e Financeiro do Tribunal de Justiça, o expediente foi encaminhado ao Gabinete da Presidência, para análise.

3. O Gabinete da Presidência, pelo seu MMº Juiz Auxiliar, prestou os esclarecimentos solicitados, com o apontamento da legislação aplicável aos casos relacionados ao pagamento de honorários periciais quando se tratar de justiça gratuita.

4. Ao tomar ciência do despacho que contém as referidas explicações, o interessado apresentou novo requerimento, pugnando pela elucidação acerca da "forma de cumprimento do constante do último parágrafo do referido despacho, uma vez que o CPC/2015 não especifica de que forma instrumentalizar essa requisição de pagamento diretamente ao Estado do Para-

ná, o que na verdade, motivou a presente consulta (como proceder ao pagamento dos honorários periciais após a vigência da Resolução nº 196/2018)."

5. O interessado questionou se "a referida requisição pode ser expedida de ofício pelo cartório, independentemente de intimação e manifestação do Estado do Paraná, uma vez que está expressamente prevista no CPC (artigo 95, § 3º, II), se deve haver intimação do Estado do Paraná nos mesmos autos, para que possa tomar ciência da condenação e oportunizar a oposição de embargos, ou se há necessidade de abrir novo procedimento de execução contra a Fazenda Pública para execução desses honorários (no caso da última opção, há dúvida no que tange à legitimidade para abertura do feito, se pela própria serventia ou pelo perito, credor do Estado)". Ainda, acerca do valor da requisição, questionou "se ela deve respeitar o valor da tabela constante na Resolução nº 232/2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ou [se] deve ser expedida com base no valor anteriormente arbitrado pelo magistrado".

6. Tendo em vista o conteúdo dos questionamentos formulados, o MMº Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça encaminhou o expediente a esta Assessoria Jurídica, para análise e manifestação. É o relatório.

7. Neste expediente o interessado pugna, em suma, por esclarecimentos de "como proceder ao pagamento dos honorários periciais após a vigência da Resolução nº 196/2018" – ou seja, questiona sobre a forma atual de pagamento desses honorários periciais, uma vez que o novo CPC não especifica "de que forma instrumentalizar essa requisição de pagamento" diretamente ao Poder Executivo estadual. Em seu segundo requerimento, faz indagações que complementam e elucidam a consulta inicialmente formulada.

8. Preliminarmente, cumpre destacar o disposto no artigo 7º, parágrafo único, da Instrução Normativa nº 4/2018, da Pre-

sidência do Tribunal de Justiça: "O Departamento Econômico e Financeiro procederá à conferência e à declaração da regularidade das requisições de pagamento de honorários periciais". E, no parágrafo único: "Eventuais dúvidas quanto à aplicação desta instrução normativa serão objeto de análise pela Assessoria Jurídica do Departamento Econômico e Financeiro".

9. Conforme se verifica da sua ementa, o referido ato normativo [Instrução Normativa nº 4/2018] "dispõe sobre o pagamento de perícias realizadas durante a vigência da Resolução n° 154/2016, do Órgão Especial."

10. A Resolução nº 154/2016-OE, por sua vez, dispõe sobre a forma de pagamento dos honorários periciais nas hipóteses em que a parte responsável pelo pagamento, porque sucumbente no objeto da perícia, é beneficiária da justiça gratuita, sendo que o responsável para tal pagamento, nas hipóteses e nos termos constantes da Resolução, é o Tribunal de Justiça.

11. No entanto, a consulta formulada traz questionamentos sobre como proceder ao pagamento dos honorários periciais após a vigência da Resolução 196/2018-OE. Essa Resolução revogou a de nº 154/2016-OE. Ou seja, a consulta feita neste expediente não trata do pagamento de perícias realizadas durante a vigência da Resolução nº 154/2016-OE, quando competia ao Tribunal de Justiça arcar com o seu pagamento, mas sim da forma atual de pagamento dos honorários periciais quando a parte é beneficiária da justiça gratuita, ocasião em que deverão ser custeados pelo Poder Executivo do Estado, nos termos do artigo 95, § 3º, II, do Novo Código de Processo Civil.

12. Não obstante o entendimento acima esposado, acerca da consulta formulada neste expediente, cumpre tecer as considerações que seguem.

13. Com base no disposto na Resolução nº 127/2011, do CNJ,

que recomendava aos Tribunais que destinassem, sob rubrica específica, parte do seu orçamento para o pagamento de honorários periciais em casos de beneficiários da justiça gratuita, o Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 154/2016-OE. Esse ato normativo tratava do pagamento de honorários de perito, tradutor e intérprete em casos de beneficiários da justiça gratuita no âmbito da Justiça de primeiro e segundo graus e apontava que, havendo disponibilidade orçamentária e financeira, o Tribunal de Justiça poderia autorizar tal pagamento.

14. Ocorre que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), publicado no dia 17 de março de 2015, tendo como norte o comando constitucional do artigo 5º, LXXIV, que prevê que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.", trouxe disposição expressa de que o pagamento da perícia de responsabilidade de beneficiário da gratuidade da justiça, quando realizada por particular, poderá ser efetuado com recursos alocados no orçamento do Estado (leia-se: Poder Executivo).

15. O CNJ, por sua vez, editou outra Resolução acerca da matéria: a de nº 232/2016, que aponta critérios balizadores para que o magistrado arbitre os honorários periciais, dispõe que o pagamento dos honorários periciais nos casos de justiça gratuita seja efetuado com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, e traz em seu anexo a Tabela de Honorários Periciais com valores a serem pagos aos profissionais ou aos órgãos que prestarem serviços nos processos, para aplicação em caso de omissão do respectivo Tribunal.

16. Diante do disposto na Resolução nº 232/2016, do CNJ, e no CPC vigente, e visando a não comprometer o orçamento do Tribunal de Justiça, foi editada a Resolução nº 196/2018-OE, que revogou a de nº 154/2016, que tratava, conforme já exposto, do pagamento de honorários de perito, tradutor e intérprete em casos de justiça gratuita, sendo tal pagamento realizado com orçamento do Poder Judiciário.

17. Feitos os esclarecimentos preliminares, cumpre analisar o procedimento para pagamento de tais honorários, considerando-se o disposto no artigo 95, § 3º, do Código de Processo Civil, que é o objeto desta consulta.

18. Nos processos em que a parte é beneficiada pela gratuidade da justiça, a prova pericial poderá ser realizada: a) por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado (inciso I do § 3º do artigo 95 do CPC); ou b) por particulares (inciso II do § 3º do artigo 95 do CPC). Será custeada, no primeiro caso, com recursos alocados no orçamento do ente público, e, no segundo, com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal.

19. Em relação ao disposto no inciso I do § 3º do artigo 95 do CPC, não há dúvida de como proceder, uma vez que a prova pericial será realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado, sendo custeada, via de consequência, com recursos alocados no orçamento do ente público.

20. Nesse sentido, tem-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROVA PERICIAL - ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS. Prova requerida pela autora. Aplicação da regra do artigo 95 do Novo Código de Processo Civil. Ônus do adiantamento dos honorários do perito judicial, que deve ser feito pela parte que houver requerido a perícia. Hipótese em que a agravada é beneficiária da assistência judiciária gratuita. Prova pericial que deverá ser custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado. Agravo de instrumento provido. (TJ-SP 2069812-71.2018.8.26.0000. Relator: Desembargador Camargo Pereira - 3ª Câmara de Direito Público - Julgamento: 12/6/2018. Publicação: 15/6/2018)

21. Por seu turno, em se tratando de hipótese prevista no inciso II do § 3º do artigo 95 do CPC, ocasião em que a perícia será realizada por particular, surgem dúvidas de como proceder na aplicação de tal dispositivo processual.

22. Compete ao Estado (Executivo), e não ao Judiciário, o dever constitucional de custear os honorários periciais daqueles que comprovarem insuficiência de recursos, mesmo que não tenha participado do processo.

23. A consulta formulada neste expediente, tomando por base a sistemática que vinha sendo adotada, em especial com a Resolução nº 154/2016-OE, que exigia decisão judicial transitada em julgado para o pagamento dos honorários periciais, traz questões de como proceder à luz do disposto no novo CPC para o pagamento dos referidos honorários também após o trânsito em julgado. Porém, conforme se pretende expor adiante, a sistemática prevista no artigo 95, § 3º, II, do CPC, é diversa da que vinha sendo feita.

24. No Brasil, a elaboração e a redação das leis e normas jurídicas em geral devem seguir certas regras, contidas na Lei Complementar nº 95/1998. Trata-se da chamada "técnica legislativa". Sem que se aprofunde nessas regras, tem-se que: as normas são externadas através de artigos, que podem ser compostos, além do seu *caput*, por parágrafos, incisos e alíneas. O *caput* indica a parte principal de um artigo, para diferenciá-la de parágrafos, incisos e alíneas. O parágrafo, por sua vez, é o desdobramento de um artigo, podendo ser uma condição, uma exceção ou um esclarecimento.

25. Dessa forma, e interpretando o disposto no artigo 95, *caput*, com o § 3º, II, do Código de Processo Civil, conclui-se que compete ao Estado realizar o adiantamento dos honorários periciais arbitrados pelo juiz da causa quando a parte que requerer a perícia for beneficiária da gratuidade da justiça.

26. Chega-se a tal conclusão pela leitura do referido texto de lei:

> Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver

> requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.
> § 1º. O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente.
> § 2º. A quantia recolhida em depósito bancário à ordem do juízo será corrigida monetariamente e paga de acordo com o artigo 465, § 4º.
> § 3º. Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:
> I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;
> II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do CNJ.
> § 4º. Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, o disposto no artigo 98, § 2º.
> § 5º Para fins de aplicação do § 3º, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública.

27. A tese de que pela sistemática atual compete ao Estado realizar o adiantamento dos honorários periciais quando a parte for beneficiária da gratuidade da justiça é reforçada pela leitura do § 4º do artigo 95 do CPC, acima transcrito, que dispõe que, após o trânsito em julgado da decisão final do processo, o juiz da causa oficiará a Fazenda Pública para que promova a execução dos valores gastos com a perícia contra quem tiver sido o sucumbente no processo.

28. Ora, se ao final do processo a Fazenda Pública será cientificada de quem foi o sucumbente nas despesas processuais a fim de que promova contra este a execução dos valores pagos a título de honorários periciais, conclui-se que esses valores já foram desembolsados pelo Estado durante o transcorrer do processo, ou seja, foram adiantados ao *expert* para fazer frente às despesas pessoais e materiais necessárias para a realização da perícia.

29. Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação condenatória - Inversão do ônus da prova e determinação de adiantamento dos honorários periciais pelo Estado réu - Pedido de reforma - Possibilidade, em parte - Aplicação do artigo 373, § 3º, do CPC - Preenchimento dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova - Decisão devidamente fundamentada - Regras de distribuição do ônus da prova, contudo, que não se confundem com as regras para seu custeio - Prova pericial requerida pelo autor, beneficiário da justiça gratuita - Custeio a ser suportado pelo Estado, por meio do Fundo de Assistência Judiciária - Parcial provimento do recurso. (TJ-SP 2052087-69.2018.8.26.0000. Relatora: Desembargadora Maria Olívia Alves - 6ª Câmara de Direito Público - Julgamento: 11/6/2018. Publicação: 11/6/2018)

> APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS - EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS PERICIAIS - PARTE VENCIDA NA DEMANDA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA - RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS - ESTADO DE MINAS GERAIS - RECURSO DESPROVIDO 1. Subtrai-se dos dispositivos legais do CPC/15 que os honorários do perito serão pagos pelo litigante que houver postulado a prova ou rateados entre ambas as partes quando requerida a perícia pelos dois polos da relação processual ou determinada de ofício pelo Juiz, competindo a elas, inclusive, proceder ao adiantamento do valor respectivo. 2. Entretanto, em qualquer circunstância, a parte beneficiária da assistência judiciária gratuita estará isenta do pagamento da aludida verba, com a ressalva do § 3º do artigo 98 do CPC/15, destacando-se que tal isenção não transfere à parte contrária o ônus do pagamento integral da prova técnica, cabendo a quitação da correspondente quantia ao Estado, ao qual incumbe prestar assistência judiciária aos necessitados e garantir o acesso à Justiça (artigo 5º, LXXIV, CF/88), na forma do § 3º do artigo 95 do CPC/15. 3. Negar provimento ao recurso. (TJ-MG-AC 10145150012659001. Relatora: Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto - 8ª Câmara Cível - Julgamento: 8/12/2016. Publicação: 14/3/2017)

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTE QUE LITIGA SOB O PÁLIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. HONORÁRIOS PERICIAIS. PAGAMENTO PELO ENTE ESTATAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As despesas pessoais e materiais necessárias para a realização da perícia estão protegidas pela isenção legal de que goza o beneficiário da gratuidade de justiça. Assim, como não se pode exigir do perito a realização do serviço gratuitamente, essa obrigação deve ser do sucumbente ou, no caso de ser o beneficiário, pelo Estado, a quem é conferida a obrigação de prestação de assistência judiciária aos necessitados. Precedentes. 2. Agravo Regimental desprovido." (AgRg no Ag 1.223.520/MG. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - 5ª Turma - Julgamento: 14/9/2010)

30. Acerca da viabilidade do adiantamento de despesas iniciais de perito, transcreve-se o disposto no artigo 7º da Resolução nº 127/2011, do CNJ:

> Art. 7º. Poderá haver adiantamento de despesas iniciais de perito, em valor equivalente a R$ 350,00, se este, comprovadamente, demonstrar a necessidade de valores para a satisfação de despesas decorrentes do encargo recebido, efetuando-se o pagamento do saldo remanescente após o trânsito em julgado da decisão.
> Parágrafo único. Havendo reversão da sucumbência, quanto ao objeto da perícia, caberá ao Executado ressarcir o erário dos honorários periciais adiantados, sob pena de execução específica da verba.

31. Por seu turno, no que diz respeito ao valor dos honorários periciais a ser arbitrado pelo juiz da causa, tem-se o disposto no artigo 9º da Instrução Normativa nº 4/2018, da Presidência do Tribunal de Justiça: "Não sendo possível a aplicação do disposto na Resolução nº 154/2016, do Órgão Especial, o Juízo da causa, na fixação dos honorários periciais, deverá observar a Resolução nº 232, de 13 de julho de 2016, do CNJ".

32. Logo, preenchidos os demais requisitos da Resolução nº 154/2016-OE para perícias realizadas entre 24/7/2016 e 24/1/2018, e desde que o trânsito em julgado da decisão tenha ocorrido até 25/1/2018, o valor dos honorários periciais deverá observar o disposto nas tabelas constantes do Anexo da referida Resolução. Já para os casos atuais, de perícias realizadas a partir de 25/1/2018 (ou em data anterior, porém sem o trânsito em julgado da decisão até 25/1/2018), os parâmetros a serem observados pelo juiz da causa na fixação dos honorários periciais deverão ser os constantes da Resolução nº 232/2016, do CNJ, que possui tabela de honorários periciais em seu anexo.

33. Cumpre registrar que, ressalvado o disposto no seu § 4º, o artigo 2º, § 2º, da Resolução nº 232/2016, do CNJ, determina que quando o valor dos honorários for fixado em montante superior aos definidos em tabela oficial, seu pagamento, a ser realizado pelos cofres públicos, estará limitado àqueles valores

estabelecidos no âmbito de cada Tribunal, ou, na sua falta, pelo CNJ (tabela do anexo da Resolução). Nesse caso, o excedente poderá ser cobrado da parte pelo perito, tradutor ou intérprete, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC.

34. Logo, considerando o que foi acima exposto, e seguindo a sistemática prevista pelo Novo Código de Processo Civil, tratando-se de perícia de responsabilidade de beneficiário da gratuidade da justiça, compete ao Juiz da causa arbitrar os honorários do profissional, observando os parâmetros e os valores constantes da Resolução nº 232/2016, do CNJ. Ato contínuo, entendendo-se pela viabilidade/necessidade de adiantamento de valor ao expert, deverá o magistrado requisitar tal quantia ao Poder Executivo do Estado, cujo pagamento deverá ser realizado de imediato, possibilitando o regular andamento do processo. Nesse caso, ao final do processo e com o trânsito em julgado da decisão, o juiz oficiará a Fazenda Pública informando qual foi a parte do processo condenada ao pagamento das despesas processuais, a fim de que promova a execução dos valores gastos com a perícia realizada, observando-se o disposto no artigo 98, §§ 2º e 3º, do CPC, caso o sucumbente seja beneficiário de gratuidade da justiça.

35. Para promover o custeio de perícias, inclusive no adiantamento de quantias, em processos da competência da Justiça Comum Estadual envolvendo partes beneficiárias da justiça gratuita, alguns Estados adotaram medidas como a criação de Fundos Especiais ou Convênios. A título de exemplo, o Estado de São Paulo, pela Lei nº 16.428/2017, criou o FEP - Fundo Especial de Custeio de Perícias, vinculado à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. O teor é o seguinte:

> Art. 1º. Fica criado o Fundo Especial de Custeio de Perícias - FEP, vinculado à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.
> Art. 2º. O FEP tem como objetivo promover, nos limites estabelecidos na presente lei, o custeio de perícias e avaliações médico-legais, psiquiátricas e de investigações de vínculo genético por meio de identificação de polimorfismos de DNA 'inter vivos' e 'post mortem', em processos da competência da Justiça Comum Estadual envolvendo partes

beneficiárias da justiça gratuita.
Parágrafo único. O custeio de perícias com recursos advindos do FEP somente será autorizado se ficar comprovada a impossibilidade de o autor da ação arcar com o pagamento dos honorários periciais, conforme decidido nos autos judiciais, ou não houver possibilidade de inversão do ônus da prova.
Art. 3º. Constituem fontes de recursos do FEP:
I - dotações orçamentárias próprias, até o limite de 718.000 UFESPs (setecentas e dezoito mil Unidades Fiscais do Estado de São Paulo) por exercício orçamentário;
II - repasses de valores oriundos de convênios firmados com órgãos estaduais ou federais;
III - doações e contribuições de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, e de órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, bem como entidades internacionais;
IV - recursos resultantes de aplicações financeiras das disponibilidades temporárias;
V - outros valores que lhe sejam destinados.
Art. 4º. Os recursos financeiros do Fundo serão depositados e mantidos na conta da Unidade Gestora do FEP.
Parágrafo único - Fica autorizada a aplicação financeira das disponibilidades do FEP em operações ativas, de modo a preservá-las contra eventual perda do poder aquisitivo da moeda.
Art. 5º. O FEP será gerido por um Conselho Gestor com a seguinte composição:
I - Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania ou representante por ele indicado, que o presidirá;
II - dois juízes de direito designados pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado;
III - dois deputados estaduais designados pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado;
IV - dois membros do Ministério Público, designados pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado;
V - um procurador do Estado, designado pelo Procurador-Geral do Estado;
VI - um defensor público, designado pelo Defensor Público-Geral do Estado;
VII - Secretário da Fazenda ou representante por ele indicado;
VIII - um representante do Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo - IMESC.
Parágrafo único. A participação no Conselho é considerada serviço público relevante, vedada a remuneração a qualquer título.
Art. 6º. Incumbe ao Conselho Gestor do Fundo:
I - autorizar a celebração de convênios, contratos e termos de parceria que tenham por objeto a aplicação de receitas do FEP;
II - organizar o cronograma financeiro do FEP e acompanhar sua execução;
III - zelar pela adequada utilização dos recursos do FEP;
IV - autorizar o custeio das perícias e avaliações que se enquadrem nos

requisitos desta lei;
V - fixar os valores máximos nos adiantamentos e nos honorários definitivos a serem pagos com recursos do FEP;
VI - fixar limite máximo anual a ser gasto pelo FEP.
§ 1º. Observada a legislação vigente, poderá o Conselho Gestor baixar normas e instruções complementares e fixar planos de aplicação e utilização dos recursos do Fundo.
§ 2º. O valor total reembolsável e de custeio fixado pelo Conselho Gestor poderá ser inferior ao valor fixado na respectiva decisão judicial.
Art. 7º. A Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania prestará apoio administrativo e fornecerá os recursos humanos e materiais ao Conselho Gestor.
Art. 8º. A prestação de contas do FEP deverá, dentre outras que a legislação estabeleça, atender às seguintes disposições:
I - ser encaminhada à Assembleia Legislativa e ao Tribunal de Contas do Estado para a devida tomada de contas;
II - ser realizada anualmente, em prazo não superior a 90 dias, contados do encerramento do exercício;
III - ser publicada em órgão de imprensa oficial e disponibilizada para consulta pela população no portal da transparência da Secretaria da Fazenda e nos portais do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania;
IV - conter os balanços orçamentário, financeiro e patrimonial, inclusive conciliação dos saldos bancários;
V - conter relatório com os contratos, convênios, acordos e ajustes firmados.
Art. 9º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

36. Ao que se sabe, até o presente momento o Estado do Paraná não criou Fundo Especial (nem tomou medida que o equivalha) para o custeio de perícias nos casos previstos no artigo 95, § 3º, do CPC, o que, por certo, dificulta o procedimento para o pagamento dos honorários periciais em processos envolvendo partes beneficiárias da justiça gratuita.

37. Cabe salientar que, entendendo o magistrado pela inviabilidade de adiantamento dos honorários periciais, nos termos acima declinados, e não concordando o perito nomeado em aguardar o final do processo, poderá aquele valer-se da nomeação de outro *expert* que aceite as condições propostas no processo.

38. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ANTECIPAÇÃO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS PELO ESTADO. 1. É entendimento do STJ que, 'não concordando o perito nomeado em realizar gratuitamente a perícia e/ou aguardar o final do processo, deve o juiz da causa nomear outro perito para desonerar o Estado de antecipar o pagamento dos honorários periciais', sem imputar ao beneficiário da assistência judiciária, contudo, a responsabilidade pelo adiantamento de tal despesa (REsp 935.470/MG. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques - Segunda Turma. Julgamento: 24/8/2010. Publicação: 30/9/2010. 2. Agravo regimental parcialmente provido. AgRg no AREsp 255.687/MG. Relator: Olindo Menezes - Desembargador Convocado do TRF 1ª Região. Julgamento: 17/11/2015. Publicação: 1º/12/2015)

39. Por seu turno, inexistindo adiantamento de valor a título de honorários periciais por parte do Estado, após o trânsito em julgado da decisão final que condene o beneficiário de gratuidade de justiça ao pagamento das despesas processuais, e até que sobrevenha norma/convênio no âmbito deste Estado que fixe outro tipo de procedimento, entende-se que caberá ao próprio perito credor diligenciar junto ao Poder Executivo para fins de recebimento dos seus honorários periciais, podendo propor, em sendo o caso, medida judicial para o efetivo recebimento da quantia a que faz jus.

40. Sendo esses os esclarecimentos a serem feitos, tendo como base a legislação vigente, sugiro o retorno do expediente ao Gabinete da Presidência deste Tribunal de Justiça, para os devidos fins.

Texto elaborado com base em parecer emitido no protocolo SEI nº 0043777-32.2018.

Consultoria Jurídica do Departamento Econômico e Financeiro do Tribunal de Justiça do Paraná.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. CONTRIBUIÇÃO SUPLEMENTAR. HIPÓTESE DE COMPENSAÇÃO NÃO VERIFICADA.

Maurício Feijó Kugler

Consultor jurídico do Poder Judiciário do Paraná.

1. Trata-se de solicitação, efetuada por meio de ofício oriundo da Paranaprevidência, de repasse de aportes mensais, a título de custeio suplementar, referente aos meses compreendidos entre julho de 2018 e janeiro de 2019, totalizando o valor de R$ 777.167,86.

2. A Coordenadoria de Execução Orçamentária, Financeira e Contábil do Departamento Econômico e Financeiro [do Tribunal de Justiça] prestou informação em que relata que o valor cobrado não é devido, haja vista que a superveniência da Lei Estadual nº 19.790, de 20 de dezembro de 2018, extinguiu, retroativamente a julho de 2018, a nominada contribuição patronal de pensionistas e inativos vinculados ao Fundo de Previdência, gerando um crédito em favor do Tribunal de Justiça, referente aos meses de julho a dezembro de 2018, no valor de R$ 8.958.664,33.

3. Questionou:

3.1. O valor cobrado a título de custeio suplementar é devido entre os meses de julho a dezembro de 2018, acrescido de correção monetária?

3.2. Devemos compensar/fazer um encontro de contas do valor cobrado a título de custeio suplementar com o valor pago de julho a dezembro a título de contribuição patronal?

4. Vieram os autos, por determinação da Ilustre Secretária, para manifestação desta Assessoria Jurídica e posterior encaminhamento ao Excelentíssimo Desembargador Presidente do Tribunal.

5. É o relatório.

6. A controvérsia e a resposta às questões propostas tratam da contribuição previdenciária no serviço público, especificamente quanto à parcela devida pelo ente público. A gênese é constitucional. Prevê o artigo 40 que "aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo".

7. No âmbito estadual, o sistema de seguridade dos servidores está disciplinado pela Lei nº 12.398/1998, que regulamenta a Paraprevidência, e a Lei nº 17.435/2012, que reestruturou o Plano de Custeio e Financiamento do Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Paraná, implantando, no artigo 16, entre outras, a denominada contribuição social patronal de servidor inativo e dos pensionistas. Trata-se de uma contrapartida de contribuição mensal em montante igual à contribuição que arrecadar dos inativos e pensionistas.

8. Com a superveniência da Lei Estadual nº 19.790/2018, a redação do mencionado artigo 16 foi alterada, restringindo a contribuição mensal em montante igual à contribuição que

arrecadar apenas dos servidores ativos. Ou seja, ficou extinta a contribuição patronal de inativos e pensionistas. Ressalte-se que a constitucionalidade dessa contribuição sempre foi tema controvertido. No entanto, o pagamento era efetivado por meio de compensação de créditos efetuada pela Paranaprevidência.

9. A mesma lei alterou o artigo 20, cujo objeto é custeio suplementar, também espécie de contribuição social, que passou a ser devido, não mais tendo como fato gerador a diminuição do compromisso com folha de pagamento de benefícios do Fundo Financeiro, o que tornava inexistente tal custeio, mas sim o lapso temporal mensal, constituindo aportes mensais escalonados com progressão de alíquotas conforme tabela descrita no anexo único da Lei.

10. Em resumo, extinguiu-se o a contribuição patronal de inativos e pensionistas, mas, para compensar, deu-se efetividade financeira ao custeio suplementar, criando-se novo fato gerador realizável mensalmente.

11. O imbróglio surgiu porque a Lei Estadual nº 19.790 é de 20 de dezembro de 2018, e entrou em vigor na data da sua publicação. Ocorre que ela determina, em seu artigo 4º, que alterou o artigo 20, § 1º, da Lei Estadual nº 17.435/2012, que os aportes de custeio suplementar tenham como termo inicial a folha do mês de julho de 2018, ou seja, com efeitos retroativos.

12. Por isso, a Paranaprevidência entendeu que, entre julho e dezembro de 2018, são devidos tanto a extinta contribuição patronal sobre inativos e pensionistas quanto o custeio suplementar, o que ensejou a cobrança formulada neste expediente. Tal entendimento possui como base a literalidade da lei, uma vez que a regra retroativa foi inserida no § 1º do artigo 20 da Lei Estadual nº 17.435/2012, incidindo exclusivamente sobre o custeio suplementar.

13. Já os questionamentos efetuados pela Coordenadoria de Execução Orçamentária, Financeira e Contábil do Departamento Econômico Financeiro, bem como o cálculo apresentado em informação juntada aos autos, refletem o entendimento de que a atual previsão do chamado custeio suplementar substituiu a contribuição patronal sobre inativos e pensionistas – portanto, também retroagindo desde julho de 2018.

14. Ocorre que a interpretação da Paranaprevidência não se coaduna com princípios constitucionais norteadores da previdência social, conflitando especialmente com o artigo, 195, § 6º, da Constituição da República, que dispõe sobre a anterioridade mitigada, estabelecendo que "as contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no artigo 150, III, 'b'".

15. Tal norma, fulcrada na necessidade de segurança jurídica, é indubitavelmente aplicável aos entes públicos, uma vez que não há exceção que contemple a hipótese. Sobre a incidência mencionada, segue entendimento do STF:

> AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. EMISSÃO DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PATRONAL. SUBSUNÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A majoração da alíquota patronal prevista na Lei Estadual nº 14.258/2007 (resultante da conversão da Medida Provisória nº 143/2007), do Estado de Santa Catarina, incide apenas após o decurso do prazo relativo à anterioridade nonagesimal (noventena), previsto no artigo 195, § 6º, da Constituição. II – Agravo regimental a que se nega provimento.
> ACO 1196 AgR. Relator: Ministro Ricardo Leandowski (Tribunal Pleno). Julgamento: 30/6/2017. Publicação: 4/8/2017.

16. Não resta dúvida quanto à natureza jurídica do chamado custeio suplementar previsto no artigo 20, § 1º, da Lei Estadual nº 17.435/2012. Tal lei possui conteúdo específico e restrito à

matéria tributária-previdenciária, ou seja, custeio e financiamento previdenciário por meio de instituição de contribuições sociais. Nesse sentido, a súmula da mencionada lei é clara, objetiva e expressa. Além do mais, o artigo 20 está inserido no Capítulo V, denominado "Da Composição dos Fundos Públicos de Natureza Previdenciária".

17. Para além da descrição nominal, a substância da norma contida no artigo 20 corrobora sua natureza jurídica, já que efetivamente os recursos deverão ser transferidos para o Fundo Previdenciário.

18. Observa-se, ainda, que o artigo 4º Lei Estadual nº 19.790/2018, que alterou o artigo 20, § 1º, da Lei Estadual nº 17.435/2012, não apenas modificou o chamado custeio suplementar, mas extinguiu o antigo e criou um novo, mantendo apenas o nome, porém sem manter continuidade típica-normativa. Ou seja, são contribuições sociais diferentes que, embora possuam o mesmo nome, não se identificam.

19. Analisando os elementos básicos da estrutura normativa tributária, percebe-se que houve revogação do antigo custeio suplementar previsto no artigo 20, cujo fato gerador era o decremento ou diminuição do compromisso para com a folha de pagamento de benefício do Fundo Financeiro, tendo como base de cálculo o valor dessa diminuição e a alíquota de 100%.

20. A Lei Estadual nº 19.790/2018, no artigo 4º, criou uma nova contribuição social, também nominada de custeio suplementar, cujo fato gerador é o lapso temporal mensal, a base de cálculo é o valor total mensal da Folha de Benefícios do Fundo de Previdência e as alíquotas são as previstas no anexo único para os próximos 73 anos, variando de 0,5% (2018) a 58% (2046 a 2059).

21. Muito embora a justificativa apresentada no projeto da

Lei (Projeto de Lei nº 402/2018) mencione que se trata de uma antecipação do custeio suplementar, tal justificativa deve ser interpretada e aceita apenas de forma política, já que desprovida de técnica jurídica, conforme demonstrado nos parágrafos anteriores.

22. Portanto, uma vez fixada a natureza previdenciária da contribuição nominada custeio suplementar, e uma vez que as alterações efetuadas implicam criação de nova contribuição social, o respeito à anterioridade fixada no artigo 195, § 6º, da Constituição Federal de 1988 se impõe.

23. Portanto, embora seja expressa em estabelecer como termo inicial a folha do mês de julho de 2018, tal norma merece interpretação à luz da Carta Maior, de modo que os valores só possam ser exigidos passados 90 dias da publicação da lei, ou seja, a partir de 21 de março de 2019.

24. Consequentemente, e também por falta de previsão legal nesse sentido, já que a retroatividade foi prevista especificamente para ao artigo 20, a norma não pode ter efeitos pretéritos simplesmente para revogar a contribuição patronal sobre inativos e pensionistas.

25. Em resposta aos questionamentos efetuados:

25.1. Quanto ao subitem 3.1.: Não, pois os valores são devidos à Paranaprevidência apenas a partir de 21 de março de 2019.

25.2. Quanto ao item 3.2.: Não, pois o valor referente à contribuição patronal de inativos e pensionistas, no período de julho a dezembro de 2018, foi regularmente pago.

Texto elaborado com base no Parecer nº 3772840 (SEI nº 0011527-09.2019.8.16.6000).

Consultoria Jurídica do Departamento Econômico e Financeiro do Tribunal de Justiça do Paraná.

CONTRATAÇÃO DE CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE SERVIDORES. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

Marcelo Oliveira dos Santos

Consultor jurídico do Poder Judiciário do Paraná.

RELATÓRIO

1. Neste expediente, o Departamento do Patrimônio (DP) solicita a realização do curso denominado "A função dos assessores [consultores] jurídicos: controle da legalidade nos processos de licitações e contratações diretas, pela empresa JML Consultoria e Eventos, nos dias 24 e 25 de outubro de 2019, na cidade de Curitiba. Em seu requerimento, o DP destaca que o evento evitará custos com diárias e deslocamentos dos servidores, indicando a participação de dois assessores [consultores] jurídicos lotados naquele setor.

2. De acordo com informação da Escola de Servidores da Justiça Estadual (Eseje), "o curso repassará aos participantes as informações necessárias para a solução técnica adequada às situações casuísticas que lhes são submetidas, bem como melhor orientar o corpo operacional dos órgãos e entidades onde atuam; proporcionar aprimoramento profissional do servidor/agente público, contribuindo para sua ascensão funcional, maior eficiência nos processos de contratação de coisas, obras e serviços; apresentar uma visão sistêmica dos processos de contratação; e capacitar os profissionais para minimizar sua responsabilização nos processos em que atuam".

3. Informou a Eseje, ainda, que há interesse em participar do curso por parte de servidores da Assessoria Jurídica do Departamento de Tecnologia da Informação e Comunicação (DTIC), com indicação de dois nomes.

4. Mediante despacho, a Eseje manifestou-se no sentido de que, "diante da grande utilidade do curso em pauta, conforme destacado, além das duas vagas ao Departamento do Patrimônio, [...] [é] pertinente que sejam abertas outras 28 vagas, totalizando 30 vagas [...]", indicando que o quantitativo de vagas desencadearia uma redução de 68,19% do valor original da proposta.

5. Complementando a pesquisa de preços apresentada nos autos, a Eseje informou que o custeio total com as inscrições dos trinta servidores implicará no aporte de R$ 38.000,00 [...].

6. Após receber o feito, a Assessoria Jurídica da Eseje manifestou-se favoravelmente à contratação da empresa, demonstrando a sua regularidade fiscal e a ausência de impedimentos para contratar com a Administração [conforme documentos anexados ao expediente]. Ressalvou, no final, a necessidade de análise sobre a viabilidade financeira e orçamentária, a ser feita pelo Departamento Econômico e Financeiro (DEF).

7. O Departamento Econômico e Financeiro (DEF) se manifestou, informando que, "em face da Lei Complementar nº 101/2000 (LRF), [da] Lei Orçamentária, [da] Lei de Diretrizes e [do] consequente impacto financeiro com a despesa, e verificando os controles existentes na Divisão, conclui-se que os saldos globais orçamentários e financeiros permitem que se acrescente a referida despesa".

8. É a síntese do necessário.

FUNDAMENTAÇÃO

9. Impende assinalar, inicialmente, a desnecessidade de discorrer sobre a importância do treinamento e aperfeiçoamento de servidores para excelência do serviço público, porquanto as capacitações contribuem sobremaneira para o desenvolvimento de competências institucionais e individuais relativas à temática, sobretudo pelo acesso democrático às informações e pela troca de experiências adquiridas.

10. Nota-se que a proposta de realização de curso atende à determinação legal de que o Estado deve promover cursos de aperfeiçoamento, conferências e congressos destinados a seus servidores. Nesse sentido, a Eseje foi criada pela Resolução nº 9/2007, cujos objetivos e finalidades consistem na formação, na capacitação, no aperfeiçoamento e no treinamento de servidores a bem do serviço público.

11. Posto isso, enfatiza-se que é possível, excepcionalmente, no interesse da Administração, a participação de servidores em cursos externos de natureza singular, definidos como aqueles que não se baseiam em técnicas e métodos padronizados de ensino que possam ser normalmente encontrados no mercado.

12. Sendo assim, a princípio, o curso analisado enquadra-se na hipótese de excepcionalidade. Todavia, cabe examinar se estão presentes, no caso em apreço, os pressupostos para caracterização da dispensa ou inexigibilidade de licitação previsto na lei de regência.

13. Hely Lopes Meirelles[1] sustenta:

> [...] A licitação dispensada é aquela que a própria lei declarou como tal (artigo 17, I e II). [...] Licitação dispensável é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier (artigo 24.). [...] Ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de

> competição entre os contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. [...] Assim, o artigo 25 refere-se genericamente à inviabilidade de competição [...].

14. Nota-se que, nos casos de licitação dispensável, o administrador tem a faculdade de licitar ou não, enquanto na inexigibilidade é impossível a realização do procedimento por ausência de competitividade no mercado, para escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.

15. No tocante à contratação de cursos abertos de capacitação, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[2] leciona: "[...] É também inexigível a licitação para a matrícula de servidor em curso oferecido por instituição privada de treinamento, porque esses eventos são realizados em períodos determinados, mostrando-se inviável a competição [...]".

16. Reconhecendo também a inviabilidade de competição para contratação de treinamentos, Antônio Carlos Cintra do Amaral[3] destaca:

> A Administração não pode realizar licitação para treinamento, porque os profissionais ou empresas são incomparáveis. Não há, portanto, viabilidade de competição. A adoção do tipo de licitação 'menor preço' conduz, na maioria dos casos, à obtenção de qualidade inadequada. A de 'melhor técnica' e a de 'técnica e preço' são inviáveis, porque não se pode cogitar, no caso, de apresentação de proposta técnica. A proposta técnica seria, a rigor, o programa e a metodologia, de pouca ou nenhuma diferenciação. O êxito de treinamento depende, basicamente, dos instrutores ou docentes. Que são incomparáveis, singulares, o que torna inviável a competição.

17. Concernente a isso, a doutrina e o Tribunal de Contas da União entendem que a hipótese submete-se ao artigo 25, II, combinado com o artigo 13, VI, ambos da Lei Federal nº 8.666/1993, cujo dispositivo, reproduzido no artigo 33 da Lei Estadual 15.608/2007, considera inexigível a licitação "quando houver inviabilidade de competição" especificamente quando

se tratar de "contratação de serviços técnicos", entre os quais se inclui o "treinamento e aperfeiçoamento de pessoal".

18. A esse respeito, a Corte de Contas da União, na Decisão do Plenário nº 1.707/2015, estabeleceu:

> [...] A inscrição de servidores para participação de cursos de aperfeiçoamento pessoal vinculados à atividade fim da instituição enquadra-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25, II, c/c o artigo 13, VI, da Lei nº 8.666/1993, quando restar comprovada a inviabilidade de competição, conforme tem sinalizado a jurisprudência do TCU (Decisão 439/1998-TCU-Plenário, Acórdão 1.915/2003-TCU-Plenário e Acórdão 1.247/2008-TCU-Plenário).

19. Referido entendimento foi referendado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União em 2017, no Acórdão nº 1.074/2017, nos seguintes termos:

> [...] Trata-se de contratação de treinamento. Treinamentos podem ser contratados por meio de inexigibilidade de licitação, desde que devidamente justificadas as motivações para contratação do treinamento e que seja demonstrada a singularidade do objeto e que o contratado tenha notória especialização. Conforme dispõe a Decisão 439/1998 - Plenário e o Acórdão 1247/2008 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer.
> As contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do artigo 25, combinado com o inciso VI do artigo 13 da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 1247/2008 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer).

20. Salienta-se, por devido, que a inviabilidade de competição na escolha de cursos de capacitação não reside na exclusividade, mas, sobretudo, na impossibilidade de haver critérios objetivos passíveis de seleção por meio processo licitatório tipo menor preço.

21. Excerto da decisão do Colendo Tribunal de Contas da

União, reproduzido a seguir, corrobora esse entendimento: "[...] Isso porque cada possível instrutor tem características próprias, incomparáveis, como experiência anterior, currículo, áreas de especialização, publicações, etc. Como admitir que o menor preço possa ser um bom critério para a escolha?" (TCU - Decisão nº 439/1998).

22. No mesmo sentido, decisão análoga da Corte de Contas da União: "[...] São tantas as variáveis que influem na definição do perfil ideal dos professores e instrutores adequados a cada caso que dificilmente se pode defender a tese de que haja efetiva viabilidade de licitação para formalizar tais contratos" (TCU - Decisão nº 747/1997).

23. Desse modo, infere-se que a orientação do TCU há tempo se firmou no sentido de ser adequado o procedimento de inexigibilidade de licitação para a contratação de cursos abertos de capacitação de servidores públicos.

24. A Súmula nº 39, do Tribunal de Contas da União, encerra o debate nos termos abaixo:

> A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do artigo 25, II, da Lei nº 8.666/1993.

25. Assim, superada a ideia de que é possível a contratação do evento pretendido por inexigibilidade de licitação, passa-se a analisar a existência dos demais requisitos previstos para esse tipo de procedimento, quais sejam: singularidade do objeto, notória especialização do(s) palestrante(s) (artigo 25, II, da Lei nº 8.666/1993) e justificativa[4] de preços da proposta apresentada (artigo 26, parágrafo único, III, da Lei nº 8.666/1993).

26. Entre as deliberações do Tribunal de Contas da União acerca dos requisitos da singularidade do objeto e da notória especialização dos palestrantes, destacam-se as seguintes:

> [...]. Trata-se, na verdade, de exemplo típico de inexigibilidade de licitação. Primeiramente, porque o conceito de singularidade não está vinculado à ideia de unicidade. Para fins de subsunção ao artigo 25, II, da Lei nº 8.666/1993, entendo não existir um serviço que possa ser prestado apenas e exclusivamente por uma única pessoa. A existência de um único sujeito em condições de ser contratado conduziria à inviabilidade de competição em relação a qualquer serviço e não apenas em relação àqueles considerados técnicos profissionais especializados, o que tornaria letra morta o dispositivo legal. Em segundo lugar, porque singularidade, a meu ver, significa complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado. (TCU - Plenário - 1074/2013).
>
> [...]. Adicionalmente, em relação à singularidade, conforme apontado pelo Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, no voto condutor do Acórdão 1886/2007-TCU-2ª Câmara, não é aceitável se valer dessa alegação para, de forma generalizada, fazer uso da contratação direta: seria imperioso demonstrar que o serviço contratado apresentava natureza singular e que seria prestado por empresa ou profissionais de notória especialização, por serem estes os requisitos estabelecidos no dispositivo invocado para a contratação direta. Segundo Marçal Justen Filho, em 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos' (10. Ed. Dialética, p. 279): 'A fórmula natureza singular destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no artigo 13. É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse público é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)'. (2.993/2018 - TCU -Plenário).
>
> Faça constar dos processos de dispensa de licitação, especialmente nas hipóteses de contratação emergencial, a justificativa de preços a que se refere o inciso III do artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, mesmo nas hipóteses em que somente um fornecedor possa prestar os serviços necessários à Administração, mediante a verificação da conformidade do orçamento com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, com os constantes do sistema de registro

> de preços, os quais devem ser registrados nos autos, conforme Decisão TCU 627/1999 Plenário. (TCU - Acórdão 819/2005 - Plenário).

27. A doutrina, igualmente, entende que "singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador. A singularidade não está associada à noção de preços, de dimensões, de localidade, de cor ou forma", nos ensinamentos do professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[5].

28. Prossegue o mesmo jurista[6], trazendo alguns exemplos de como, em sua visão, se identificaria o elemento da singularidade:

> Por exemplo, é um serviço singular, a aplicação de revestimento em tinta com base em poliuretano, na parte externa de um reator nuclear, devido às irradiações desse objeto; enquanto pintar é uma atividade comum, as características do objeto que vai receber a tinta exigem uma forma de aplicação de produto que não ocorre nos demais; apagar incêndio é uma atividade que pode ser executada por qualquer bombeiro, mas debelar um incêndio em um poço de petróleo apresenta-se como singular; a demolição é uma atividade comum, mas a necessidade de que seja efetuada por técnica de implosão pode torná-la singular.

29. Portanto, serviço singular caracteriza-se exatamente pela presença de fatores pessoais, subjetivos, individualizadores, que impede a competitividade necessária a um certame público (licitação). No caso em análise, trata-se a realização do curso sobre tema afeto às atividades profissionais de servidores do Tribunal de Justiça, de acordo com o que se extrai das informações prestadas pela Eseje [cf. documentos anexados ao expediente].

30. Quanto à justificativa para a contratação, a Eseje informou:

> [...] II - A necessidade de investimento na formação continuada dos servidores é notória, não apenas como uma ação institucional estra-

> tégica com a finalidade de melhoria na prestação dos serviços, mas também como forma de atender a Política Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Servidores do Poder Judiciário, instituída pela Resolução nº 192, de 8 de maio de 2014, do Conselho Nacional de Justiça.
> III - A atualização e [o] aperfeiçoamento de servidores também estão diretamente alinhados com o Objetivo Estratégico nº 8 do Planejamento Estratégico 2015-2020 deste Tribunal, que estabelece 'desenvolver continuamente conhecimentos, habilidades e atitudes das pessoas', e, mais especificamente, a Linha de Ação 'Capacitar os magistrados e servidores do Tribunal de Justiça'.
> IV - Tendo em vista que a capacitação solicitada é relevante para o exercício das atribuições dos servidores dos Departamentos solicitantes, bem como a participação de servidores do órgão, atuantes na área de licitações e contratos, contribuirá para o aperfeiçoamento de suas atividades, com aproveitamento para uma gestão pública de melhor qualidade para o Tribunal de Justiça, em consonância com a orientação disposta no Acórdão nº 2987/2019, do Tribunal de Contas da União [...], esta Supervisão Educacional se manifesta favoravelmente, sob o ponto de vista pedagógico, à participação no evento pleiteado, 'A função dos assessores [consultores] jurídicos: controle da legalidade nos processos de licitações e contratações diretas', a se realizar em Curitiba, nos dias 24 e 25 de outubro de 2019. Ressalta-se ainda que, como o curso ocorrerá nesta cidade, evitará custos com diárias e deslocamentos dos servidores, solicitando-se o custeio das inscrições do evento. [...]

31. No tocante à exigência de notória especialização da empresa ou do profissional a ser contratado, o artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, ao tratar das hipóteses de inviabilidade de competição (que levem à inexigibilidade de licitação), dispõe, em seu § 1º:

> Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

32. Analisando o currículo do palestrante, verifica-se se tratar de profissional altamente qualificado em sua área de atuação, possuindo vasta experiência com a temática apresentada,

sendo, inclusive, autor de obras bibliográficas sobre o tema do curso.

33. Portanto, conclui-se que estão configurados, no caso concreto, os requisitos da singularidade do objeto e da notória especialização do palestrante, atendendo-se, assim, os dispositivos legais aplicáveis, bem como a orientação jurisprudencial das cortes de contas citadas, além de estar documentada a devida justificativa para a contratação.

34. Com relação à justificativa de preços, assim tem se manifestado o Tribunal de Contas da União:

> Quanto ao preço, é certo que, mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do artigo 26, III, da Lei nº 8.666/93. Ressalte-se que este Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, três propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (Informativo TCU 188/2014). (TCU - Acórdão 1565/2015 - Plenário)

35. Quanto à adequação do preço do treinamento pretendido com a prática do mercado, nota-se que a Eseje formulou a pesquisa de preços de cursos com temáticas similares oferecidos pela empresa One Cursos, sendo que o referido curso tem como precificação o valor individualizado de R$ 2.200,00 para quatro ou mais participantes. Ainda, anexou notas fiscais de contratações por outros órgãos públicos para o mesmo curso, o que robustece a justificativa de adequação do preço da contratação com o mercado.

36. Destaque-se, também, que a Eseje conseguiu grande desconto com a empresa a ser contratada, sendo que o custo do curso para os trinta servidores participantes será de R$ 38.000,00, o que representa o valor unitário de R$ 1.266,66, aquém do obtido pela pesquisa de preços.

37. Não tendo a Eseje encontrado outros cursos com menor valor, que atendam à necessidade da Administração, e demonstrada anteriormente a necessidade de realização do trabalho específico para a capacitação dos servidores, entende-se também cumprido, sob o aspecto dos custos, o requisito legal.

38. Concernente à regularidade fiscal da empresa promotora do evento, está devidamente comprovada pelos documentos apresentados pela Eseje, em atendimento ao artigo 35, § 4º, da Lei Estadual nº 15.608/2007, e ao artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/1993.

39. Infere-se, ainda, que a empresa não está na condição de impedida de licitar e contratar com a Administração Pública do Estado do Paraná, nos termos dos documentos apresentados pela Eseje [...].

40. Por sua vez, o DEF demonstrou a adequação orçamentária e a realização do pré-empenho, cumprindo as determinações da Lei nº 4.320/1964 (Lei do Orçamento Público).

41. Não se pode deixar de citar que o curso em análise atende à Resolução nº 159, do Conselho Nacional de Justiça, de 17 de outubro de 2012, que implementou as diretrizes nacionais para nortear as Escolas Judiciárias na capacitação e no aperfeiçoamento técnico de magistrados e servidores da Justiça.

42. Por fim, caso autorizada a contratação, devem ser atendidos o Provimento nº 52/2004 e a Instrução Normativa nº 33/2009, ambos do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, com a anotação no Sistema SEI e o cadastro no Sistema Hermes, incluindo a contratação na numeração única gerada pelo sistema.

CONCLUSÃO

43. Diante do exposto, tendo por fundamento os argumentos apresentados antes, desde que seja conveniente e oportuno à cúpula administrativa do Tribunal de Justiça, entende-se adequada juridicamente a contratação da empresa JML Consultoria e Eventos [...] para a realização do curso denominado "A função dos assessores [consultores] jurídicos: controle da legalidade nos processos de licitações e contratações diretas", com carga horária de 16 horas, para a formação de trinta servidores, a ser ministrado em Curitiba, pelo valor total de R$ 38.000,00, custeado pelos cofres do Poder Judiciário do Estado do Paraná, posto estarem presentes os requisitos da contratação direta (inexigibilidade de licitação).

Texto elaborado com base no Parecer nº 479/2019-TJPR

Consultoria Jurídica do Gabinete da Secretaria do Tribunal de Justiça do Paraná.

NOTAS

[1] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 28. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 269-274.

[2] FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. **Vade-mécum de licitações e contratos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 254.

[3] AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Ato administrativo, licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 111.

[4] Lei nº 8.666/1993 - Art. 26 [...]. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: [...] III - justificativa do preço.

[5] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 609.

[6] Ibidem.

CONSULTA: CERTIDÃO POSITIVA/ EXPLICATIVA PARA FINS CRIMINAIS

Igber de Oliveira Lima

Consultor jurídico do Poder Judiciário do Paraná.

1. RELATÓRIO

1.1. Dos principais elementos

Nos autos principais (SEI nº 0010326-21.2015.8.16.6000), em consulta, está o Contrato nº 30/2014, celebrado entre o Tribunal de Justiça do Paraná e empresa de inteligência em segurança, cujo objeto é a prestação de serviços continuados de vigilância armada e desarmada a serem executados nas dependências dos Fóruns das comarcas integrantes da Regional VIII, compreendendo, além da mão de obra, o fornecimento de todos os equipamentos, materiais, armas, munições e uniformes necessários à execução dos serviços.

Em face da vigência contratual, em desdobramento, foi encaminhado este expediente pela Divisão de Gestão de Contratos à Assessoria Jurídica com o fim de dirimir a controvérsia originada da apresentação do conteúdo dos documentos admissionais [...] e o requisito contratual – "não possuir antecedentes criminais" – exigido dos vigilantes selecionados para prestação de serviços.

Instruem os autos: i) e-mail da Divisão de Gerenciamento de informações de Empregados Terceirizados; ii) certidão positiva/explicativa para fins criminais (IP nº 1108-07.2011.8.16.0051, com base no artigo 147 do Código Penal - arquivado; e IP nº

192-31.2015.8.16.0051, com base no artigo 15 da Lei nº 10.826/03 - arquivado); e iii) Informação nº 1648573 - DGC.

2. CONSIDERAÇÕES DA ASSESSORIA JURÍDICA

2.1. Do objeto da controvérsia jurídica

Inicialmente, para melhor compreensão do tema em debate, deve-se partir das exigências feitas às partes no Contrato nº 30/2014, mencionado no início. A esse respeito, a cláusula 12 estabelece as obrigações da contratada, que deverá, além de "manter a boa-fé tanto no momento da contratação quanto no da execução" da avença:

> [...] 12.2 responsabilizar-se integralmente pela execução dos serviços contratados, disponibilizando pessoal devidamente habilitado e qualificado para a prestação dos serviços, nos termos previstos neste contrato e na legislação vigente;
> [...] 12.4 selecionar rigorosamente os empregados que irão prestar os serviços, encaminhando pessoas portadoras de atestados de boa conduta e demais referências, tendo as funções profissionais de vigilante legalmente registradas em suas carteiras de trabalho;
> [...] 12.10 sujeitar-se à mais ampla e irrestrita fiscalização por parte do contratante, prestando todos os esclarecimentos solicitados e atendendo prontamente às reclamações formuladas;
> [...] 12.14 utilizar, obrigatoriamente, somente vigilantes que preencham os requisitos elencados no Edital;
> 12.15 apresentar toda a documentação que comprove a perfeita qualificação dos vigilantes e, a cada doze meses ou quando for solicitado, os comprovantes de reciclagem e de renovação dos exames de saúde física e mental, bem como as certidões que comprovem a inexistência de antecedentes criminais [...] [dos vigilantes].

Especificamente no que diz respeito aos requisitos, atribuições e condições para os postos de vigilância, a matéria consta, no âmbito contratual, do item 1 do Anexo II ("Dos vigilantes"), cujos subitens estabelecem:

> 1.1. Dos Requisitos
> 1.1.1. Os vigilantes selecionados pela contratada para prestação dos serviços deverão atender aos seguintes requisitos:
> a) nacionalidade brasileira (no caso de nacionalidade portuguesa, estar legalmente amparado pelo estatuto de igualdade entre brasileiros e portugueses, com reconhecimento do gozo dos direitos políticos, na forma do disposto no artigo 13 do Decreto n° 70.436, de 18 de abril de 1972);
> b) ter idade mínima de 21 anos;
> c) instrução mínima correspondente ao quinto ano do ensino fundamental (antiga 4ª série do primeiro grau);
> d) quitação com as obrigações militares e eleitorais;
> e) atestado médico de aptidão física e mental, bem como psicotécnico compatíveis com o exercício das funções;
> f) certificado do curso de formação/reciclagem de vigilantes expedido por instituição devidamente habilitada e reconhecida, com a respectiva data de validade;
> g) certidão dos setores de distribuição do foro criminal das Justiças Estadual e Federal;
> h) Não possuir antecedentes criminais, devendo apresentar certidão negativa de antecedentes criminais das esferas da Justiça Estadual e Federal [...]
> [...] Os requisitos elencados no subitem anterior deverão ser comprovados pela contratada no prazo de 30 dias úteis a contar do início da prestação dos serviços ou do início de nova admissão de empregado, mediante documentação a ser entregue na Divisão de Vigilância e Controle de Acesso do Departamento de Serviços Gerais, sob pena de aplicação do disposto no Acordo de Níveis de Serviço integrante deste contrato.

Convém, nesta oportunidade, transcrever as exigências para o "funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância" estabelecidas na Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, no tocante aos requisitos individuais da profissão:

> Art. 16 - Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos:
> I - ser brasileiro;
> II - ter idade mínima de 21 anos;
> III - ter instrução correspondente à quarta série do primeiro grau;
> IV - ter sido aprovado em curso de formação de vigilante realizado em estabelecimento com funcionamento autorizado nos termos desta Lei. (redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994)
> V - ter sido aprovado em exame de saúde física, mental e psicotécnico;
> VI - não ter antecedentes criminais registrados; e
> VII - estar quite com as obrigações eleitorais e militares.

No contexto normativo apresentado, observa-se a particular similitude entre os requisitos contratuais e os legalmente exigidos; notadamente, há que se destacar a imposição de que o vigilante admitido pela empresa não tenha antecedentes criminais. Pois bem. A despeito das expressas previsões, primordialmente se exige compreender o que venha a ser "antecedentes criminais".

Na concepção doutrinária, antecedentes "dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal." (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* - parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v. I. p. 537.)

As cortes superiores, instadas sobre a composição do que venha a ser "antecedente criminal", assim declararam:

> Supremo Tribunal Federal - [...] A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a persecuções criminais ainda em curso não basta, só por si – ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado –, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Somente a condenação penal transitada em julgado pode legitimar a recusa de aplicação, ao réu, do princípio da insignificância, pois, com o trânsito em julgado (e somente com este), descaracteriza-se a presunção 'juris tantum' de inocência do acusado, que passa, então, a ostentar o 'status' jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. Precedentes. Doutrina (RHC 113381/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 25/6/2013).

> Superior Tribunal de Justiça - [...] 5. Está consolidado o entendimento no âmbito deste Tribunal no sentido de que, considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não servem de base para valorar negativamente os antecedentes, a conduta social ou a personalidade do acusado (Súmula 444/STJ). (HC 36394/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Publicação: 14/11/2016)

Portanto, a ideia de "antecedentes criminais", na concepção

apresentada, revela e cumpre o conteúdo do princípio constitucional da presunção de inocência, inscrito no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal – "ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" –, sendo que, para sua justificação, necessário que recaia contra o indivíduo condenação transitada em julgada.

Contextualizado o conteúdo, ao analisar pontualmente a certidão positiva/explicativa criminal encaminhada pela Divisão de Gestão de Contratos, pela qual encontra-se registrado que contra a pessoa [envolvida] há assentamento de dois inquéritos policiais (nº 1108-07.2011.8.16.0051 e nº192-31.2015.8.16.0051), nota-se que ambos se encontram arquivados. Portanto, a situação não se coaduna com o sentido jurisprudencial determinado para fins de mácula da vida pregressa, pois não ostenta condenação definitiva com trânsito em julgado.

Em que pese ao prevalecimento da orientação supra mencionada, no sentido de que "maus antecedentes" não se configuram diante de inquéritos policiais ou ações penais em curso (ou arquivadas), exigindo o trânsito em julgado de decisão condenatória, faz-se necessário revelar a existência de posições jurídicas antagônicas no tocante ao "empregado vigilante".

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar concretamente a legitimidade e a extensão do termo "antecedentes" exigido do empregado vigilante (ou candidato ao exercício profissional), assentou que o princípio constitucional da presunção de inocência deve prevalecer diante da situação do indivíduo de estar respondendo ações penais ainda não transitadas em julgado:

> MATRÍCULA EM CURSO DE RECICLAGEM - VIGILANTE - EXISTÊNCIA DE REGISTROS CRIMINAIS - PROCEDIMENTOS PENAIS DE QUE NÃO RESULTOU CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - INDEFERIMENTO DA MATRÍCULA - IMPOSSIBILIDADE – TRANSGRESSÃO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O indeferimento de matrícula em curso de reciclagem de vigilantes – motivado, unicamente, no caso, pelo fato de existirem registros de infrações penais de que não resultou condenação criminal transitada em julgado – vulnera, de modo frontal, o postulado constitucional do estado de inocência, inscrito no artigo 5º, LVII, da Lei Fundamental da República. Precedentes. (Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 30/6/2015)

O Superior Tribunal de Justiça, pela sua 2ª Turma, já confirmou essa interpretação:

> ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. MATRÍCULA EM CURSO DE VIGILANTE. ANTECEDENTES CRIMINAIS. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a existência de inquérito policial ou processo criminal em andamento não caracteriza antecedentes criminais a obstar a matrícula em curso de reciclagem para vigilante, em atenção ao princípio da presunção de inocência. 2. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1608970/RJ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Publicação: 15/12/2016)

Todavia, o próprio Superior Tribunal de Justiça, em momento anterior, havia apresentado entendimento diverso, ainda que sob o fundo de ausência de idoneidade:

> [...] 2. *In casu*, o Tribunal *a quo*, com base no contexto fático probatório dos autos consignou: 'O autor possui inúmeros registros de ocorrências policiais que pendem contra si (evento 11, OFIC2), quais sejam: 8/12/2002 - lesão corporal; 10/3/2006 – lesão corporal; 29/10/2007 - vias de fato; 4/8/2008 - lesão corporal (indiciado); 8/12/2008 - ameaça, injúria; 11/5/2009 - ameaça; 10/9/2001 - lesão corporal; 1º/10/2010 - estupro [...]. Tais registros de indiciamentos são por si só suficientes para afastar o requisito idoneidade do autor para fins de receber a homologação do curso de formação de vigilantes, nos termos do artigo 109, VI, da Portaria nº 387/2006 da Polícia Federal' [...]. (AgRg no REsp 1536099/RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicação: 17/11/2015)

Almejando maior amplitude do debate, registra-se que o Tribunal Regional Federal da 4º Região, sobre o tema, já apresentou ambivalência sobre prisma constitucional em tela, ora reconhecendo direito líquido e certo ao exercício da função de vigilante ao trabalhador que não tenha contra si condenação definitiva, ora assegurando primazia à proteção social, sob o argumento da desnecessidade de expor a coletividade a risco. Assim:

> MANDADO DE SEGURANÇA. FORMAÇÃO DE VIGILANTES. CERTIFICADO. REQUISITOS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. A Lei nº 7.102/83, VI, artigo 16, exige, para o exercício da profissão de vigilante, que o postulante não tenha antecedentes criminais registrados. O fato de o impetrante estar respondendo a processo criminal, sem culpa definitiva formada, não pode ser empecilho ao exercício da profissão de vigilante, sob pena de ferimento do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Reconhecido o direito líquido e certo do impetrante ao certificado pleiteado. (Porto Alegre, 18/10/2011. Reexame necessário cível nº 5009839-41.2012.404.7001/PR. Relator: Juiz Federal Jorge Antonio Maurique)

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIGILANTE. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. RESTRIÇÃO. LEGALIDADE. A presunção constitucional de inocência (CF, artigo 5º, LVII) situa-se no âmbito do direito penal, e se destina a evitar a imposição, em caráter definitivo, de sanção de natureza penal a quem não tenha sido declarado, por decisão irrecorrível, culpado. Já quando se trata dos requisitos legais para o exercício de profissão (CF, artigo 5º, XIII), o princípio fundamental, ao lado do direito ao trabalho, é não expor a sociedade a risco. A lei pode estabelecer restrições à liberdade de profissão, com a finalidade de assegurar o adequado desempenho do indivíduo e evitar a exposição da sociedade riscos desnecessários, consoante o disposto no inciso XIII do artigo 5º da CF/88. (Processo nº 5019113-41.2016.404.0000. Julgamento: 14/9/2016)

Nota-se, portanto, que a questão é passível de tormentosa discussão na seara jurídica, não havendo entendimento consolidado. No entanto, resta-nos ponderar, atentos às especificidades do caso concreto (registro de inquéritos policiais arquivados), que o quadro normativo-constitucional reconhece de forma geral a presunção de inocência enquanto essa presunção não for desconstituída por ação penal transitada em julgado. Desse modo, s.m.j., não se afigura legítima a aplicação do axioma apenas na esfera penal. A força normativa da não culpabilidade transcende para as demais áreas do direito, e deve ser respeitada, também, na esfera trabalhista. Assim, convém assegurar ao vigilante [...], em razão do arquivamento dos inquéritos policiais noticiados neste expediente, a possibilidade do regular exercício da função, sem que isso caracterize afronta, por parte da empresa contratada, ao item 2 do Acordo de Níveis de Serviço (Anexo III), com nova redação dada pelo Termo Aditivo nº 4 ("contratar pessoa que não preencha os requisitos mínimos exigidos no contrato").

O Superior Tribunal de Justiça, como paradigma deste opinativo, relativizou a restrição legal insculpida no inciso VI do artigo 16 da Lei nº 7.102/1983:

> PROCESSUAL CIVIL. CURSO DE RECICLAGEM DE VIGILANTE. ARTIGO 32, § 8º, 'E', DO DECRETO Nº 89.056/83. REGISTRO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ARTIGO 16, VI, DA LEI Nº 7.102/1983. NÃO VIOLAÇÃO. 1. A questão jurídica trazida ao especial refere-se à possibilidade de o vigilante ter deferido registro em Curso de Reciclagem de Vigilante, conquanto possua antecedente criminal – condenação pela prática de crime de extração mineral sem autorização (artigo 55, *caput*, da Lei nº 9.605/1998). 2. Atento às especificidades do caso concreto, decidiu o Tribunal a quo por abrandar as disposições contidas no artigo 16, VI, da Lei nº 7.102/1983, uma vez que a análise da restrição exige uma análise caso a caso, observado o princípio da razoabilidade. 'O crime de extração mineral sem autorização (artigo 55, *caput*, da Lei nº 9.605/1998) não pode constituir óbice intransponível ao exercício da profissão de vigilante, pois a sua incidência não implica no uso de violência por parte do praticante e afasta a incidência da legislação restritiva para a hipótese'. 3. A idoneidade do vigilante é requisito essencial ao exercício de sua profissão, não sendo ela elidida na hipótese de condenação em delito episódico, que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional, como no caso de condenação pela prática de crime de extração mineral sem autorização. Recurso especial improvido. (REsp 1241482/SC. Relator: Ministro Humberto Martins. Publicação: 26/4/2011)

Por fim, há que ressaltar que o comando opinativo aqui adotado se valeu de fonte de referência já destacada por esta Assessoria Jurídica – Parecer nº 447/2015 (SEI nº 0064225-31.2015.8.16.6000) –, oportunidade em que se debateu objeto semelhante e sob o mesmo fundo de direito.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, em que pese às respeitáveis divergências, e salvo entendimento hierárquico superior diverso, eis que dotado de discricionariedade, não se verifica, *in casu*, a despeito

do registro de inquéritos policiais arquivados, a impossibilidade jurídica e contratual na regular aceitação da certidão positiva/explicativa apresentada pelo vigilante [...], que não ostenta em seu histórico criminal ação penal condenatória com trânsito em julgado capaz de macular seus antecedentes. No mais, ressalva-se, por parte do Tribunal de Justiça, na condição de contratante, a necessidade de análise caso a caso, sob o norte do princípio da razoabilidade.

Texto elaborado com base no Parecer nº 69/2017-TJPR (SEI 005941-59.2017.8.16.6000)

Consultoria Jurídica do Departamento de Gestão de Serviços Terceirizados do Tribunal de Justiça.

RENOVAÇÃO DE CONVÊNIO PARA CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL

Luís Fernando da Costa

Consultor jurídico do Poder Judiciário do Paraná.

RELATÓRIO

1. Trata-se de expediente em que a Divisão de Desenvolvimento Humano e Organizacional/DGRH informa que o termo de convênio para a cessão de servidor público celebrado entre o Poder Judiciário e o Município de Ubiratã expirou em 28/5/2019.

2. Assenta que a MMª. Juíza de Direito Diretora do Fórum da comarca de Ubiratã se manifestou favoravelmente à celebração de novo ajuste com a municipalidade, e que atualmente há 186 servidores cedidos de outros órgãos ao Tribunal de Justiça, quantitativo que se encontra dentro da limitação estabelecida no artigo 3º, *caput*, da Resolução nº 88/2009, do Conselho Nacional de Justiça.

3. Encaminhados os autos a esta Assessoria para análise, ponderou-se, em duas oportunidades (Pareceres nº 259/2019 e nº 299/2019), que a renovação do ajuste restava prejudicada em razão de a Lei Municipal nº 2147/2014 fixar ônus financeiro ao órgão cessionário, sendo que tal fato não convergiria com as configurações de boa governança propostas e sistematicamente reforçadas às Cortes Judiciais pelo Conselho Nacional de Justiça.

4. Em 16/7/2019, a assistente da Direção do Fórum da comarca de Ubiratã anexou ao feito a Lei Municipal nº 2099/2014, onde se infere, no artigo 2º, § único, a possibilidade de o ônus da cessão recair sobre a responsabilidade do ente municipal.

5. É a síntese do necessário.

FUNDAMENTAÇÃO

6. Preliminarmente cumpre asseverar que o tema em questão está regulamentado pela Constituição Federal nos seguintes termos:

> Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargo, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

7. Com base na autorização constitucional, o Estado do Paraná normatizou a Lei Estadual nº 15.608/2007, em que estabelece, entre outras, as normas sobre convênios no âmbito dos Poderes do Estado:

> Art. 1º. Esta lei estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná, observando as normas gerais sobre a matéria, expedidas pela União. [...].
> Art. 4º. Para os fins desta lei considera-se:
> [...] XII - convênio - acordo, ajuste ou instrumento congênere firmado por entidades públicas entre si ou com particulares, para a consecução de objetivos comuns, sem remuneração ou cobranças de taxas entre os partícipes, exceto nos casos que envolverem universidades públicas e as fundações a elas ligadas, nos moldes do inciso I do artigo 140 desta lei.
> [...] Art. 133. Constitui o convênio uma forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas, buscando a consecução de

> objetivos de interesse comum, por colaboração recíproca, distinguindo-se dos contratos pelos principais traços característicos:
> I - igualdade jurídica dos partícipes;
> II - não persecução da lucratividade;
> III - possibilidade de denúncia unilateral por qualquer dos partícipes, na forma prevista no ajuste;
> IV - diversificação da cooperação oferecida por cada partícipe;
> V - responsabilidade dos partícipes limitada, exclusivamente, às obrigações contraídas durante o ajuste.

8. José dos Santos Carvalho Filho conceitua convênio da seguinte forma:

> [São] ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público. Quanto à sua formalização são eles normalmente consubstanciados através de 'termos', 'termos de cooperação' ou mesmo com a própria denominação de 'convênio'. Mais importante que o rótulo, porém, é o seu conteúdo, caracterizado pelo intuito dos pactuantes de recíproca cooperação, em ordem a ser alcançado determinado fim de seu interesse comum. Tendo a participação de entidade administrativa, é fácil concluir que esse objetivo sempre servirá, próxima ou mais remotamente, ao interesse coletivo [...] O elemento fundamental [no caso] é a cooperação, e não o lucro.

9. Marçal Justen Filho destaca, ao analisar o tema:

> O convênio consiste numa avença em que dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da Administração Pública, comprometem-se a atuar de modo conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo sem intento de cunho lucrativo. A característica do convênio reside na ausência de interesse especulativo de todas as partes, que atuam harmonicamente para o bem comum. O convênio não produz benefício ou vantagens econômicas para nenhuma das partes, o que afasta a aplicação das regras genéricas sobre contratação administrativa.

10. Analisando o pleito ora proposto, verifica-se que é de interesse público e que visa a conferir maior agilidade e efetividade aos jurisdicionados da região, pois, neste momento, o Poder Judiciário não consegue satisfazer totalmente as necessidades estruturais e humanas da comarca de Ubiratã.

11. A Lei Municipal nº 2009/2014, que autoriza o Poder Executivo do Município de Ubiratã a firmar convênios com órgãos do Estado do Paraná, permite a cessão funcional nos seguintes termos:

> Art. 1º. Fica Chefe do Poder Executivo Municipal autorizado firmar convênio com órgãos do Estado do Paraná, tendo por objetivo ceder servidores públicos para atuarem em órgãos do Governo do Estado, instalados no Município de Ubiratã.
> Art. 2º. Os servidores públicos cedidos ficarão à disposição dos órgãos para atividades necessárias e obedecerão aos horários e determinações de expediente do órgão de destino.
> Parágrafo único. Serão dos órgãos de destino os ônus da cessão, podendo em casos especiais ser de responsabilidade do Município.

12. Da análise dos dispositivos acima, revela-se a ausência de impeditivo legal para a cessão pretendida, porquanto o exercício desse mister será realizado perante órgão do Estado do Paraná (Poder Judiciário), mediante a celebração de termo de convênio, cujo ônus ocorrerá a conta da municipalidade.

13. Portanto, ressalvada a discricionariedade que justifica a formalização do ato, conclui-se que a celebração do ajuste sintetiza-se nos fins a que cabe ao Estado promover.

14. Com relação à vigência, cumpre observar que o termo deve respeitar o prazo máximo permitido para a espécie (60 meses), em atenção ao disposto no artigo 103, § 1º, combinado com o artigo 146, ambos da Lei Estadual nº 15.608/2007:

> Art. 103. A duração dos contratos regidos por esta lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quando:
> [...] § 1º. Os contratos em que a Administração não incorra em despesa têm vigência de até 60 meses.
> [...] Art. 146. Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por qualquer dos Poderes do Estado, órgãos e entidades de sua Administração direta ou indireta, entre si ou com outras pessoas de direito público ou privado.

15. No tocante às obrigações das partes, em específico as atribuições do Município de Ubiratã, destaca-se que o(s) servidor(es) cedido(s) deve(m) exercer atribuições compatíveis com as de seu(s) respectivo(s) cargo(s) de origem, sendo que a inobservância dessa finalidade pode acarretar, em tese, desvio de função e eventuais prejuízos econômico-financeiros ao Tribunal de Justiça.

16. A esse respeito, e considerando o disposto na Súmula nº 378 do Superior Tribunal de Justiça, a consequência do desvio de função seria a possibilidade de o servidor cedido solicitar as diferenças salariais decorrentes do exercício das funções administrativas desempenhadas, existindo, inclusive, entendimento de que a responsabilidade de tais verbas seria do órgão cessionário:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL CEDIDO AO ESTADO DE RORAIMA. PAGAMENTO DE DIFERENÇA EM DECORRÊNCIA DE DESVIO DE FUNÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ENTE CESSIONÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRECEDENTES. 1. A responsabilidade do órgão cedente não vai além do pagamento do vencimento do servidor, devendo o órgão cedido arcar com o pagamento decorrente de ilicitude administrativa, como o desvio de função [...] (TRF1 - AC: 29994 RR 1999.01.00.029994-2. Relator: Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira. Julgamento: 27/9/2006 (Primeira Turma). Publicação: 4/12/2006).

17. Ainda com relação à temática, cumpre registrar a determinação contida nos Acórdãos nº 163/2006 e nº 3595/2017, ambos do Tribunal de Contas do Paraná, sobre a "impossibilidade jurídica de cessão de pessoal exercente de cargos em comissão para atividades que não sejam de chefia, direção e assessoramento, pois tal cessão contraria a lógica jurídica da criação desses cargos nos respectivos órgãos", e a "vedação da cessão de servidor ocupante de cargo comissionado a outro órgão", assim como o disposto na Lei nº 11.788/2008, no Decreto Judiciário nº 930/2017 e no Acórdão nº 3540/2018, também do Tribunal de Contas do Estado, que vedam a cessão de estagiários.

18. Registre-se que caberá à municipalidade arcar com os vencimentos do(s) servidor(es) público(s) cedido(s) à Comarca de Ubiratã, a conta de seu próprio orçamento, bem como responsabilizar-se por todos os encargos trabalhistas, previdenciários, sociais e fiscais que eventualmente possam decorrer da execução do ajuste, consoante diretrizes estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal e nas orientações sedimentadas nos Recursos Administrativos em Procedimento de Controle Administrativo nº 0001960-30.2014.2.00.0000, nº 0005567-56.2011.2.00.0000 e nº 0001390-54.2008.2.00.0000, do Conselho Nacional de Justiça, reproduzidas a seguir:

> RECURSO ADMINISTRATIVO EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONVÊNIOS. CESSÃO DE SERVIDORES. PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL E MUNICÍPIOS. AUSÊNCIA DE ÔNUS PARA O TRIBUNAL. OBSERVÂNCIA DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGALIDADE DA MEDIDA. PRECEDENTES DO CNJ.
> 1. Este Conselho firmou entendimento no sentido de que a cessão de servidores municipais, desde que temporária e sem ônus para o Judiciário, está em harmonia com o postulado constitucional contido no artigo 37, II, da Bíblia política [...]. CNJ - Recurso Administrativo em PCA nº 0001960-30.2014.2.00.0000. Relator: Conselheiro Carlos Augusto de Barros Levenhagen. Julgamento: 24/11/2015.

> RECURSO ADMINISTRATIVO EM PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. PREFEITURA DE JACUTINGA. CONVÊNIO PARA A CESSÃO DE SERVIDORES SEM ÔNUS PARA O TRIBUNAL. PRECEDENTES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA SEM REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOVOS CAPAZES DE ALTERAR O ENTENDIMENTO ADOTADO NA DECISÃO COMBATIDA. RECURSO CONHECIDO E A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I. Recurso Administrativo em pedido de providências no qual se objetiva reforma da decisão monocrática final para que sejam cessados os efeitos do termo de convênio assinado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais com a Prefeitura de Jacutinga para cessão de servidores municipais ao Fórum da comarca. II. Inexiste em sede de recurso qualquer elemento novo capaz de alterar o entendimento adotado na decisão monocrática combatida. III. Este Conselho vem reconhecendo que os convênios firmados com prefeituras para a cessão de servidores não trazem ônus para o Tribunal, razão pela qual não há que se falar em ilegalidade do convênio objeto deste pedido de providências. CNJ - PCA nº 0005567-56.2011.2.00.0000. Relator: Conselheiro José Lucio Munhoz. Julgamento: 10/4/2012.

> CONCURSO PÚBLICO. CONVÊNIOS ENTRE MUNICÍPIOS E TRIBUNAIS. CESSÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES SEM ÔNUS AO TRIBUNAL. VALIDADE. CANDIDATOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. EXCEÇÃO.
> 1. São válidos e respeitam o princípio da legalidade os convênios firmados entre municípios e Tribunais cujo objeto seja a cessão temporária de servidores ao Tribunal, sem qualquer ônus a este, desde que tais servidores não ocupem vagas previstas em edital de concurso previamente homologado pela Administração e, tampouco, se destinem a suprir o labor correspondente de candidatos aprovados e classificados em concurso.[...]. CNJ - PCA nº 0001390-54.2008.2.00.0000. Relator: Conselheiro João Oreste Dalazen. Julgamento: 7/10/2008.

19. No tocante à aprovação prévia do competente plano de trabalho para a celebração de convênios (artigo 116, parágrafo único, da Lei 8.666/1993), Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta que, quando não houver repasse de valores entre os partícipes, a sua apreciação se torna dispensável: "A inobservância do artigo 116 somente será admissível nos casos de convênios que não implicam repasse de bens ou valores".

20. Com base em tal entendimento, pode-se afirmar que a aprovação prévia do plano de trabalho é facultativa, porquanto o ajuste pretendido não envolve transferência de recursos financeiros entre as partes e não visa lucratividade, cumprindo-se, portanto, a finalidade do instrumento e a determinação contida no artigo 133, II, da Lei Estadual nº 15.608/2007.

21. Aponta-se, também, para o recente posicionamento do Tribunal de Contas do Paraná contido no Acórdão nº 6113/2015 (Tribunal Pleno), no sentido da possibilidade de flexibilização na apresentação das certidões de regularidade fiscal e demais documentos arrolados nos incisos do artigo 136 da Lei Estadual nº 15.608/2007 quando da formalização de convênios, ajustes ou congêneres entre órgãos administrativos em que não haja o trânsito de recursos públicos, como no presente caso.

22. Além disso, cumpre observar que deve ser atendida a determinação quanto à publicação de um extrato do termo de convênio no órgão de imprensa oficial dos convenentes, em atenção ao disposto no artigo 110, combinado com o artigo 146, ambos da Lei Estadual nº 15.608/2007.

23. Registre-se, quanto à importância de a Direção do Fórum informar mensalmente ao Departamento de Gestão de Recursos Humanos deste Tribunal, até o segundo dia do mês subsequente à prestação do serviço, os dados pessoais e de qualificação do(s) servidor(es) cedido(s) para fins de atendimento à Resolução nº 102/2009 (Anexo VII), do Conselho Nacional de Justiça.

24. Assenta-se também que o limite da cessão de servidores autorizado na Resolução nº 88/2009 do Conselho Nacional de Justiça (até 20% sobre o total do quadro de pessoal do Tribunal) encontra-se devidamente respeitado, não constituindo, por conseguinte, óbice à formalização do termo.

25. De resto, a formalização do ajuste obedece às orientações da Administração do Tribunal de Justiça, contidas na manifestação levada a efeito no expediente protocolado sob nº 121.986/1999, ainda aplicáveis, quais sejam: "a) de evitar a assinatura de convênios que possam provocar despesas ou deslocamento de servidores; b) que sejam inócuos ou caracterizem propósito autopromocional; c) que sejam questionáveis sob os aspectos éticos e morais; e d) criando-se um controle mais efetivo acerca dos convênios em vigor".

26. Por fim, tem-se que é desnecessária autorização legislativa municipal para a celebração de convênios, com fulcro no princípio constitucional da separação dos poderes, em face da decisão proferida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, que no julgamento da ADI 342/PR declarou a inconstitucionalidade do inciso XXI do Artigo 54 da Constituição do Paraná, que

condicionava a referida celebração à autorização ou ratificação do Poder Legislativo.

27. Considerando que a celebração do ajuste se coaduna com as orientações do Tribunal de Justiça sobre a matéria, entende-se que não há óbice legal para a sua formalização, porquanto o objeto que se pretende alcançar é licito e juridicamente possível, além do que a participação dos integrantes do pacto se dará em regime de parceria.

CONCLUSÃO

28. Diante do exposto, com base nos fundamentos e ressalvas apresentados aqui, opina-se pela viabilidade jurídica da celebração de termo de convênio, nos moldes da minuta proposta [anexada ao procedimento], ressaltando a possibilidade de delegação de poderes à Direção do Fórum da Comarca de Ubiratã.

Texto elaborado com base no Parecer nº 333/2017-TJPR

Consultoria Jurídica do Gabinete da Secretaria do Tribunal de Justiça do Paraná.

OPINIÃO

UMA MUDANÇA IMPORTANTE

Mário Montanha Teixeira Filho

Diretor do Departamento de Comunicação da Assejur.

A aprovação, pela Assembleia Legislativa, da Emenda Constitucional (EC) nº 44, de 28 de outubro de 2019, foi o ponto culminante de uma luta que mobiliza os assessores jurídicos do Tribunal de Justiça há mais de trinta anos. Em 1989, a Constituição do Estado do Paraná incluiu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) o artigo 56, que trata das carreiras ligadas à área do direito nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esse dispositivo, ao reconhecer a importância das consultorias jurídicas para o funcionamento do serviço público, indicou que os titulares das funções respectivas devem ocupar posição isolada nos quadros funcionais do Estado.

Um longo debate se instaurou logo depois de promulgada a Constituição do Paraná de 1989. A divergência em torno das carreiras especiais chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), que afirmou a constitucionalidade do artigo 56 do ADCT. Desde então, foram buscadas várias alternativas de reestruturação dos cargos de assessor jurídico, sem resultados concretos. Manteve-se, nesses anos todos, a organização dada pela Lei nº 7547/1981, finalmente modificada pela EC nº 44/2019, que incorpora ao texto permanente da carta estadual a necessidade de criação de uma Consultoria Jurídica encarregada de atestar a legalidade dos atos praticados pelo Poder Judiciário.

Daí a nova nomenclatura da carreira de assessor jurídico, que passou a ser chamada de consultor jurídico. Procura-se, com isso, a melhor identificação das tarefas dos profissionais da área, cujas funções típicas incluem a elaboração de pareceres jurídicos em matéria administrativa e a representação judicial do Poder Judiciário nas causas que envolvem interesses do Tribunal de Justiça – esta última função carecia de detalhamento

normativo, o que a EC nº 44/2019 facilita e impõe. Eis, portanto, que se cumpre um objetivo perseguido há muito tempo pelos antigos assessores de carreira. Em entrevista concedida à *Revista da Assejur* em 2017, o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, um dos maiores administrativistas brasileiros, já alertava:

> Esse fator [capacidade dos assessores jurídicos para representar o Poder Judiciário em juízo] é absolutamente inquestionável. Admita-se um exemplo: o presidente do Tribunal tem ajuizado contra si um mandado de segurança. As informações seriam prestadas pela Assessoria Jurídica da instituição, atribuindo-se ao assessor a condição de advogado do Poder Judiciário, assim como o acompanhamento do processo e até mesmo a sustentação oral. O importante é reconhecer que o assessor é um advogado do Poder Judiciário. Essa é a melhor saída. Perceba-se que situação constrangedora surge quando o Tribunal, num embate com a chefia do Poder Executivo, é defendido nos autos por um procurador do Estado ou por um advogado contratado. Não tem cabimento. Ninguém conhece mais as questões do Poder Judiciário do que os assessores jurídicos (**Revista da Assejur**. Curitiba: Assejur, 2017. n. 1, dez. 2017. p. 11-18).

O conteúdo da EC nº 44/2019 inspira uma reflexão importante. Ao transportar a carreira de consultor jurídico para o texto definitivo da Constituição do Estado, o Tribunal de Justiça compatibiliza os conceitos de "cargo público" e "funções do cargo", colocando-se à frente de órgãos públicos que optaram pela manutenção de agrupamentos funcionais excessivamente amplos em suas atribuições. Reverter a tendência à descaracterização dos cargos tem o significado de aperfeiçoamento dos serviços judiciários, de formação de profissionais identificados com as responsabilidades que lhes cabem e de estabelecimento de critérios objetivos de mobilidade e controle disciplinar – em outras palavras, a medida contribui para a efetivação do princípio da isonomia, uma das preocupações centrais das entidades de representação do funcionalismo público.

PEC nº 10/2019 (EC nº 44/2019) - Justificativa

No tocante ao artigo 243B, que se pretende acrescer, o objetivo é instituir a Consultoria Jurídica do Tribunal de Justiça. O artigo 56 do ADCT prevê a criação das carreiras de assessoramento jurídico e representação judicial nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No Poder Executivo existe a Procuradoria Geral do Estado (PGE); no Legislativo, temos a Procuradoria da Assembleia Legislativa; e, no Judiciário, os assessores jurídicos, carreira criada pela Lei [estadual] nº 7547, de 10 de dezembro de 1981.

A carreira [de assessor jurídico] é essencial ao Poder Judiciário, tanto que, em 2007, 2012 e 2013, foram realizados concursos para provimento no cargo de assessor jurídico do Tribunal de Justiça. Nesse sentido, ***é imperioso trazer ao corpo permanente da Constituição Estadual a devida regulamentação da carreira dos assessores jurídicos*** *do Tribunal de Justiça, com* ***alteração da nomenclatura para consultores jurídicos****, reconhecendo expressamente a* ***possibilidade de representarem judicialmente o Tribunal, após deliberação de seu Presidente, nas causas envolvendo os interesses institucionais e a autonomia do Poder Judiciário****, nos termos decididos na ADI nº 175/PR, julgada pelo Supremo Tribunal Federal [STF].*

Tal alteração objetiva distinguir o cargo de assessor jurídico do Tribunal *de Justiça do Estado do Paraná, provido por concurso público, do cargo comissionado de assessor, também existente no Tribunal, que entretanto é provido por livre nomeação.*

A alteração de nome igualmente serve ao propósito de melhor definir o cargo em razão da sua função primordial*, que é justamente a consultoria e [a] assessoria jurídica, além da representação judicial, quando for o caso, subsumindo-se, assim, na descrição da atividade de consultor jurídico.*

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 44, DE 28 DE OUTUBRO DE 2019

Altera a Constituição do Estado do Paraná para acrescer os arts. 111A, 124A e 243A, tendo por objeto dispor sobre a atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa, bem como acrescer o art. 243B, tendo por objeto instituir a Consultoria Jurídica do Tribunal de Justiça.

Art. 1º Acresce o art. 111A à Constituição do Estado do Paraná, com a seguinte redação:

Art. 111A. Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo estadual, citará previamente o Procurador-Geral do Estado e o Procurador-Geral da Assembleia Legislativa, que defenderão o ato ou texto impugnado, ou, no caso de norma legal ou ato normativo municipal, o Prefeito e o Presidente da Câmara, para a mesma finalidade. (NR)

Art. 2º Acresce o art. 124A à Constituição do Estado do Paraná, com a seguinte redação:

Art. 124A. No processo judicial que versar sobre ato praticado pelo Poder Legislativo ou por sua administração, a representação do Estado incumbe ao Procurador-Geral da Assembleia Legislativa, na forma do art. 243 desta Constituição. (NR)

Art. 3º Acresce o art. 243A à Constituição do Estado do Paraná, com a seguinte redação:

Art. 243A. O Poder Legislativo, representado pela sua Procuradoria, comporá a lide em ações judiciais que se refiram ao exercício da atividade de Deputado Estadual. (NR)

Art. 4º Acresce o art. 243B à Constituição do Estado do Paraná, com a seguinte redação:

Art. 243B. A consultoria jurídica, o assessoramento jurídico e a re-

presentação judicial, no que couber, do Poder Judiciário, bem como a supervisão dos seus órgãos de consultoria e de assessoramento jurídicos, serão exercidas, privativamente, pelos Assessores Jurídicos do Tribunal de Justiça, que passam a ser denominados Consultores Jurídicos do Poder Judiciário, integrantes da Carreira Especial.
§ 1º. Os Consultores Jurídicos do Poder Judiciário poderão exercer, em caráter extraordinário, por determinação do Presidente do Tribunal de Justiça, a representação judicial e a defesa do Poder Judiciário estadual nas causas envolvendo os interesses institucionais e a sua autonomia.
§ 2º. Aos Consultores Jurídicos do Poder Judiciário aplica-se, no que couber, o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 125 desta Constituição. (NR)

Art. 5º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Curitiba, 28 de outubro de 2019.

Assinam:

Deputados Ademar Luiz Traiano (Presidente), Luiz Cláudio Romanelli (1º Secretário), Marcel Henrique Micheletto (3º Secretário), Plauto Miró Guimarães Filho (1º Vice-presidente), Tercílio Turini (2º Vice-presidente), Requião Filho (3º Vice-presidente), Gilberto Ribeiro (4º Secretário) e Nelson Luersen (5º Secretário)

Impresso em Curitiba-PR em dezembro de 2019,
nas oficinas da Gráfica Capital.
Rua Imaculada Conceição, 247 - Rebouças - Curitiba-PR