2023 - V.35-N°36

re Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre

Edição Especial: Coletânea de artigos do Programa de Residência Jurídica da PGM 2022/2023



REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

VOLUME 35 NÚMERO 36

EDIÇÃO ESPECIAL: COLETÂNEA DE ARTIGOS DO PROGRAMA DE RESIDÊNCIA JURÍDICA DA PGM 2022/2023

OUTUBRO 2023

REALIZAÇÃO





R454

Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre – Ano 35, n. 36, edição especial: coletânea de artigos do Programa de Residência Jurídica da PGM 2022/2023 (2023)- . – Porto Alegre, RS: PGM/PMPA. 2023-

Anual.

1. Direito municipal – Porto Alegre – Periódicos. 2. Programa de residência jurídica. I. Porto Alegre (RS). Procuradoria-Geral do Município. Centro de Estudos de Direito Municipal.

CDU 34(81)(05)

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

CRÉDITOS Capa: Fabiana Espírito Santo Fotografia: Freepik.com Normatização: Liziane Ungaretti Minuzzo, Carolina Fraga Brusda Diagramação: LivroEbook Diagramação e Design

DECLARAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Os Autores dos artigos e relatos são integralmente responsáveis pelas opiniões, ideias e conceitos emitidos nos textos. A Comissão Editorial da Revista não se responsabiliza pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores.

Os Editores da Revista foram autorizados a proceder ajustes textuais e de adequação do artigo às normas da publicação, sem prejuízo ou interferência no conteúdo do artigo. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online em repositórios institucionais ou na sua página pessoal.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista PGM.

É permitida a reprodução dos artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte.

Prefeitura de Porto Alegre Procuradoria-Geral do Município Centro de Estudos de Direito Municipal Av. Siqueira Campos, 1300 - Sala 1300 90010-001- Porto Alegre/RS Fone: (51) 3289.1498

E-mail: revista@pgm.prefpoa.com.br ou cedim@portoalegre.rs.gov.br

Site: https://prefeitura.poa.br/pgm

Redes Sociais:

Facebook: PGMPoa | Instagram: pgm.poa | Linkedin:/pgm-porto-alegre

Spotify: Integridade PGM | Youtube: PGM Porto Alegre



CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MUNICIPAL

Carin Prediger (Coordenadora)

COMISSÃO EDITORIAL

Carin Prediger
Angela Beatriz Luckei Rodrigues
Liziane Ungaretti Minuzzo
Simone Vicari Tarasconi Fraga
Helena de Almeida Pereira Marques
Leonardo Martins Rodrigues

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Nacional)

Alexandre Marder
Almiro do Couto e Silva (in memoriam)
Araken de Assis
Celso Antonio Bandeira de Mello
Cézar Saldanha Souza Júnior
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Daniela Copetti Cravo
Eros Roberto Grau
Judith Hofmeister Martins Costa
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Maren Guimaraens Taborda

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Internacional)

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (Portugal)



PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Prefeito:

Sebastião Melo

Vice-Prefeito:

Ricardo Gomes

Procurador-Geral do Município:

Roberto Silva da Rocha

Procuradora-Geral Adjunta de Pessoal, Contratos e Serviços Públicos:

Juliana Bento Cucchiarelli

Procurador-Geral Adjunto de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente:

Nelson Nemo Franchini Marisco

Procuradora-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais:

Cristiane da Costa Nery

Corregedora-Geral:

Clarissa Cortes Fernandes Bohrer

Corregedora-Geral Substituta:

Adriana Carvalho Silva Santos

Coordenadora do Centro de Estudos de Direito Municipal:

Carin Prediger

Gabinete da Procuradoria-Geral do Município

Assessoria de Comunicação

Assessoria para Assuntos Especiais e Institucionais

Assessoria para Assuntos Especiais e Institucionais Legislativos

Assessoria Técnica do Distrito Federal Central de Conciliação

Centro de Estudos de Direito Municipal

Centro de Estudos de Direito Mu

Biblioteca

Comissão Permanente de Inquérito

Conselho Superior

Coordenação Administrativo-Financeira

Assessoria de Planejamento Orçamentário e Fundos

Coordenação de Gestão, Qualidade e Produtividade

Equipe de Análise de Cálculos Judiciais

Gerência de Engenharia e Arquitetura

Gerência de Recursos Humanos

Gerência de Serviços e Materiais

Equipe de Patrimônio e Materiais

Equipe de Compras e Contratos

Setor de Contratos

Coordenação de Licitações e Contratos

Gerência Consultiva de Licitações e Contratos

Gerência Judicial de Licitações e Contratos

Coordenação das Procuradorias Setoriais e Especializadas Autárquicas

Procuradorias Especializadas e Setoriais

Procuradoria de Acompanhamento de Processo Eletrônico

Procuradoria de Relacões Institucionais e Controle

Procuradoria de Controle das Comissões Judicantes

Procuradoria-Geral Adjunta de Pessoal e Serviços Públicos

Procuradoria de Pessoal Estatutário

Procuradoria de Pessoal Celetista Procuradoria de Serviços Públicos

Procuradoria-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente

Procuradoria de Assistência Jurídica e Regularização Fundiária Procuradoria de Indenizações

Procuradoria de Patrimônio e Domínio Público

Gerência de Aquisições e Escrituras

Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente

Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais

Procuradoria da Dívida Ativa

Gerência de Assuntos Estratégicos e Fiscais

Gerência de Distribuição e Análise de Processos

Posto de Atendimento de Execução Fiscal

Procuradoria Tributária

Gerência de Dívidas Não Tributárias

Gerência de Precatórios e Contencioso Especial

APRESENTAÇÃO

inha de longa data o anseio, na PGM de Porto Alegre, de criar um programa de residência jurídica que aliasse prática e estudos tal como tradicionalmente se vê nos cursos de Medicina. Em 2020, com a Lei n. 12.661, o Programa de Residência Jurídica (PRJ) foi instituído na nossa Procuradoria, objetivando propiciar a recém egressos dos cursos de graduação em Direito o aperfeiçoamento teórico e de atuação profissional voltados à Administração Pública Municipal, e oportunizando que esses bacharéis se aproximassem das temáticas ligadas às políticas públicas municipais e suas controvérsias. Coube ao Centro de Estudos de Direito Municipal da PGM (CEDIM) a implementação do Programa, iniciada à época pelo então Coordenador, o Procurador Municipal Rafael Ramos.

Desde então, já tivemos na PGM de Porto Alegre - e sob a coordenação do CEDIM - dois processos seletivos simplificados para selecionar candidatos às bolsas de estudo disponibilizadas pelo Programa; e, em outubro de 2023, estamos prestes a concluir um terceiro. Diversos procuradores da Casa tiveram a oportunidade de partilhar conhecimentos e vivências ao se disponibilizarem a fazer parte do grupo de preceptores do Programa, aceitando ainda a missão de orientar trabalhos acadêmicos e efetuar a avaliação do desempenho dos bolsistas, em conjunto com a Coordenação do CEDIM. E o PRJ, na sua versão acadêmica, funcionou tal como se fosse as grandes janelas da PGM, abrindo-se a um número surpreendente de palestras e eventos, com a participação de profissionais e professores de todo o país.

Vários dos trabalhos que constituem a produção jurídica dos residentes foram bem avaliados pelos seus orientadores, sendo que destes, um grupo de artigos obteve da Coordenação a indicação para publicação na Revista da PGM. Dada a qualidade e o número expressivo de trabalhos, a Coordenação do CEDIM deliberou pela elaboração de uma edição especial da Revista n. 36 da PGM, a fim de nela contemplar exclusivamente os artigos oriundos do Programa de Residência Jurídica.

É com orgulho e satisfação que apresentamos à comunidade jurídica essa edição especial da Revista n. 36 da PGM. Esperamos que os artigos desta Revista, que é mais um dos frutos materializados deste Programa, possam estimular os novos profissionais a persistirem com sua produção intelectual, promovam a interação entre os participantes do PRJ, tragam inovação e melhorias nas atividades fins e contribuam para o aprendizado de todos no melhor estilo do *long life learning*.

Roberto Silva da Rocha Procurador-Geral do Município de Porto Alegre

Carin Prediger Coordenadora do Centro de Estudos de Direito Municipal

SUMÁRIO

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS15
OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION: THE SUBSIDIARY LIABILITY OF THE PUBLIC
ENTITY FOR LABOR CHARGES
Bárbara Nobre de Souza
LGPD E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO
NORMATIVA NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE35
GENERAL DATA PROTECTION LAW AND PUBLIC ADMINISTRATION: A NORMATIVE APPLICATION ANALYSIS IN THE MUNICIPALITY OF PORTO ALEGRE
Lara de Azevedo Silveira
A IMUNIDADE RECÍPROCA DOS ENTES MUNICIPAIS LOCATÁRIOS
DE IMÓVEIS PARTICULARES61
THE RECIPROCAL IMMUNITY OF MUNICIPAL ENTITIES IN THE CONDITION OF LESSEE OF PRIVATE PROPERTIES
Leonardo Cruz da França
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONSENSUALIDADE: A EVOLUÇÃO
DO CONSENSUALISMO NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO E O
ATUAL ESTADO DA DISCUSSÃO A RESPEITO DA CELEBRAÇÃO
DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL EM AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA89
PUBLIC ADMINISTRATION AND CONSENSUALITY: THE EVOLUTION OF CONSENSUALISM IN BRAZILIAN PUBLIC LAW AND THE CURRENT STATE OF THE DISCUSSION ON THE
EXECUTION OF CIVIL NON-PERSECUTION AGREEMENTS IN CASES OF ADMINISTRATIVE
MISCONDUCT
TELETRABALHO: A EVOLUÇÃO NAS RELAÇÕES LABORAIS E
O AVANÇO DA REGULAMENTAÇÃO EM ÂMBITO FEDERAL E
MUNICIPAL117
TELEWORKING: THE EVOLUTION IN LABOR RELATIONS AND THE PROGRESS OF REGULATION IN FEDERAL AND MUNICIPAL LEVELS
Lucas Barbieri Lourenço

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LINDB: UMA ANÁLISE À LUZ DA ADI 6421/DF	151
THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 28 OF THE LINDB: AN ANALYSIS OF ADI 6421/DF Maisson Patrick da Silva Marques	
ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
DIREITO À SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA	
RIGHT TO HEALTH: SUPPLY OF MEDICINES WITHOUT REGISTRATION WITH ANVISA Michelle Jobim Mesquita	205

AR GOS DO PRJ PGM



TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS

OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION: THE SUBSIDIARY LIABILITY OF THE PUBLIC ENTITY FOR LABOR CHARGES

Bárbara Nobre de Souza¹

Resumo: Diante das controvérsias jurisprudenciais, as quais divergem sobre a forma de responsabilização dos entes públicos pelos encargos trabalhistas inadimplidos nos contratos de mão-de-obra terceirizada, o presente artigo propõe um estudo teórico da responsabilidade do Estado, além de analisar as novidades na jurisprudência dos Tribunais Superiores, com especial atenção para a Súmula 331 do TST, o julgamento da ADC 16 pelo STF, RE 760.931 e RE 1298647. O estudo surgiu da necessidade de resguardar o patrimônio do Poder Público que continua exposto como resultado das obscuridades existentes no ordenamento.

Palavras-chave: responsabilidade; administração pública; encargos trabalhistas; terceirização; gerenciamento de riscos.

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Residente Jurídica na Procuradoria de Pessoal Celetista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Responsabilidade Civil e Contratos pela Verbo Jurídico.

Abstract: Faced with jurisprudential controversies, which differ on the form of accountability of public entities for defaulted labor charges in outsourced labor contracts, this article proposes a theoretical study of the liability of the State, in addition to analyzing the novelties in jurisprudence of the Superior Courts, with special attention to the Precedent 331 of the TST, the judgment of the ADC 16 by the STF, RE 760.931 and RE 1298647.

Keywords: responsibility; public administration; labor benefits; outsourcing; risk management.

1. INTRODUÇÃO

O regime de terceirização introduziu no ordenamento jurídico pátrio um procedimento de contratação de serviços no qual permitiu a transferência da alocação

de recursos públicos tornando-se um mecanismo de gestão na Administração Pública. Nesse contexto, inclusive, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 18, § 1°2, buscou resguardar o limite de despesas de pessoal, evitando o uso dos contratos para o fim de ultrapassar os parâmetros de controle de gastos, preservando o equilíbrio orçamentário, observando o disposto no artigo 169³ Constituição Federal.⁴

² Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

^{§ 10} Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal". BRASIL. **Lei Complementar, nº. 101, de 4 maio de 2000**. LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101. htm#:~:text=LEi%20COMPLEMENTAR%20N%C2% BA%20101%2C%20DE%204%20DE%20 MAIO%20DE%202000&text=Estabelece%20normas%20de%2 Ofinan%C3%A7as%20p%C3%BAblicas,fiscal%20e%20d%C3%A1%20outras%20 provid%C3%AAncias>. Acesso em: 21 fev. 2023.

³ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. [S.l.]: Grupo GEN, 2023. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/. Acesso

A idealização de uma ferramenta capaz de transferir os encargos decorrentes da administração de pessoal às provedoras ou agenciadoras de serviços passou a defrontarse com os dispêndios decorrentes da corresponsabilidade dos entes públicos pelos débitos trabalhistas e previdenciários. Isso em razão de que, paralelo à contratação de prestadoras de serviços idôneas, há os contratos fraudulentos e irregularidades perpetradas por aquelas que receberam os ônus decorrentes dos contratos de trabalho.

Pela natureza complexa dos contratos de terceirização, é oportuno um estudo sobre a responsabilidade do tomador de serviços à luz da legislação vigente e da jurisprudência dos Tribunais Superiores para que se identifique as melhores formas de resguardar o poder público nos pleitos que demandam a sua responsabilidade subjetiva.

2. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, obedecendo às regras e princípios do direito administrativo, utiliza a terceirização como um mecanismo de transferência de serviços ao setor privado, observando a previsão do artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Dessa forma, para contratação de serviços na qualidade de tomador, os entes públicos devem observar a legislação licitatória (Lei 8.666/93, ou

em: 17 fev. 2023.

5 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

6 BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

Lei 14.133/21⁷, conforme o caso). A execução indireta, por sua vez, encontra previsão nos artigos 6°, VIII, e 10, da Lei nº 8.666/93, e 46, da Lei 14.133/21.

A terceirização é uma figura estratégica para o emprego dos recursos públicos de forma eficiente. Contudo, vale dar ênfase ao fato de que há custos para o Estado nessas transações, sendo de relevante interesse público que os procedimentos de fiscalização previstos sejam adotados, a fim de usufruir dos benefícios financeiros desse modo de contratação, que, por diversas ocasiões, são obstados em vista do reconhecimento das ações ajuizadas para responsabilização dos entes pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelas empresas contratadas.⁸

No âmbito da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre - PGM/POA, a Procuradoria de Pessoal Celetista, responsável com maior preponderância pela defesa processual nas demandas de funcionários de empresas terceirizadas que firmam contrato com o Município, possui a segunda maior despesa de RPVs.

Disso decorre a importância da análise dos entendimentos dos tribunais com a finalidade de gerar economia nos cofres municipais.

3. PANORAMA JURÍDICO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Embora o artigo 71, §1°, da Lei 8.666/93° tenha previsto que a inadimplência dos encargos trabalhistas pelas empresas

⁷ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

⁸ SANTOS, D. P. F. D. **Terceirização de serviços pela administração pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Linha Pesquisa Acadêmica IDP. E-book. p. 75. Acesso em: 21 fev. 2023.

⁹ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

^{§ 10} A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

ſ....^{*}

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2023.

contratadas não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento, é corriqueiro o reconhecimento irrestrito e incondicionado da responsabilidade subsidiária pelos tribunais. Nesse sentido, foi publicada a Súmula 331, IV, do TST, com a seguinte previsão:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 16¹¹ pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foi reconhecida a constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93, houve a alteração do teor da Súmula nº 331 do TST. O acórdão enfatizou o dever de fiscalização a ser exercido pela Administração, em observância aos princípios da legalidade e da moralidade. A Ministra Carmem Lúcia, em seu voto, entendeu que:

Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas.

Em razão desse julgamento, houve alteração da redação da Súmula nº 331, passando a abranger o seguinte texto:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011,

¹⁰ FERREIRA, Ricardo Rodrigues. A defesa em juízo do poder público nas ações decorrentes dos contratos de terceirização. **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**, São Paulo, vol. 223, ano 48, p. 99-121, mai./jun. 2022. Disponível em: http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2022-9175. Acesso em: 21 fev. 2023.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 16**. Relator Ministro Cesar Peluso, j. 24.11.2010. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>. Acesso em: 21 fev. 2023.

DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 [...]

- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
- Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
- A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Cabe ressaltar que a Administração Pública, em observância do item V da Súmula n° 331, do TST deve se precaver estabelecendo cláusulas que preveem a aplicação do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e de suas penalidades pelo descumprimento, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, bem como realizar a fiscalização do contrato. Além disso, carece exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei nº 12.440, de 7-7-11. 12

Nesse contexto jurídico, restou configurado que a Administração Pública não responderia subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, em caso de inadimplemento pelo contratado, a menos que houvesse comprovação de omissão ou falha na fiscalização da execução do contrato. Na prática, contudo, observa-se o reconhecimento indiscriminado da *culpa in vigilando* por parte dos tribunais, baseada na inocuidade da fiscalização ainda que realizada, tornando quase inevitável a responsabilização.¹³

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. [S.l.]: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/. Acesso em: 17 fev. 2023.

¹³ FERREIRA, Ricardo Rodrigues. A defesa em juízo do poder público nas ações decorrentes dos contratos de terceirização. **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**, São Paulo, vol. 223, ano 48, p. 99-121. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2022. Disponível em:

A responsabilidade do tomador de serviços nos contratos de terceirização de serviços se originaria, segundo um primeiro argumento, de um non facere, ou seja, de um comportamento omissivo, por não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços e seus empregados (culpa in vigilando). E, nesses casos, a responsabilidade, no caso da Administração Pública, é categorizada como subjetiva, portanto, exige a demonstração de culpa.¹⁴

A jurisprudência trabalhista assentou a tese de que a culpa da administração seria presumida. O reclamante não teria o ônus de provar a culpa da Administração Pública, sendo esta presumivelmente culpada, salvo se conseguisse provar o contrário. Outrossim, o Tribunal Superior do Trabalho afirmava que a mera falta de pagamento dos direitos trabalhistas pela empresa comprovaria a falha do Estado na fiscalização. Dessa forma, a responsabilização tornou-se automática e genérica, ofendendo a decisão do STF na ADC nº 16.

Desarrazoado aceitar a tese que cria a culpa presumida. A Administração Pública somente pode admitir a condenação pelas dívidas trabalhistas da empresa contratada quando inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha da fiscalização do contrato, dessa forma, é fundamental a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido.¹⁶

Tendo em vista o elevado número de recursos e reclamações da Fazenda Pública gerados pela dificuldade de interpretação do acórdão proferido na ADC nº 16, foi reconhecida a repercussão

<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2022-9175>.
Acesso em: 21 fev. 2023.

¹⁴ SANTOS, D. P. F. D. **Terceirização de serviços pela administração pública. 2**. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Linha Pesquisa Acadêmica IDP. E-book. p. 75. Acesso em: 21 fev. 2023. p 199.

¹⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público a responsabilidade pelo seu pagamento. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/79e785d63f00348ff360d5a86528580b. Acesso em: 21 fev. 2023.

¹⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público a responsabilidade pelo seu pagamento. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/79e785d63f00348ff360d5a86528580b. Acesso em: 21 fev. 2023.

geral no recurso extraordinário - RE 760.931, representativo do Tema 246:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1°, da Lei n° 8.666/93.

Embora a tese fixada não tenha alterado significativamente o entendimento anterior, desenvolveu-se um debate entre os ministros no que se refere ao ônus da prova da omissão ou falha na fiscalização do contrato. Extrai-se desse julgamento o esclarecimento sobre a excepcional responsabilidade do ente público cabível quando o reclamante comprovar, com elementos concretos de prova, que houve falha do Poder Público na fiscalização do contrato.

As contratações sempre observarão o procedimento normativamente estabelecido de licitação ou contratação direta, dessa forma, presume-se a inaplicabilidade da *culpa in eligendo*, que somente teria espaço quando comprovado vício no trâmite das licitações. Nesse sentido, ocorreu o seguinte debate no julgamento do RE n.760931/DF:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Pois é, mas a propositura aqui pressupõe a culpa in vigilando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Teve um caso em que a Justiça do Trabalho chegou a cogitar da culpa na escolha, esquecendo que esta se faz mediante licitação, não a dedo.

Desse intenso debate, entendendo pelo cabimento da responsabilização subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas decorrentes dos contratos firmados com empresas terceirizadas quando caracterizada a *culpa in vigilando* e, excepcionalmente, *in eligendo*, surgiu o questionamento sobre

¹⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público a responsabilidade pelo seu pagamento. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/79e785d63f00348ff360d5a86528580b. Acesso em: 21 fev. 2023.

o ônus da prova da mencionada culpa. Restou implícito que o ônus da prova de irregularidade na fiscalização é do reclamante.¹⁸

O SENHOR MINISTRO CEZAR PALUSO - Deixe-me só dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho. Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. Mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não tenho como, Presidente, hígido o artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, no que afasta a responsabilidade da Administração Pública, partir para o que tenho como extravagante e assentar, apesar da presunção decorrente desse artigo, de não haver responsabilidade, incumbir à contratante a prova.

O SENHOR MINISTRO BARROSO – [...] quer dizer, eu acho que a única posição divergente, de maneira radical, é a do Marco Aurélio, porque eu penso que nós todos concordamos com a Ministra Rosa que **não é possível a transferência automática de responsabilidade**; nós todos concordamos que, se houve culpa in vigilando da Administração, ela deve responder; nós todos concordamos que o ônus de provar que fiscalizou é do Poder Público. Então nessas três ideias, nós estamos de acordo. [...]

Também aí estamos de acordo, porque a minha última proposição é: não é válida a responsabilização subsidiária da Administração com base em afirmação genérica de culpa in vigilando, que é o nosso problema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Outras abordagens falam até expressamente de culpa presumida, o que, ao fim e ao cabo, na aplicação, resulta na mesma coisa, porque, com a interpretação que Vossa Excelência, inclusive, demonstrou, não se admite a contraprova por parte do ente público. Quando, me parece, nossa decisão leva a uma outra ideia que é responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova, que se reconhece. Aqui, cabe-nos, sem dúvida, e acho que Vossa Excelência faz muito bem, explicitar quais são esses deveres de fiscalização.

¹⁸ COUTO FILHO, Reinaldo de Souza. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. p. 1556.

No teor dos debates, ressalta-se o seguinte trecho proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes:

A meu ver, portanto, a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, representa claro risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar. (Grifo nosso)

Ratificando a tese, o Tribunal Superior do Trabalho, em Recurso de Revista, reconheceu que, com a superveniência da Lei de Acesso à Informação, e pela presunção relativa de legitimidade das informações oficiais de agentes públicos, o ônus da prova caberia ao empregado.

O reclamante, corroborando com os instrumentos disponibilizados para requerer documentos fiscalizatórios, poderá afastar a presunção de regularidade. De modo diverso, impor ao Poder Público o ônus seria transferir automaticamente a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADO. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS PRATICADOS PELOS AGENTES PÚBLICOS. Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 71, §1°, da Lei n. 8.666/93, dá- se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA DO RECLAMANTE. LEI DE ACESSO à INFORMAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS PRATICADOS PELOS

AGENTES PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO

AUTOMÁTICA. O Supremo Tribunal Federal, após declarar a constitucionalidade do art. 71, §1°, da Lei n. 8.666/93 nos autos da ADC 16/DF, alertou ser possível o reconhecimento da responsabilidade subsidiária quando constatada omissão do ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações

trabalhistas por parte da prestadora de serviços. Em sede de repercussão geral, julgou o mérito do RE 760931/DF, mas deixou de fixar tese acerca do ônus da prova do dever de fiscalização. Para sua definição, é imprópria a adoção da teoria da aptidão da prova ou mesmo o enquadramento na exceção do art. 373, §1°, do CPC de 2015. Isso não só em razão da ausência de maiores dificuldades para obtenção do substrato probatório, amenizadas, aliás, com a superveniência da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11), mas, sobretudo, por conta da presunção relativa de legitimidade das informações oficiais de agentes públicos. Impor ao Poder Público o ônus da prova significa, ao revés, presumir sua culpa in vigilando, presunção cuja resultante natural é a "transferência automática" da responsabilidade pelo pagamento dos haveres trabalhistas, na contramão da ratio decidendi firmada no RE 760931/DF, erigido à condição de leading case. Dessa forma, o e. TRT, ao imputar ao tomador de serviços o encargo processual de comprovar a ausência de conduta culposa, acabou por transferir automaticamente à Administração Pública a responsabilidade subsidiária, mediante decisão proferida à míngua de prova robusta de sua culpa in vigilando. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 102173420165150088, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 21-2-2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 2-3-2018). (Grifo nosso).

Em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Nesse sentido a Ministra Rosa Weber se manifestou em embargos de declaração:

Então, num primeiro momento, ao exame do recurso extraordinário com repercussão geral, assentou-se a responsabilização da Administração Pública na hipótese de culpa, apenas com o registro de que não era

automática, justamente porque dependia de comprovação. Eu avançava, eu propunha a inversão, na linha da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, do encargo probatório pela presunção da culpa. Nesse aspecto é que fiquei vencida. (Grifo nosso).

Posteriormente, foi reconhecida a repercussão geral no recurso extraordinário - RE 1298647, erigido à condição de *leading*

case, representativo do Tema 1118¹⁹. O recurso extraordinário discute, à luz dos artigos 5º, II, 37, XXI e § 6º, e 97 da Constituição Federal a legitimidade da transferência ao ente público tomador de serviço do ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade do Poder Público. Conforme as palavras do Ministro Luiz Fux:

Releva notar que, apesar da impossibilidade de responsabilização automática da Administração Pública (artigo 71, §1°, da Lei 8.666/93), verifica-se a existência de posicionamentos divergentes nesta Corte quando, mediante a inversão do ônus probatório, o acórdão recorrido tem por caracterizada conduta culposa do Poder Público, por não demonstrar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços. (Griffo nosso)

Os recursos extraordinários foram sobrestados no Tribunal Superior do Trabalho e aguardam o julgamento da matéria.

Dessa análise, ressalta-se a possibilidade de reexame de provas e exclusão da responsabilidade em sede recursal. A título de exemplo para demais entes públicos, a Advocacia-Geral da União reverteu em Recurso de Revista três decisões as quais os Tribunais Regionais do Trabalho de origem haviam condenado a União ao pagamento dos créditos trabalhistas sem demonstrar elementos concretos de prova de que havia ocorrido omissão ou falha na fiscalização do contrato.

A Advocacia-Geral, nos fundamentos recursais, requereu a absolvição da União nessas ações. Contudo, identificou duas Turmas que adotaram procedimento divergente das demais Turmas, negando o pedido e decidindo pelo retorno dos autos à primeira instância, a fim de que fosse reavaliada a configuração da culpa *in vigilando* por parte do ente. A AGU apresentou embargos à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), visto que a inexistência de culpa da Fazenda

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1118** - Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246). Relator(a): Min. Nunes Marques. Disponível em: https://portal. stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6048634&num eroProcesso=1298647&classeProcesso=RE&numeroTema=1118. Acesso em: 21 fev. 2023.

Pública ensejaria a absolvição da condenação, e não a reabertura da instrução, resultando no acolhimento da tese apresentada.²⁰

Feitas essas considerações, extrai-se desse exemplo prático a importância do manejo de recursos aos Tribunais Superiores, gerando economia para os cofres públicos.

4. FISCALIZAÇÃO

Tendo em vista a relevância da comprovação de regular fiscalização dos contratos, torna-se imprescindível a adoção de medidas administrativas competentes em face de descumprimento contratual. A Lei nº 8.666/93, bem como a Lei 14.133/21 preveem o desenvolvimento sustentável nas contratações, dessa forma é de suma importância resguardar direitos constitucionais, como também reduzir impactos sociais e econômicos negativos entre os terceirizados em virtude de descumprimento de encargos pelas contratadas.²¹

Utilizando novamente a Advocacia-Geral da União como exemplo, pertinente analisar as cartilhas de prevenção de riscos do descumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias. A Instrução Normativa nº 5 de 2017 estabeleceu duas formas de controle interno: a conta-depósito vinculada²² e o pagamento pelo fato gerador²³.

A Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação é um instrumento de gestão e gerenciamento de riscos para as contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra pela Administração Pública Federal direta,

²⁰ BRASIL, Advocacia Geral da União. **AGU obtém vitória no TST em caso repetitivo de responsabilidade subsidiária**. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu- obtem-vitoria-no-tst-em-caso-repetitivo-de-responsabilidade-subsidiaria. Acesso em: 21 fev. 2023

²¹ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Guia de orientação para pagamento direto**. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/guias/guia-de-orientacao-para-pagamento-direto-26- 10.pdf. Acesso em: 21 fev. 2023

²² BRASIL. Advocacia Geral da União. **Caderno de logística**: conta inculada. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica/midia/caderno_logistica_conta_vinculada.pdf. Acesso em: 21 fev. 2023

²³ BRASIL, Advocacia Geral da União. **Caderno de Logística - Pagamento pelo Fato Gerador**. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-delogistica/midia/caderno_logistica_conta_vinculada.pdf Acesso em: 21 fev. 2023

autárquica e fundacional. O principal objetivo deste instituto reside na garantia de existência de saldo financeiro para fazer frente aos encargos trabalhistas devidos aos funcionários contratados pelas empresas terceirizadas para a prestação de serviços em órgãos e entidades.

Destina-se exclusivamente à provisão dos valores referentes ao pagamento das férias, 1/3 constitucional de férias e 13º salário, dos encargos previdenciários incidentes sobre as rubricas citadas, bem como dos valores devidos em caso de pagamento de multa sobre o saldo do FGTS na demissão sem justa causa, dos funcionários da empresa contratada que se encontram alocados no órgão. Dessa maneira, os recursos ficam resguardados e somente serão liberados com expressa autorização do órgão contratante, mediante comprovação das despesas por parte da empresa, não constituindo, portanto, um fundo de reserva.

Pagamento pelo Fato Gerador se insere como um dos controles internos que podem ser adotados para o tratamento dos riscos relativos ao descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, quando se propõe que a Administração se responsabilize tão somente pelo pagamento dos custos decorrentes de eventos efetivamente ocorridos, mitigando pagamentos dos custos que muitas vezes não se realizam e que oneram em demasia os contratos de prestação de serviço em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a exemplo de valores para rescisão, ausências legais, auxílio maternidade e paternidade, dentre outros. Ou seja, caso não comprovados os eventos trabalhistas, dentre outros futuros e incertos, que dariam ensejo ao pagamento pela Administração, tais eventos não comporão os custos finais para pagamento do contrato, de modo que os respectivos recursos permanecem nos cofres públicos.

CONTA DEPÓSITO VINCULADA

A Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação é um instrumento de gestão e gerenciamento de riscos para as contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. O principal objetivo deste instituto reside na garantia de existência de saldo financeiro para fazer frente aos encargos trabalhistas devidos aos funcionários contratados pelas empresas terceirizadas para a prestação de serviços em órgãos e entidades.

Destina-se exclusivamente à provisão dos valores referentes ao pagamento das férias, 1/3 constitucional de férias e 13º salário, dos encargos previdenciários incidentes sobre as rubricas citadas, bem como dos valores devidos em caso de pagamento de multa sobre o saldo do FGTS na demissão sem justa causa, dos funcionários da empresa contratada que se encontram alocados no órgão. Dessa maneira, os recursos ficam resguardados e somente serão liberados com expressa autorização do órgão contratante, mediante comprovação das despesas por parte da empresa, não constituindo, portanto, um fundo de reserva.

FATO GERADOR

Pagamento pelo Fato Gerador se insere como um dos controles internos que podem ser adotados para o tratamento dos riscos relativos ao descumprimento das obrigações trabalhistas, pre-videnciárias e para com o FGTS, quando se propõe que a Administração se responsabilize tão somente pelo pagamento dos custos decorrentes de eventos efetivamente ocorridos, mitigando pagamentos dos custos que muitas vezes não se realizam e que oneram em demasia os contratos de prestação de serviço em regime de dédicação exclusiva de mão de obra, á exemplo de valores para rescisão, ausências legais, auxílio maternidade e paternidade, dentre outros. Ou seja, caso não comprovados os eventos trabalhistas, dentre outros futuros e incertos, que dariam ensejo ao pagamento pela Administração, tais eventos não comporão os custos finais para pagamento do contrato, de modo que os respectivos recursos permanecem nos cofres públicos.

Com o crescimento das contratações por intermédio das empresas terceirizadas, bem como o aumento dos casos de descumprimento dos compromissos de empregador assumidos por elas, em um viés oportunista, se passou a exigir normativamente a "Conta Vinculada" para evitar a responsabilidade da Administração Pública.²⁴

Há uma evolução legislativa no sentido de blindar os contratos firmados, a Lei 14.133/21 prevê que a Administração poderá exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia; condicionar o pagamento à comprovação de quitação das

²⁴ SANTOS, D. P. F. D. **Terceirização de serviços pela administração pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Linha Pesquisa Acadêmica IDP. E-book. p. 75. Acesso em: 21 fev. 2023. P. 78.

obrigações trabalhistas vencidas; efetuar o depósito de valores em conta vinculada; entre outras medidas.²⁵

Observa-se que a Lei 14.133/21 pretende preservar a Administração Pública das responsabilidades oriundas de descumprimentos no pagamento de dívidas trabalhistas por parte do empregador. O artigo 121, o qual prevê a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas em caso de comprovada inocuidade na fiscalização, é resultado do intenso debate jurisprudencial que foi objeto de estudo no tópico anterior.²⁶

Observada a legislação aplicável ao contrato, deve o gestor adotar as medidas adequadas com a finalidade de documentar os descumprimentos contratuais, sendo substancial os seguintes documentos: (a) contrato celebrado com a empresa; (b) termo de rescisão contratual; (c) termo de ajustamento de conduta firmado do MPT, se houver; (d) comprovante de admissão dos terceirizados na empresa sucessora; (e) cópia dos recibos e/ou ordens bancárias referentes ao pagamento direto realizado pelo órgão aos terceirizados, com os respectivos comprovantes dos valores;

Conclui-se que o uso de pagamento direto pode ser um valioso instrumento de demonstração da efetiva fiscalização. Embora possa perder seu efeito nos casos em que não seja célere, uma vez que os juízes verificam a presteza dos órgãos na fiscalização para que seja reconhecido o pagamento direto como demonstrativo eficaz.²⁷

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações feitas no presente trabalho, percebe-se que a modernização e reestruturação do Poder Público está interligada com a possibilidade do gestor público de transferir a despesa de pessoal para empresas prestadoras de serviços. Contudo, o viés oportunista de várias contratadas

²⁵ MARTINEZ, L. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 958.

²⁶ MARTINEZ, L. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p. 956.

²⁷ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Guia de orientação para pagamento direto**. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/gu/guias/guia-de-orientacao-para-pagamento-direto-26- 10.pdf. Acesso em: 21 fev. 2023. p.21.

no cumprimento de suas obrigações ocasionou intenso debate jurídico, já que, por diversas vezes, gera despesa dupla aos cofres.

Minuciar os entendimentos e considerações exaradas pelos Tribunais Superiores é de suma relevância para que se entenda as melhores formas de preservar o patrimônio público, bem como minimizar impactos sociais e econômicos.

Conclui-se, em síntese, que a fiscalização eficaz e a adoção de medidas administrativas de forma célere são as principais ferramentas para preservar e resguardar o patrimônio. Inclusive, percebe-se um movimento para que exista uma maior proteção, disso resulta a possibilidade de a Administração exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia; condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas; efetuar o depósito de valores em conta vinculada; entre outras medidas

Em um aspecto prático, a comprovação desse controle por parte da Administração Pública enfrenta vários obstáculos. A fiscalização e adoção de medidas administrativas de forma célere requer um aparelhamento do Poder Público muitas vezes inexistente.

Por fim, de um viés jurídico, o manejo de recursos para rever condenações baseadas na culpa *in vigilando* sem provas concretas da falha ou omissão na fiscalização é essencial, a possibilidade de reexame de provas e exclusão da responsabilidade da Fazenda Pública é tangível e deve ser almejada pelos advogados públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Advocacia Geral da União. **AGU obtém vitória no TST em caso repetitivo de responsabilidade subsidiária.** Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu- obtem-vitoria-no-tst-em-caso-repetitivo-de-responsabilidade-subsidiaria. Acesso em: 21 fev. 2023

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Caderno de logística:** conta inculada. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica/midia/caderno_logistica_conta_vinculada. pdf. Acesso em: 21 fev. 2023

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Guia de orientação para pagamento direto.** Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/guias/guia-de-orientacao-para-pagamento-direto-26-10.pdf. Acesso em: 21 fev. 2023. p.21.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. Lei Complementar, n°. 101, de 4 maio de 2000. LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20 N%C2%BA%20101%2C%20DE%204%20DE%20MAIO%20DE%20 2000&text=Estabelece%20normas%20de%20finan%C3%A7as%20 p%C3%BAblicas,fiscal%20e%20d%C3%A1%20outras%20 provid%C3%AAncias. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019- 2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 16**. Relator Ministro Cesar Peluso, j. 24.11.2010. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe. asp?incidente=2497093. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1118** - Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246). Relator(a): Min. Nunes Marques. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6048634&num eroProcesso=1298647&classeProcesso=RE&numeroTema=1118. Acesso em: 21 fev. 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público a responsabilidade pelo seu pagamento. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/

detalhes/79e785d63f00348ff360d5a86528580b. Acesso em: 21 fev. 2023.

COUTO FILHO, Reinaldo de Souza. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** *[S.l.]:* Grupo GEN, 2023. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca. com.br/#/books/9786559646784/. Acesso em: 17 fev. 2023.

FERREIRA, Ricardo Rodrigues. A defesa em juízo do poder público nas ações decorrentes dos contratos de terceirização. **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**, São Paulo, vol. 223, ano 48, p. 99-121, mai./jun. 2022. Disponível em: http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2022-9175. Acesso em: 21 fev. 2023.

MARTINEZ, L. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. p. 956.

SANTOS, D. P. F. D. **Terceirização de serviços pela administração pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Linha Pesquisa Acadêmica IDP. *E-book*. p. 75. Acesso em: 21 fev. 2023.

LGPD E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO NORMATIVA NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

GENERAL DATA PROTECTION LAW AND PUBLIC ADMINISTRATION: A NORMATIVE APPLICATION ANALYSIS IN THE MUNICIPALITY OF PORTO ALEGRE

Lara de Azevedo Silveira¹

Resumo: O presente trabalho consiste em pesquisa desenvolvida visando averiguar o status da aplicação normativa da Lei Geral de Proteção de Dados pelo Município de Porto Alegre, com ênfase nos contratos firmados pela Administração Pública. No primeiro capítulo de desenvolvimento, desenhou-se o panorama da evolução histórica da proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro, citando-se os principais marcos normativos que regulamentam a matéria. No segundo capítulo de desenvolvimento, se buscou aprofundar a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito da Administração Pública, destacando a necessidade de observância, também, da Lei de Acesso à Informação, e especificando o regramento acerca do tratamento de dados nos contratos firmados pelos gestores. No terceiro e último

¹ Artigo apresentado como requisito para conclusão do programa de residência jurídica da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre. Orientadora Dra. Daniela Copetti Cravo.

capítulo de desenvolvimento, o foco foi direcionado às medidas adotadas pelo Município de Porto Alegre para a concretização da LGPD, através da análise das normas editadas pelo ente nos últimos anos e dos contratos firmados pela Administração, apoiando-se para tanto em outros estudos já desenvolvidos sobre a temática.

Palavras-chave: Lei geral de proteção de dados; administração pública; contratos administrativos; minutas de contrato; proteção de dados pessoais.

Abstract: The present work consists of research aimed at investigating the normative application status of the General Data Protection Law by the Municipality of Porto Alegre, with an emphasis on contracts signed by the Public Administration. In the first chapter, the historical evolution of data protection in the Brazilian legal system was outlined, citing the main regulatory milestones governing the subject matter. In the second chapter, the focus was on deepening the application of the General Data Protection Law within the scope of Public Administration, highlighting the need for compliance with the Law of Access to Information and specifying the regulations regarding data processing in contracts signed by administrators. In the third and final chapter of development, the focus was directed toward the measures taken by the Municipality of Porto Alegre to implement the General Data Protection Law, through the analysis of regulations issued by the entity in recent years and the contracts signed by the Administration, relying on other studies already conducted on the subject.

Keywords: General Data Protection Law; public administration; administrative contracts; contract drafts; personal data protection.

1. INTRODUÇÃO

A rápida evolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas e a consequente virtualização da informação forçaram os ordenamentos jurídicos de todo o mundo - e as respectivas Administrações Públicas - a se adaptarem à nova realidade da sociedade informatizada².

² SARLET, Ingo Wolfgang. Prefácio. *In:* CRAVO, Daniela Copetti; CUNDA, Daniela Z.G. da; RAMOS, Rafael (organizadores). **Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público.** Porto Alegre: TCE/RS, CEDIM, 2021. p. 6-10. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ebook_lgpd_e_poder_publico_23052021.pdf. Acesso em: 03 dez. 2022.

Apesar da discussão acerca do direito à privacidade e do tratamento de dados por entidades privadas e pelo setor público se desdobrar desde o século XX, no Brasil a regulamentação da proteção de dados por uma norma geral ocorreu recentemente, com a promulgação da Lei Federal n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018³.

O poder público, em razão de sua atividade prestacional, é detentor de uma enorme quantidade de dados pessoais, de tal forma que a atuação administrativa não mais pode ser desvinculada do processamento destes dados, criando o que se chama de "Administração Pública orientada por dados"⁴. Isto, aliado à necessidade de atendimento dos princípios da publicidade e da transparência, cria para a Administração uma grande responsabilidade na gestão e proteção destes dados.

Nesse contexto, o presente artigo visa - sem pretensão de esgotar o tema - avaliar a aplicação normativa da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais pela Administração Pública do Município de Porto Alegre, através da análise das normas editadas referentes à temática e das demais medidas de concretização da LGPD, com foco nas contratações firmadas pelo ente.

A pesquisa foi desenvolvida através da revisão da literatura produzida sobre a matéria, bem como do estudo das minutas utilizadas pelo Município de Porto Alegre e de materiais desenvolvidos por outros entes federativos no tema da proteção de dados pessoais nas contratações públicas.

2. PROTEÇÃO DE DADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A promulgação da LGPD em 2018 e a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados⁵ representaram passo importante

³ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm.. Acesso em: 3 dez. 2022.

⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração pública orientada por dados: governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 1-24, 19 ago. 2020. Disponível em: http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-0073/2020.v6i1.6388. Acesso em: 3 dez. 2022.

⁵ BRASIL. **Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de

do Brasil em direção a outros países que já possuíam regramento específico sobre a matéria⁶. A discussão acerca do processamento de dados pessoais ocorria no cenário mundial desde o século XX, em razão do rápido desenvolvimento das plataformas virtuais de informação.

Antes da regulamentação pela lei, a tutela de dados pessoais já vinha ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Segundo entendimento do STF exarado na ADI 6387, a proteção de dados pessoais foi garantida a partir do direito à privacidade, consagrado no Art. 5°, inciso X da CRFB7. Em 2022, com a Emenda Constitucional nº 115, o direito foi finalmente incluído de forma expressa e específica no rol de direitos fundamentais – "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais"⁸.

Na esfera infraconstitucional, alguns diplomas legais já tutelavam dados pessoais. Desde 1990 o Código de Defesa do Consumidor⁹, ao tratar dos bancos de dados e cadastros de consumidores, garantia ao consumidor o acesso às informações a ele referentes contidas em tais registros, bem como suas fontes (Art. 43, caput). Da mesma maneira, assegurava que os cadastros deveriam ser "objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão" (Art. 43, §1°); que sua abertura deveria ser comunicada ao consumidor, quando não solicitada por ele (Art. 43, § 2°); e que o consumidor poderia exigir a correção das informações (Art. 43, § 3°). Tais previsões anteciparam algumas

^{2018,} para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019- 2022/2019/Lei/L13853.htm#art1. Acesso em: 3 dez. 2022.

⁶ BRASIL. SerPro. **Mapa da proteção de dados**. [Brasília]. Disponível em: https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/mapa-da-protecao-de-dados-pessoais. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6387-DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 12 de novembro de 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁸ BRASIL. **Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 115 de 10 de fevereiro de 2022.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20 tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 11 dez. 2022.

⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

das disposições trazidas pela LGPD no que diz respeito ao acesso à informação, alteração de registros e comunicação ao titular dos dados acerca do seu tratamento e compartilhamento.

O CDC também já previa a responsabilidade solidária por fato do produto ou serviço, o que garantia, desde antes da Lei Geral, a responsabilização de todos os envolvidos em caso de incidente envolvendo dados de consumidores. Neste ponto, quanto ao regime de responsabilidade, se por um lado o CDC é claro em estabelecer a responsabilização objetiva, por outro, não há consenso entre especialistas acerca da modalidade adotada pela LGPD¹⁰.

Em 1991 a Lei da Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados¹¹, em seu Artigo 1º, estabeleceu como dever do Poder Público "a gestão documental e a proteção especial a documentos de arquivos, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação", assegurando o direito à indenização por dano material ou moral decorrente da violação de sigilo (Art. 6º).

O Art. 21 do Código Civil¹², por sua vez - seguindo a lógica constitucional -, dispõe que "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma". A constitucionalidade desse dispositivo foi questionada pela Associação Nacional dos Editores de Livros na ADI 4.815/DF, em face às regras de liberdade de expressão. Em 2015, a Suprema Corte entendeu, por unanimidade, ser inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, dando ao dispositivo interpretação conforme a Constituição, em harmonia com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

¹⁰ MACHADO, Gabriela Brochier. **Natureza da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Porto Alegre, [S.n.], 2022. p. 1-29. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/gabriela_machado.pdf. Acesso em: 23 out. 2023.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991**. Dispõe sobrea política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8159.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.

¹² BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

Por sua vez, a Lei do Cadastro Positivo¹³ estabeleceu condições para o tratamento de dados na esfera da formação do histórico de crédito, com regras sobre a qualidade das informações, o direito de informação do cadastrado, vedação à utilização de informações sensíveis, entre outros temas que vieram a ser regulados pela LGPD.

O Marco Civil da Internet¹⁴ trouxe seção específica intitulada "Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas", em que se estabeleceu que a guarda e a disponibilização de dados pessoais devem observar a proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. Igualmente, instituiu sanções de advertência, multa, suspensão e proibição de atividades no caso de descumprimento.

Finalmente, em 2018 foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) – em que pese o debate acerca da legislação tivesse iniciado em 2010, a partir de proposta do Ministério da Justiça. O novo diploma incorporou diversos institutos, princípios e regras do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD), editado pela União Europeia em 2016.

Nesse contexto, a promulgação da LGPD representa importante atualização do ordenamento brasileiro, que passa a se ajustar à realidade do mundo globalizado e ao "ESG" (environmental, social and corporate governance) – abordagem corporativa que demanda que as empresas e o governo trabalhem juntos para atender às demandas dos consumidores e administrados¹⁵. A proteção de dados, portanto, passa a ser exigida tanto da iniciativa privada, quanto do setor público.

¹³ BRASIL. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para informação de histórico de crédito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.Acesso em: 15 dez. 2022.

¹⁵ SARLET, 2021, p. 77 *apud* ROCHA, Ana Clara Alves, *et al*. Lei geral de proteção de dados em uma realidade conectada. **Revista Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, v. 6, n. 1, 2022, p. 285-308. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/235751/285-308_Artigo.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 dez. 2022.

Para além disso, com a nova lei a proteção de dados da pessoa natural passou a ter dimensão de direito fundamental, conforme se depreende da redação do Art. 1º da LGPD:

Art. 1°. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (Grifo nosso)

Para Sarlet, conforme citado por Rocha, et al.¹6, – mesmo antes da Emenda Constitucional n.º 115/2022 –, uma interpretação "harmônica e sistemática" da Constituição demonstrava que "a CF consagrou um direito fundamental implicitamente positivado à proteção de dados pessoais".

Esse entendimento também possuía respaldo jurisprudencial: em 2020, em decisão de relatoria da Ministra Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a Medida Provisória n. 954/2020, que obrigava empresas de telefonia a compartilhar com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) dados com o potencial de permitir a identificação de pessoa natural¹⁷. Ao deferir a liminar, a magistrada pontuou:

Não se subestima a gravidade do cenário de urgência decorrente da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento. O seu combate, todavia, não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. Reforço, em cumprimento ao dever de justificação decisória, no âmbito de medida liminar, que a adequada tutela do direito à intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais é estruturada pela característica da inviolabilidade. Vale dizer, uma vez afrontada a norma de proteção de tais direitos, o ressarcimento se apresenta como tutela insuficiente aos deveres de proteção.

¹⁶ ROCHA, 2022.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.388 Distrito Federal.** Relatora: Min. Rosa Weber, 11 de novembro de 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca. asp?id=15344949382&ext=.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

A construção de tal compreensão pela doutrina e pela jurisprudência culminou no reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental, através da Emenda Constitucional nº 115/2022¹8, que consagrou de forma expressa o direito fundamental: "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais".

Por fim, a Nova Lei Geral de Licitações¹⁹ trouxe diversos dispositivos que tangenciam a matéria de proteção de dados e que demandam regulamentação.

Em síntese, esta foi a evolução normativa da proteção de dados no Brasil. Assim, superado o panorama histórico da matéria no ordenamento jurídico pátrio, no próximo capítulo estudar-se-á de forma específica a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados na Administração Pública.

3. PROTEÇÃO DE DADOS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme já referido no capítulo anterior, a LGPD se aplica tanto à esfera privada quanto à esfera pública. Se no setor privado a preocupação é garantir a salvaguarda dos dados sem impedir a inovação e o desenvolvimento econômico, para a Administração Pública o maior desafio é a harmonização entre a proteção de dados pessoais e o tratamento desses dados para a concretização de políticas públicas²⁰.

¹⁸ BRASIL, 2022.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019- 2022/2021/ Lei/L14133.htm. Acesso em: 15 dez. 2022

²⁰ CRESPO, Marcelo. Proteção de Dados Pessoais e o Poder Público: noções essenciais. *In*: CRAVO, Daniela Copetti; CUNDA, Daniela Z.G. da; RAMOS, Rafael (organizadores). **Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público**. Porto Alegre: TCE/RS, CEDIM, 2021. p. 16-28. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ebook_lgpd_e_poder_publico_23052021.pdf. Acesso em: 14 dez. 2022.

3.1 Tratamento de dados pelo poder público na LGPD

A LGPD reservou o seu Capítulo IV para abordar especificamente o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, estabelecendo o seguinte em seu Art. 23:

O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 10 da Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público.

Com a observância das seguintes condições:

I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; [...]

III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei.

Aqui, importante ressaltar que a Lei diferencia o regime aplicado às empresas públicas e sociedades de economia mista conforme sua atuação: quando em regime de concorrência, o tratamento é o mesmo dispensado às pessoas jurídicas de direito privado; e quando operacionalizam e executam políticas públicas, o tratamento é aquele dado aos órgãos e entidades do Poder Público.

Quanto ao compartilhamento de dados com entidades privadas, a regra é a vedação. Todavia, o parágrafo 1º do Art. 26 da lei estabelece exceções:

I - em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observado o disposto na Lei de Acesso à Informação;

- nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei.
- IV quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres;
- V na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades

Conforme se depreende do texto legal, em qualquer das hipóteses de compartilhamento de dados devem ser observadas as finalidades específicas de execução de políticas públicas. Ainda, os contratos que preveem essa transferência deverão ser comunicados à Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Igualmente, frisa-se que o uso compartilhado de dados pessoais depende de consentimento do titular, exceto: a) nas hipóteses de dispensa de consentimento previstas na LGPD; b) nos casos de uso compartilhado, em que são fornecidas informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução das atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; e, c) nas exceções do §1° do Art. 26 da Lei.

Lembrando que "uso compartilhado de dados" é definido pelo Art. 5°, Inciso XVI como

Comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados.

No âmbito federal, foi editado o Decreto n.º 10.046/2019²¹, estabelecendo diretrizes e normas para o compartilhamento de

²¹ BRASIL. **Decreto n.º 10.046 de 9 de outubro de 2019.** Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

dados na administração pública federal e instituindo o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança dos Dados.

Ademais, no caso de infração em decorrência do tratamento de dados pessoais pelo poder público, a LGPD atribui à ANPD o poder para determinar medidas cabíveis para que cesse a violação, bem como a faculdade de solicitar aos agentes a publicação de relatório de impacto e sugerir ação de padrões e boas práticas para o tratamento de dados pela Administração.

Percebe-se, portanto, grande preocupação do legislador com a gestão de dados pelo setor público, que se justifica pelo enorme volume de informação que os órgãos públicos detêm, incluindo, muitas vezes, dados sensíveis, que são de entrega compulsória para que o cidadão possa utilizar determinado serviço. Assim, para legitimar esse tratamento de dados pela Administração, além da indicação de um encarregado de proteção de dados pessoais, é necessária transparência, através de informações claras e adequadas acerca da finalidade e dos procedimentos referentes ao seu tratamento, em canais de acesso facilitado – ponto que será abordado no tópico a seguir²².

3.2 LGPD x LAI

Os desafios da aplicação da LGPD à Administração pública passam, também, pela necessidade de observância do princípio da publicidade, que exige a garantia de acesso à informação aos cidadãos, oportunizando o controle social da atividade do administrador.

Se por um lado a LGPD consagra o titular dos dados como principal tutelado, sendo norteada pela autodeterminação informativa e a proteção de dados, tendo como regra o consentimento do titular, por outro, a Lei n.º 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação – sanciona a transparência e a publicidade como preceito geral, trazendo o sigilo como exceção.

²² CRESPO, Marcelo. Proteção de dados pessoais e o poder público: noções essenciais. *In:* CRAVO, Daniela Copetti; CUNDA, Daniela Z.G. da; RAMOS, Rafael (organizadores). **Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público**. Porto Alegre: TCE/RS, CEDIM, 2021. p. 16-28. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ebook_lgpd_e_poder_publico_23052021.pdf. Acesso em: 14 dez. 2022.

Nesse contexto, conforme explica Oliveira, citando Maretti e Monroe²³, o primeiro esforço para se evitar conflito interpretativo entre as referidas normas é compreender que transparência e publicidade não são sinônimos. O dever de publicidade implica a divulgação dos fatos e atos administrativos à sociedade por meios adequados. A transparência, em seu turno, tenciona esclarecer o fato ou ato, de ofício ou através de requerimento, visando a comunicação eficiente entre o Estado e o administrado.

Assim, falar em transparência não significa, necessariamente, permitir o acesso irrestrito às informações constantes em bancos públicos de dados, visto que, em muitos casos, o pedido de acesso se refere a informações que dizem respeito somente à pessoa do requerente²⁴.

Ademais, conforme elucidam os autores, o poder público é guardião do interesse público, e não seu detentor - que continua sendo o cidadão. Portanto, ambos os princípios devem ser interpretados como necessários à proteção dos direitos dos administrados, e não como poder-dever da Administração na busca da satisfação de seus próprios interesses²⁵, lógica a partir da qual concluem que:

Adotando-se essa postura hermenêutica e axiológica, a LGPD se prova majoritariamente harmônica à LAI, ao dever de transparência administrativa e aos princípios da publicidade

²³ MARETTI; MONROE, 2020 *apud* OLIVEIRA, Vinícius da Silva. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e administração pública**: aplicação da norma. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2021. p. 79-84. Disponível em: https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrEmUOw1DZIm8UFTsjz6Qt.;_ylu=Y29sbwNiZjEEcG9zAzEEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1698121008/RO=10/RU=https%3a%2f%2frepositorio.animaeducacao.com. br%2fbitstream%2fANIMA%2f14110%2f1%2flei%2520Geral%2520de%2520Prote%2 5C3%25A7%25C3%25A30%2520de %2520Dados%2520Pessoais%2520 e%2520Administra%25C3%25A7%25C3% 25A30%25C0P%25C3%25BAblica.pdf/RK=2/RS=HhzhZ8HRt1LBtoGhDb00m9NRYLA-. Acesso em: 23 out. 2023.

²⁴ Ibidem.

²⁵ OLIVEIRA, Vinícius da Silva. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e administração pública**: aplicação da norma. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2021. p. 79-84. Disponível em: https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrEmUOw1DZIm8UFTsjz6Qt.;_ ylu=Y29sbwNiZjEEcG9zAzEEdnRpZAMEc2VjA3N y/RV=2/RE=1698121008/ RO=10/RU=https%3a%2f%2frepositorio.animaeducacao.com. br%2fbitstream%2 fANIMA%2f14110%2f1%2fLei%2520Geral %2520de%2520Prote%25C3%25A7%2C3%25A30%2520de%2520 Dados%2520Pessoais%252 0e%2520Administra%25C3%25A7%2C3%25A30%2520P%25C3%25BAblica.pdf/RK=2/ RS=HhzhZ8HRt1LBtoGhDb00m9NRYLA-. Acesso em: 20 dez. 2022.

e do acesso à informação, sem preterir a proteção da pessoa natural identificada ou identificável como sujeito de direitos dos dados tratados, em conformidade com o artigo 17. Em síntese, a transparência e a publicidade da administração pública não são contraditórias à tutela dos dados pessoais: bem ao contrário, são parcial condição de possibilidade desta.

4. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO MUNICÍPIO DE PORTO AI FGRE

Em pesquisa desenvolvida em 2021 sobre o estado da implementação da LGPD em Porto Alegre, através de entrevistas com procuradores do Município, Ricaldi constatou que os entrevistados desconheciam previsão específica sobre proteção de dados pessoais nos contratos administrativos firmados pelo Município²⁶. Para além disso, concluiu-se que:

[...] não há um consenso quanto à forma de efetivar a proteção de dados pessoais, ainda que sejam todas as entrevistas realizadas por agentes inseridos no mesmo campo, demonstrando assim, a ausência de interação social, o que precisa ser mudado para que a proteção dos dados seja efetiva²⁷.

Nas entrevistas, ainda, restou claro que a partir da vigência da Lei Geral fez-se necessária uma mudança na prática dos contratos firmados pela administração pública. Todavia, "para que as estratégias sejam efetivas, é necessário que haja interação entre as ações e os indivíduos, o que não se percebe no campo burocrático estudado, conforme as respostas dos entrevistados"²⁸.

Em outubro de 2020 foi instituído no Município, através do Decreto n.º 20.777²⁹, o Comitê Gestor de Proteção de Dados (CGDP),

²⁶ RICALDI, D. N. A proteção de dados pessoais nos contratos administrativos da administração pública do município de Porto Alegre. 2021. p. 78. Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade La Salle, Canoas, 2021. Disponível em: http://hdl.handle. net/11690/2234. Acesso em: 24 out. 2023.

²⁷ Ibidem, p. 86.

²⁸ Ibidem, p. 87.

²⁹ PORTO ALEGRE, Decreto n.º 20.777, de 28 de outubro de 2020. Institui o Comitê Gestor

órgão destinado a atuar como responsável pela avaliação dos mecanismos de tratamento e proteção de dados existentes na Administração Pública Municipal e pela proposição de ações voltadas à obtenção da conformidade ao previsto na Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

A referida norma foi recentemente revogada e substituída pelo Decreto Municipal n.º 21.838/2023³⁰, conforme se verá no final deste capítulo.

Posteriormente, em maio de 2021, foi criado o Grupo de Trabalho para Implementação da LGPD no âmbito da PGM para auxiliar e operacionalizar a implementação da governança de dados no Município. Uma das iniciativas tomadas pelo GT foi a sugestão às procuradorias setoriais e autárquicas de adoção das seguintes cláusulas gerais de proteção de dados:

COMPROMISSO DE ATENDIMENTO À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

- 1.1 Entende-se por "Dados Pessoais", todos e quaisquer dados ou informações que, individualmente ou em conjunto com outros dados ou nomes, identifiquem ou permitam que um determinado usuário seja identificado, nos termos da Lei Federal n.º 13.709/2018 ("LGPD").
- 1.2 A CONTRATADA, na qualidade de Operadora dos Dados Pessoais, deverá trata-los única e exclusivamente para as finalidades estabelecidas neste instrumento, ou conforme orientação por escrito fornecida pelo CONTRATANTE.
- 1.3 O CONTRATANTE, na qualidade de controlador dos Dados Pessoais, observará a legislação aplicável a matéria nas decisões relativas ao tratamento dos Dados Pessoais, sendo totalmente responsável pelo eventual descumprimento das normas legais, quando previamente alertada pela CONTRATADA.
- 1.4-Emcaso de descumprimento da LGPD, em decorrência deste Contrato ou das orientações fornecidas pelo CONTRATANTE, a

de Proteção de Dados (CGPD) no âmbito do Poder Executivo Municipal para estabelecer as diretrizes e procedimentos de conformidade à Lei Federal n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei geral de Proteção de Dados pessoais (LGPD). Disponível em: http://leismunicipa.is/suyir. Acesso em: 04 jan. 2023.

30 PORTO ALEGRE. **Decreto n.º 21.838, de 9 de janeiro de 2023.** Regulamenta a aplicação e implementação da Lei Federal n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no âmbito do Poder Executivo Municipal de Porto Alegre. Porto Alegre, RS, 2023. Disponível em: http://leismunicipa.is/0ad1s. Acesso em: 04 jan. 2023.

CONTRATADA será solidariamente responsável por eventuais prejuízos sofridos pelo CONTRATANTE.

- 1.5 Em observância à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal n.º 13.709/2018), a CONTRATADA declara: a) tratar e usar os dados a que tem acesso, nos termos legalmente permitidos, em especial recolhendo-os, registrando-os, organizando-os, conservando-os, consultandoos ou transmitindo-os somente nos casos em que houver consentimento inequívoco do CONTRATANTE; b) tratar os dados de modo compatível com as finalidades definidas pelo CONTRATANTE; c) conservar os dados apenas durante o período necessário à execução das finalidades, garantindo a sua confidencialidade; d) implementar as medidas técnicas e organizativas necessárias para proteger os dados contra a destruição, acidental ou ilícita, a perda acidental, a alteração, a difusão ou o acesso não autorizado, bem como contra qualquer outra forma de seu tratamento ilícito; e, e) assegurar que os seus empregados e os prestadores de serviços externos contratados, que venham a ter acesso aos dados pessoais no contexto deste Contrato, cumpram as disposições legais aplicáveis em matéria de proteção de dados pessoais, não cedendo nem divulgando tais dados a terceiros, nem deles fazendo uso para quaisquer fins que não os estritamente consentidos pelo CONTRATANTE, devendo a CONTRATADA exigir que tais indivíduos assinem o Termo de Confidencialidade.
- 1.6 A CONTRATADA manterá os Dados Pessoais e Informações Confidenciais sob programas de segurança, incluindo a adoção e a aplicação de políticas e procedimentos internos, elaborados para: (a) identificar riscos prováveis e razoáveis para segurança e acessos não autorizados à sua rede; e (b) minimizar riscos de segurança, incluindo avaliação de riscos e testes regulares.
- 1.7 A CONTRATADA se obriga a comunicar imediatamente o CONTRATANTE quando da ocorrência de qualquer incidente envolvendo os serviços contratados, execução do Contrato e os dados e/ou informações disponibilizados pelo CONTRATANTE (e/ou suas próprias informações), tomando de imediato todas as medidas que possam minimizar eventuais perdas e danos causados em razão do incidente, além de adotar todas as medidas técnicas necessárias cessar e solucionar o incidente com a maior brevidade possível.
- 1.8 O CONTRATANTE possui amplos poderes para fiscalizar e supervisionar o cumprimento das obrigações de que trata esta cláusula, inclusive in loco, na sede da CONTRATADA, desde que, neste caso, avise com antecedência mínima de 48h

(quarenta e oito horas), e pode, ainda, a qualquer tempo, exigir os elementos comprobatórios correspondentes.

1.9 – A CONTRATADA se compromete a responder todos os questionamentos feitos pelo CONTRATANTE que envolvam dados pessoais repassados e a LGPD, no prazo de 5 dias úteis, sem prejuízos dos demais deveres ajustados neste instrumento.

As cláusulas sugeridas vêm sendo adotadas nas minutas contratuais da Administração, conforme se depreende dos contratos registrados publicados no portal LicitaCon Cidadão do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul (Contratos Registrados SECON nº 81417/2022, 79547/2022, 81500/2023, a título exemplificativo)³¹.

Tal medida se encontra em harmonia com a nova Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021), que dispõe no §1º do seu Art. 25 que "Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes", e vem sendo adotada, também, por outros entes federativos, promovendo segurança jurídica tanto para a Administração, quanto para os contratados.

A Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, na Nota Jurídica n.º 5.872³², acolheu proposta de cláusulas-padrão formulada pelo GT LGPD daquele Estado:

CLÁUSULA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

As PARTES, por si e por seus colaboradores, obrigam-se a atuar no presente contrato em conformidade com a legislação vigente sobre Proteção de Dados Pessoais e as determinações de órgão reguladores e/ou fiscalizadores sobre a matéria, em especial, a Lei Federal nº 13.709/2018.

No presente contrato, a CONTRATANTE assume o papel de controlador, nos termos do artigo 5°, VI da Lei nº 13.709/2018,

³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. **[Portal] LicitaCon Cidadão.** Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50500:1:::::... Acesso em: 04 jan. 2023.

³² MINAS GERAIS. Advocacia Geral do Estado. **Processo nº 1500.01.0087115/2021-94, Nota Jurídica nº 5.872.** Direito administrativo. Análise cláusulas contratuais propostas pelo grupo de trabalho. Lei Geral de Proteção de Dados. Lei federal nº. 13.709/2018. Decreto estadual nº. 48.237/2021. Aprovação da minuta encaminhada. Disponível em: https://www.lgpd. mg.gov.br/materiais-disponiveis?download=30:nota-juridica- n-5872-2021-clausulas-de-protecao-de-dados-pessoais-em-contratos- administrativos#:~:text=N%C3%BAmero%3A%20 5.872%20Data%3A%2027%20de,Contratos%20Administra %20vos. Acesso em: 04 jan. 2022.

e a CONTRATADA assume o papel de operador, nos termos do artigo 5°, VII da Lei nº 13.709/2018.

A CONTRATADA deverá guardar sigilo sobre os dados pessoais compartilhados pela CONTRATANTE e só poderá fazer uso dos dados exclusivamente para fins de cumprimento do objeto deste contrato, sendo-lhe vedado, a qualquer tempo, o compartilhamento desses dados sem a expressa autorização da CONTRATANTE, ou o tratamento dos dados de forma incompatível com as finalidades e prazos acordados.

As PARTES deverão notificar uma à outra, por meio eletrônico, em até 2 (dois) dias úteis, sobre qualquer incidente detectado no âmbito de suas atividades, relativo a operações de tratamento de dados pessoais.

As PARTES se comprometem a adotar as medidas de segurança administrativas, tecnológicas, técnicas e operacionais necessárias a resguardar os dados pessoais que lhe serão confiados, levando em conta as diretrizes de órgãos reguladores, padrões técnicos e boas práticas existentes.

A CONTRATANTE terá o direito de acompanhar, monitorar, auditar e fiscalizar a conformidade da CONTRATADA, diante das obrigações de operador, para a proteção de dados pessoais referentes à execução deste de contrato.

As PARTES ficam obrigadas a indicar encarregado pela proteção de dados pessoais, ou preposto, para comunicação sobre os assuntos pertinentes à Lei nº

709/2018, suas alterações e regulamentações posteriores.

As PARTES darão conhecimento formal a seus empregados e colaboradores das obrigações e condições acordadas nesta cláusula. As diretrizes aqui estipuladas deverão ser aplicadas a toda e qualquer atividade que envolva a presente contratação.

Da análise dos textos é possível observar semelhanças entre os dispositivos adotados, em especial no que diz respeito às figuras do controlador e do operador, ao dever de sigilo das informações compartilhadas, à necessidade de observância da finalidade do tratamento dos dados e ao poder-dever de fiscalização da Administração. Pode-se concluir, portanto, que as ações adotadas pelo Município de Porto Alegre estão em harmonia com a legislação vigente e alinhadas às ações de outros entes federados.

Por fim, no dia 11 de janeiro de 2023 foi publicado o Decreto Municipal n.º 21.838³³, revogando o Decreto anterior que instituiu o Comitê Gestor e regulamentando a aplicação e a implementação da LGPD no âmbito do Poder Executivo de Porto Alegre.

O Decreto estabelece como diretrizes estratégicas da política municipal de proteção de dados:

- I a observância das políticas de segurança da informação do Município;
- a publicação e a atualização periódica das regras de boas práticas e governança, que levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular;
- o atendimento simplificado e eletrônico das demandas do titular:
- IV a promoção da transparência pública, nos termos da Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, Lei de Acesso à Informação (LAI);
- V a observância das normas arquivísticas do Sistema de Arquivos de Porto Alegre (SIARQ/POA), no que diz respeito ao tratamento de documentos, informações e bases de dados que contenham dados pessoais, bem como aos prazos de guarda definidos pela Tabela de Temporalidade de Documentos vigente.

A norma atribuiu ao Gabinete do Prefeito, às Secretarias, às autarquias e às fundações diversas atribuições nos âmbitos de suas finalidades, incluindo a elaboração de Plano de Adequação, o monitoramento contínuo dos mecanismos de proteção de dados e a designação de Encarregado de Tratamento de Dados Pessoais.

A coordenação da implementação da LGPD foi designada à Secretaria Municipal de Transparência e Controladoria, a qual incumbirá, entre outras funções, a de "monitorar e fiscalizar a execução dos planos, dos projetos e das ações gerais aprovados para viabilizar a implantação das diretrizes previstas na LGPD".

³³ PORTO ALEGRE, **Decreto n.º 21.838, de 9 de janeiro de 2023**. Regulamenta a aplicação e implementação da Lei Federal n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no âmbito do Poder Executivo Municipal de Porto Alegre. Disponível em: http://leismunicipa.is/0ad1s. Acesso em 04 jan. 2023.

Diante do contexto explanado, percebe-se que o Município de Porto Alegre vem tomando progressivamente providências para a plena implementação da LGPD no âmbito do Poder Executivo. Todavia, no que tange aos contratos firmados pela Administração, conforme pontuado por Ricaldi³⁴, é preciso que haja uma efetiva fiscalização, não bastando a mera uniformização formal dos instrumentos.

Ocorre que essa atividade fiscalizatória é um dos obstáculos materiais a serem enfrentados pelo poder público, tendo em vista a expressiva quantidade de contratações efetuadas (2.229 contratos vigentes e 1.284 encerrados, atribuídos somente à Prefeitura de Porto Alegre - sem contar os firmados por autarquias, fundações e empresas públicas do Município - conforme portal LicitaCon Cidadão)³⁵.

Essa dificuldade não ocorre somente nas administrações locais, mas também a nível nacional. A LGPD atribuiu à Autoridade Nacional de Proteção de Dados a responsabilidade de "zelar, implementar e fiscalizar" o cumprimento da lei em todo o território nacional. Todavia, no plano fático a fiscalização de todos os contratos administrativos firmados no Brasil por um único órgão é um desafio extremamente complexo, o que faz surgir o risco de a lei se tornar, em certa medida, inócua³⁶.

Ainda quanto à Autoridade Nacional, Crespo conclui que

A consolidação da efetividade da ANPD, de forma preventiva ou repressiva, poderá realmente ser um instrumento de transformação qualitativa da sociedade brasileira, no campo da proteção de dados no âmbito setor público, todavia os recursos humanos, ou seja, a conscientização dos gestores e servidores será fundamental para que a promoção destas boas práticas e diretrizes aconteça de forma mais célere e duradoura³⁷.

³⁴ RICALDI, D. N. A proteção de dados pessoais nos contratos administrativos da administração pública do município de Porto Alegre. 2021. p. 93. Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade La Salle, Canoas, 2021. Disponível em: http://hdl.handle. net/11690/2234. Acesso em: 24 out. 2023.

³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. **[Portal] LicitaCon Cidadão.** Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50500:1:::::... Acesso em: 04 jan. 2023.

³⁶ RICALDI, 2021, p. 93-96.

³⁷ CRESPO, 2021, p.16-28.

A ausência de fiscalização e a consequente baixa probabilidade de sanções pode gerar uma inclinação ao descumprimento da lei pelas Administrações. Para ilustrar esta hipótese, Ricaldi faz comparação com a Lei de Acesso à Informação, citando estudo de caso de portais da transparência de Municípios do Rio Grande do Sul, em que se constatou que dentre os quatro entes analisados, somente dois atendiam satisfatoriamente aos requisitos da Lei de Acesso à Informação³⁸.

Resta claro, portanto, que a concretização de uma política de proteção de dados pelo setor público é missão que encontra diversos desafios, pois depende de uma verdadeira mudança de cultura. Não obstante, a recente regulamentação da implementação da LGPD no Município de Porto Alegre, com a criação de uma política municipal de proteção de dados e de atribuições específicas, representa importante movimento no sentido de dar efetividade às demais medidas que já vêm sendo adotadas pela Administração, em especial no que diz respeito à atividade fiscalizatória.

Assim, da análise do status de aplicação da norma no Município, percebe-se um empenho da Administração na criação de uma cultura de proteção de dados, o que certamente trará benefícios não só para os administrados – que terão resguardados a sua intimidade e seus dados pessoais –, mas também ao próprio poder público municipal, que terá mais segurança para atuar e contratar, amparada numa política de proteção de dados bem estruturada e implementada.

5. CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido evidenciou os desafios enfrentados pela Administração Pública na adequação aos deveres impostos pela LGPD. Essas dificuldades passam pelo fato de se tratar de legislação relativamente nova, não sendo o Brasil um país com grande histórico na governança de dados, até obstáculos materiais, como a necessidade de investimento para a efetiva concretização de uma política de proteção de dados.

³⁸ JURUENA; FRIEDRCH, 2017, p. 304 Apud RICALDI, 2021.

Não obstante, o fato é que a proteção de dados pessoais se trata de demanda global, que já foi recepcionada no ordenamento brasileiro – inclusive com status de direito fundamental. Portanto, a criação e a implementação efetiva de uma política de salvaguarda desse direito não são mera opção, mas sim deveres que se impõem à Administração Pública.

Quanto aos contratos administrativos, somente a uniformização das minutas não basta para a conformação à Lei Geral, sendo necessária uma efetiva fiscalização das contratações. Esse deve ser o principal obstáculo a ser enfrentado pelo poder público, diante da enorme quantidade de contratações celebradas. Todavia, a criação de mecanismos para sua concretização é medida que se impõe, sob pena de a lei acabar se tornando inócua, como ocorre com outras legislações pela falta de aplicação.

No que tange ao Município de Porto Alegre, verificou-se que desde a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados houve avanços significativos na criação de uma cultura de proteção de dados. Nos contratos, a gestão vem incluindo um "Compromisso de Atendimento Lei Geral de Proteção de Dados" – aqui, frisase que, conforme já referido, a mera inserção de cláusulas nos instrumentos contratuais, em que pese necessária e importante, não é suficiente se não houver, concomitantemente, uma efetiva fiscalização destes contratos.

A implementação do Comitê Gestor de Proteção de Dados e do GT LGPD e a recente promulgação do Decreto n.º 21.838/2023 também representam importantes passos na criação de uma cultura de dados no Município.

Assim, a partir do estudo desenvolvido entende-se que a aplicação normativa da Lei Geral de Proteção de Dados vem sendo desenvolvida de forma adequada, havendo iniciativas por parte dos gestores que demonstram comprometimento destes com a harmonização da Administração municipal à legislação vigente e à conjuntura global de preocupação com a segurança das informações pessoais.

Para que se continue avançando nesse sentido é necessária atenção aos obstáculos descritos no desenvolvimento do estudo, em especial à importância de fiscalização das contratações e demais atividades desenvolvidas pela Administração que envolvam o tratamento de dados pessoais. Bem como, é imprescindível que se prossiga com a educação e conscientização dos gestores e servidores sobre proteção de dados pessoais e segurança da informação. Afinal, a Administração Pública é formada por pessoas, que, ao fim, são as grandes responsáveis pelo sucesso ou fracasso de qualquer ação desenvolvida pelo poder público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 115 de 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20 CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20 tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 10.046 de 9 de outubro de 2019.** Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991**. Dispõe sobrea política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8159.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para informação de histórico de crédito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm.. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019- 2022/2019/Lei/L13853.htm#art1. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019- 2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 15 dez. 2022

BRASIL. SerPro. Mapa da proteção de dados. [Brasília]. Disponível em:

https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/mapa-da-protecao-de-dados-pessoais. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6387-DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 12 de novembro de 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.388 Distrito Federal.** Relatora: Min. Rosa Weber, 11 de novembro de 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca. asp?id=15344949382&ext=.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

CRESPO, Marcelo. Proteção de Dados Pessoais e o Poder Público: noções essenciais. *In:* CRAVO, Daniela Copetti; CUNDA, Daniela Z.G. da; RAMOS, Rafael (organizadores). **Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público.** Porto Alegre: TCE/RS, CEDIM, 2021. p. 16-28. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ebook_lgpd_e_poder_publico_23052021.pdf. Acesso em: 14 dez. 2022.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração pública orientada por dados: governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública,** [S. l.], v. 6, n. 1, p. 1-24, 19 ago. 2020. Disponível em: http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-0073/2020.v6i1.6388. Acesso em: 3 dez. 2022.

MACHADO, Gabriela Brochier. Natureza da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais à luz da Lei Geral

de Proteção de Dados Pessoais. Porto Alegre, [S.n.], 2022. p. 1-29. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/gabriela_machado.pdf. Acesso em: 23 out. 2023.

MINAS GERAIS. Advocacia Geral do Estado. **Processo nº 1500.01.0087115/2021-94, Nota Jurídica nº 5.872.** Direito administrativo. Análise cláusulas contratuais propostas pelo grupo de trabalho. Lei Geral de Proteção de Dados. Lei federal nº. 13.709/2018. Decreto estadual nº. 48.237/2021. Aprovação da minuta encaminhada. Disponível em: https://www.lgpd.mg.gov.br/materiais-disponiveis?download=30:nota-juridica- n-5872-2021-clausulas-de-protecao-de-dados-pessoais-em-contratos-administrativos#:~:text=N%C3%BAmero%3A%205.872%20Data%3A%2027%20de,Contratos%20Administra %20vos. Acesso em: 04 jan. 2022.

OLIVEIRA, Vinícius da Silva. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e administração pública: aplicação da norma. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2021. Disponível em: https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrEmUOw1DZIm8UFT sjz6Qt.;_ylu=Y29sbwNiZjEEcG9zAzEEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1698121008/RO =10/RU=https%3a%2f%2frepositorio. animaeducacao.com. br%2fbitstream%2fANIMA%2f14110%2f1% 2fLei%2520Geral%2520de%2520Prote% 25C3%25A7%25C3%25A3o%2520de%2520Dados%2520 Pessoais%2520e%2520Administra%25C3%25 A7%25C3%25A3o%2520P%25C3%25 BAblica.pdf/RK=2/RS=HhzhZ8HRt1LBtoGhD b00m9NRYLA-. Acesso em: 23 out. 2023.

PORTO ALEGRE, **Decreto n.º 20.777, de 28 de outubro de 2020.** Institui o Comitê Gestor de Proteção de Dados (CGPD) no âmbito do Poder Executivo Municipal para estabelecer as diretrizes e procedimentos de conformidade à Lei Federal n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei geral de Proteção de Dados pessoais (LGPD). Disponível em: http://leismunicipa.is/suyir. Acesso em: 04 jan. 2023.

PORTO ALEGRE. **Decreto n.º 21.838, de 9 de janeiro de 2023.** Regulamenta a aplicação e implementação da Lei Federal n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no âmbito do Poder Executivo Municipal de Porto Alegre. Porto Alegre, RS, 2023. Disponível em: http://leismunicipa.is/0ad1s. Acesso em: 04 jan. 2023.

RICALDI, D. N. A proteção de dados pessoais nos contratos administrativos da administração pública do município de Porto Alegre. 2021. p. 78. Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade La Salle, Canoas, 2021. Disponível em: http://hdl.handle.net/11690/2234. Acesso em: 24 out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. [Portal] LicitaCon Cidadão. Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50500:1:::::.... Acesso em: 04 jan. 2023.

ROCHA, Ana Clara Alves, *et al*. Lei geral de proteção de dados em uma realidade conectada. **Revista Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, v. 6, n. 1, 2022, p. 285-308. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/235751/285-308_Artigo.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 dez. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Prefácio. *In:* CRAVO, Daniela Copetti; CUNDA, Daniela Z.G. da; RAMOS, Rafael (organizadores). **Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público.** Porto Alegre: TCE/RS, CEDIM, 2021. p. 6-10. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ebook_lgpd_e_poder_publico_23052021.pdf. Acesso em: 03 dez. 2022.

A IMUNIDADE RECÍPROCA DOS ENTES MUNICIPAIS LOCATÁRIOS DE IMÓVEIS PARTICULARES

THE RECIPROCAL IMMUNITY OF MUNICIPAL ENTITIES IN THE CONDITION OF LESSEE OF PRIVATE PROPERTIES

Leonardo Cruz da França¹

Resumo: Na atuação administrativa da Fundação de Assistência Social e Cidadania de Porto Alegre - FASC é possível verificar que nos contratos de locação de imóveis celebrados é atribuída à Fundação a obrigação do pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU. Assim, a Fundação Pública Municipal repassa de seus orçamentos parte do recurso para o Município de Porto Alegre por meio do IPTU, o que em uma análise inicial poderia parecer ferir a imunidade do ente municipal e interferir na estrutura financeira da Fundação. Este artigo tem o objetivo de aprofundamento no tema da imunidade recíproca dos entes e da atribuição de responsabilidade tributária por meio dos contratos particulares, no intuito de verificar a repercussão econômica e jurídica dos contratos de locação de imóveis que atribuem responsabilidade à Administração Pública o pagamento do IPTU. Ao expor o tema e o analisar de acordo com as diretrizes constitucionais-tributárias, utilizando como referência a inovação no texto constitucional trazida pela Emenda Constitucional nº 116 de 2022. O método de pesquisa levará em

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador, Advogado, Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação de Ensino Superior do Ministério Público - FMP, Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

consideração os debates já enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a incidência do Imposto Municipal sobre a propriedade pública e particular.

Palavras-chave: direito tributário; direito administrativo; contratos de locação de imóveis; imunidade tributária reflexa; imposto predial e territorial urbano.

Riassunto: Nell'attività amministrativa della Fundação de Assistência Social e Cidadania de Porto Alegre - FASC, è possibile verificare che nei contratti di locazione immobiliare stipulati, alla Fondazione è assegnato l'obbligo di pagare l'Imposta sulla Proprietà Urbana e Territoriale - IPTU. Pertanto, la Fondazione Pubblica Municipale trasferisce parte delle risorse dai suoi bilanci al Comune di Porto Alegre attraverso l'IPTU, cosa che ad una prima analisi potrebbe sembrare violare l'immunità dell'ente municipale e interferire nella struttura finanziaria della Fondazione. Il presente articolo si propone di approfondire il tema dell'immunità reciproca degli enti e dell'attribuzione di responsabilità tributaria attraverso contratti privati, con l'obiettivo di verificare le ricadute economiche e giuridiche dei contratti di locazione di immobili che attribuiscono alla Pubblica Amministrazione la responsabilità del pagamento dei IPTU. Esponendo il tema e analizzandolo secondo gli orientamenti costituzionali-fiscali, utilizzando come riferimento l'innovazione apportata al testo costituzionale dall'emendamento costituzionale n. 116 del 2022. Il metodo di ricerca terrà conto dei dibattiti già affrontati dal Supremo Tribunal Federal (STF) e dal Superior Tribunal de Justiça (STJ) sull'incidenza dell'imposta municipale sulle proprietà pubbliche e private.

Parole-chiave: diritto tributario; diritto amministrativo; contratti d'affitto di immobili; immunità fiscale riflessa; imposta sulla proprietà urbana e territoriale.

1. INTRODUÇÃO

A locação de imóveis é comum nas atividades desenvolvidas pelos municípios para consecução dos serviços públicos. No âmbito da Fundação de Assistência Social e Cidadania - FASC, Fundação Pública do Município de Porto Alegre, há celebração de diversos contratos de locação com proprietários particulares nas localidades de atuação de serviços sociais de sua competência.

Na celebração e prorrogação de vigência desses contratos de locação, percebe-se que na maioria dos contratos há a atribuição da obrigação à FASC de pagamento do Imposto de Predial e Territorial Urbano - IPTU. E esta situação pode sugerir ofensa às disposições da Constituição em relação à imunidade de impostos entre os entes da administração pública. A Fundação pertence ao Município, e o pagamento da exação pela Fundação transfere os recursos do ente fundacional para a administração direta.

Este artigo propõe analisar a possibilidade de aplicação da imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, "a" da Constituição Federal quando o Município ou as fundações e autarquias atuam como locatários de imóveis particulares. O nome atribuído a esta situação jurídica é: imunidade recíproca reflexa.

Em razão do contrato de locação ter natureza de contrato da administração, regido pelo Direito Privado, a obrigação de pagamento do IPTU acaba sempre sendo atribuída ao locatário, que é a FASC, por esta razão alcança a renda e interfere na sua autonomia patrimonial. Deste modo, a análise do tema envolve além da ótica tributária-constitucional, a visão do regime administrativo dos contratos firmados pela Administração.

Como forma comparativa ao problema abordado, é possível destacar a proposta de Emenda à Constituição para abranger a imunidade de imóveis que são alugados a instituições religiosas, que foi aprovada como Emenda Constitucional nº 116/2022, em 17 de fevereiro de 2022. Da votação da Emenda destaca-se a fala do Presidente do Congresso Nacional, Rodrigo Pacheco², enfatizando a finalidade constitucional da imunidade de templos religiosos, e apontando para a prática de mercado de atribuição de responsabilidade pelo IPTU ao locatário.

Neste mesmo sentido, podemos citar que no âmbito do Município de Porto Alegre a Lei Complementar nº 07/73 concede a isenção da cobrança do IPTU de imóveis mesmo locados por entidades religiosas, nos seguintes termos:

^{2 &}quot;Na prática corrente do mercado imobiliário, os contratos de locação costumam prever a transferência da responsabilidade de pagamento do IPTU do locador para o locatário. Em razão disso, as entidades religiosas com frequência têm se deparado com obrigações legais de arcar com esses ônus, contrariando a intenção manifesta do texto constitucional".

Art. 70. Ficam isentos do pagamento do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana as seguintes pessoas físicas e jurídicas:

I – os imóveis, ou parte deles, onde esteja instalada a sede ou a filial de entidade religiosa ou maçônica, sem fins lucrativos, **próprios, alugados ou cedidos**, para uso freqüente da entidade. (Grifo nosso)

Portanto, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 116/2022 o Município de Porto Alegre já teria regulado a questão da cobrança do IPTU dos imóveis locados por instituições religiosas. Entretanto, a situação não tem a mesma incidência em relação aos imóveis locados pelos Entes Públicos da Administração Indireta. Seria possível em relação às Fundações aplicar o mesmo tratamento, por ser uma hipótese de mesmo fundamento?

Assim, delimitar o problema abordado no artigo é apontar se existe ou não a possibilidade de aplicação da imunidade recíproca em relação ao IPTU aos entes federados quando estes atuam na condição de locatários de imóveis urbanos.

O trabalho trata de uma controvérsia não pacificada na doutrina e na legislação; e propõe expor o tema e propor possíveis conclusões diante das premissas apresentadas; ao final, possíveis formas de enfrentar o problema pelas procuradorias dos entes federados serão extraídas.

2. DESENVOLVIMENTO

A imunidade recíproca tem como objetivo resguardar o super princípio federativo (Ávila, 2012), abrigando no Sistema Tributário Nacional a preservação dos entes federativos, já que cada ente possui autonomia política, administrativa e legislativa (art. 18, Constituição Federal). Caso não houvesse imunidade entre eles poderia significar um comprometimento econômico e perseguição política, como destaca Harrison Leite (2005, p. 04).

A imunidade recíproca também garante a autonomia municipal, segundo Paulo de Barros. Além de ser extensiva às entidades da administração indireta com relação às suas finalidades essenciais

(Carvalho, 2019, p. 248-249). Por isso, é importante analisar de forma finalística as imunidades, observando se há ofensa à imunidade tributária no pagamento do IPTU por entes públicos na condição de locatários de imóveis particulares.

No âmbito da Advocacia Pública o tema é controverso. No parecer nº 15.950 da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, de 17 de janeiro de 2018, emitido pelo Procurador Antônio Carlos Diniz Murta, concluiu no sentido da *aplicação da imunidade reflexa ao Estado de Minas Gerais em relação à cobrança de IPTU* pelo Município de Belo Horizonte, enquanto o Estado estiver na condição de locatário de imóvel particular.

Já a Procuradoria do Estado de Rondônia entendeu, no parecer dado pelo Procurador Geral do Estado à época, *devido* o pagamento de IPTU pelo Estado ao Município de Porto Velho, por estar descaracterizado o aspecto material do IPTU, que é a propriedade e não a posse³. Percebe-se que o argumento utilizado para legitimar o pagamento do imposto foi o aspecto material e pessoal do imposto, fazendo com que o Estado arcasse com o ônus pactuado em contrato de locação, por não ser contribuinte do IPTU (Silva, Almeida, p. 14).

Sobre o entendimento do Judiciário quanto ao tema, várias posições já tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal auxiliam para a compreensão da questão. Os julgamentos realizados pelo STJ e STF em relação à matéria e permitem delimitar o alcance da limitação da competência tributária sobre imóveis locados ao Poder Público.

O tema passa a ser abordado em duas partes: a primeira em relação aos aspectos tributários do problema; e a segunda em relação aos aspectos administrativos da relação.

^{3 &}quot;O IPTU tem por fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. Em sendo assim, a jurisprudência é assente no sentido de que a imunidade tributária recíproca tem espaço apenas quanto o Ente for proprietário do bem, não quando figure como possuidor. Isto é, o fato do Estado ser locatário do bem imóvel não faz incidir sobre ele a imunidade tributária recíproca, uma vez que o fato gerador é devido pela propriedade." (SEI Rondônia. Processo n. 0026.048198/2019-32)

3. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

3.1 O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana

O Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é de competência dos municípios e do Distrito Federal (art. 156, inciso "I", da Constituição Federal), que autoriza a imputação da obrigação tributária ao proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título (art. 34 do CTN). É considerado um imposto real, por desconsiderar as circunstâncias pessoais do contribuinte (Paulsen, 2022), seu fato gerador é a propriedade territorial (desnecessidade de haver edificações) ou predial (área construída), em zona considerada urbana, a lei trata critérios para caracterização de zona urbana (art. 32, §1° e 2° do CTN).

A sujeição passiva só pode ser atribuída em duas situações: quando contribuinte ou responsável tributário. Este último exige previsão expressa em lei (art. 128 do CTN), no entanto, essa situação não se confunde com a transferência de responsabilidade por meio do contrato, que pode gerar a responsabilidade civil para o locatário (Ichihara, 2005).

3.1.1 Critério pessoal e material do IPTU

Na lição de Paulo de Barros, se extrai a concepção de consequente normativo da regra-matriz de incidência dos impostos prescritos pela Lei, dividindo-se em critério pessoal e quantitativo. Com relação aos sujeitos da obrigação tributária apresenta o critério pessoal, que remete ao sujeito passivo e ativo da obrigação tributária (Carvalho, 2019, p. 382).

O sujeito passivo se diferencia do responsável tributário e não se confunde como o mero pagador "que, por liberalidade, paga tributo em nome de outrem", nem com "o contribuinte econômico, ou seja, aquele que suporta mediatamente o ônus da tributação" (Paulsen, 2022, p. 243). De modo que não importa quem arca com o pagamento, o fisco só poderá se insurgir contra o contribuinte,

que é o proprietário no caso do IPTU ou o responsável tributário, terceiro atribuído por lei que tenha vinculação com o fato gerador (art. 128 CTN). No entanto, a condição de imune deve ser verificada quanto ao contribuinte, caso em que se existente não será possível a cobrança do responsável (Schoueri, 2021).

Sobre o tema Yoshiaki Ichihara (2005), afirma que o sujeito ativo pode ser o Município ou o Distrito Federal, e o sujeito passivo, como contribuinte responsável direto pelo fato gerador, é o proprietário, ou titular do domínio útil, ou possuidor, nestes últimos casos é necessário o ânimo de proprietário. Assim, o locatário não pode ser considerado contribuinte, por se tratar de uma condição de posse direta, que jamais se converte em propriedade (Baleeiro, Derzi, 2018), todavia pode lhe ser atribuída a condição de responsável tributário.

E, ainda que o contrato atribua responsabilidade ao locatário, esse acordo não poderá ser oponível ao fisco em razão do artigo 123 CTN. Todavia, é comum na dinâmica do mercado que locador transacione com o locatário a responsabilidade pelo pagamento do Imposto (Costa, 2022).

Em relação a atribuição de responsabilidade pelo pagamento do IPTU à Administração, o STJ enfrentou a situação no REsp nº 1.384.263-SC, onde o Município de Florianópolis atuando como locatário em um contrato ficou sem pagar o IPTU, e o locador tentou imputar a responsabilidade em razão da cláusula de transferência de obrigação do pagamento, concluiu que, pela aplicação do art. 123 do CTN⁴, há impossibilidade da modificação da responsabilidade tributária atribuída ao Município quando este não efetua o pagamento, ainda que tenha assumido o pagamento do Imposto por meio do contrato⁵.

Já com o que aponta a Súmula nº 614 do STJ "o locatário não possui legitimidade ativa para discutir a relação jurídico-tributária

⁴ Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

⁵ Extrai do voto do Relator, Ministro Gurgel de Faria: "Em razão da natureza contratual da locação firmada entre o particular e a Administração Pública, deve-se observar a norma do art. 123 do CTN, ainda que se revele contrário à boa prática da moralidade o não cumprimento da obrigação contratual pela municipalidade e sua posterior exigência do particular, em execução fiscal."

de IPTU e de taxas referentes ao imóvel alugado nem para repetir indébito desses tributos", tal postulado restou inclusive da discussão entre a diferença entre contribuinte de fato e de direito e a legitimidade do primeiro para a repetição de indébito (AgRg no REsp 836.089/SP), em razão do locatário não possuir vínculo direto com o fato gerador, que é a propriedade de imóvel urbano, enfatizando inclusive o caráter real do tributo (Costa, 2022).

Como se vê em relação ao sujeito passivo o entendimento predominante é que seja do proprietário ou do possuidor com animus domini, por afirmação doutrinária e dos tribunais superiores6. A partir daí, importa a relevância de analisar o aspecto material do IPTU.

O critério material está alocado no antecedente normativo da regramatriz, ele constitui a obrigação tributária, é a situação necessária e suficiente para a ocorrência do fato gerador (art. 114 do CTN), é o fato substancial que dá ensejo à obrigação (Schoueri, 2021).

Como se observa das palavras de Brechbühler:

[...] não é qualquer posse nos imóveis que se haverá por autorizada a cobrança do IPTU, notadamente daquele que detém apenas a mera detenção (uso) do imóvel. Como já dito, somente aquela posse de quem já é ou pode vir a ser proprietário é que autoriza a cobrança de IPTU (Brechbühler, 2015, p. 31).

Assim, o que gera a obrigação tributária no IPTU é a propriedade de imóvel urbano, de modo que o locatário é possuidor, e por isso não é fato que gera vínculo obrigacional com o fisco.

Um possível contraponto, para a interpretação formal de que somente a propriedade é fato gerador do IPTU é a chamada "interpretação econômica". Dessa noção se enfatiza a discussão sobre a necessidade de interpretação finalística da norma, para abranger situações econômicas semelhantes com possível tratamento desigual.

⁶ O Ministro Gurgel de Faria se manifestou no AgInt no AREsp 1.516.702 / BA, que: "A conformidade do entendimento consignado no acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte Superior de que o arrendatário, por não exercer a posse do imóvel com animus domini, não é sujeito passivo do IPTU atrai o óbice de conhecimento estampado na Súmula 83 do STI."

O critério econômico visa uma interpretação teleológica da norma tributária, baseada na igualdade, de modo que situações econômicas idênticas devem ter o mesmo tratamento, para que se evite fraudes jurídicas, afastando a insegurança e o arbítrio (Derzi, Baleeiro, 2018). Tal entendimento foi defendido por Geraldo Ataliba e Aliomar Baleeiro e propõe alargar o espectro da imunidade recíproca às situações em que os entes públicos atuam como contribuintes de fato, suportando os ônus econômicos da tributação.

Como se vê, o debate sobre o alcance do IPTU ao possuidor ensejaria alongada discussão que fugiria ao proposto neste trabalho, no entanto, essa pauta gera grandes debates enfrentados pelo judiciário e pela doutrina a fim de considerar como contribuinte do IPTU o possuidor direto, mesmo não sendo proprietário, assim como para impedir a competência tributária por meio da imunidade.

Dentro da obrigação tributária, a falta capacidade contributiva (capacidade passiva) do Estado é o fio que conduz a imunidade recíproca (Leite, 2005). Como fundamento da imunidade Kiyoshi Harada (2012), afirma que devido à finalidade pública de atendimento dos impostos os entes federativos não possuem capacidade contributiva, vez que a finalidade dos impostos se confundem com a sua própria atividade7.

Todavia, a situação é complexa diante das situações fáticas de locação de imóveis, pois o locador se dispõe ao aluguel do imóvel somente se houver responsabilidade sobre o pagamento do IPTU, caso contrário ele pode se opor à contratação, dentro da sua liberdade de firmar negócio jurídico, por não existir a verticalidade nos contratos de locação com a Administração (ver item 3.2.1).

Nos contratos da Administração, como são chamados os contratos que não são encobertos pelas prerrogativas da Administração, no entanto devido a presença do Ente da

⁷ Como leciona o autor, a atividade estatal não produz riqueza, e por isso "[...] os impostos, segundo a teoria financeira, existem para custear os serviços públicos em geral, para cumprimento das finalidades do Estado. E os três entes políticos componentes da Federação prestam esses serviços públicos cada um na área de sua competência, ou de forma conjunta, exaurindo a sua receita pública na consecução do bem comum, que é a finalidade última do Estado. Daí porque já pagam impostos in natura. Por isso, os entes políticos não têm capacidade contributiva." (Harada, 2012, p. 4)

Administração incide certas regras do Direito Administrativo (Di Pietro, 2022, p. 287).

Contudo, acaba que na prática que as fundações e autarquias arcam com o encargo econômico, o que para alguns autores representaria desrespeito a ordem constitucional de imunidade recíproca, a Administração estaria na posição de "contribuinte de fato", atingindo o seu patrimônio (Silva, 2001). Nesse sentido, numa interpretação ampliativa da compreensão da imunidade recíproca Harrison Leite apresenta que não se restringe a imunidade apenas às hipóteses elencadas por um ou outro imposto, "mas sim, todos os impostos que resvalam no patrimônio, nas rendas ou nos serviços dos entes políticos estão albergados pela imunidade" (Leite, 2005, p. 06-07). Notase que a preocupação finalística da imunidade, portanto, é não interferir nas rendas ou patrimônio do ente federativo⁸, sempre que houver alguma incidência de taxação decorrente de relações jurídicas, haverá afronta à Constituição, como aponta o autor.

O STF no julgamento do RE 601.720/RJ levou em consideração que o cessionário do imóvel público seria responsável pelo pagamento do IPTU. O entendimento contradiz a lógica até aqui exposta, vez que a cessão de uso do imóvel público não implica em transferência de propriedade, e nem seria possível a imputação de responsabilidade tributária ao possuidor do imóvel, haveria controvérsia com relação ao sujeito passivo nesse caso. Em suma, neste caso desconsidera-se o conceito puro de proprietário para equiparar o cessionário àquele para fins de incidência do IPTU para privilegiar o aspecto da livre concorrência, a interpretação levou em consideração a finalidade da norma imunizante e não o fato gerador do IPTU⁹.

⁸ Neste sentido, por justificar um entendimento mais alargado da não interferência dos entes da federação no patrimônio dos demais, é que assinala Luís Eduardo Schoueri: "Notase, nesse aspecto, que o constituinte não limitou a imunidade à propriedade, mas alcançou o patrimônio. Assim, não se vinculou a imunidade a uma relação jurídica, mas protegeram-se todo o patrimônio, todas as rendas e todos os serviços da pessoa imune." (Schoueri, 2021, p. 243).

⁹ É a consideração apontada pelo Ministro Marco Aurélio, naquele julgamento, com as seguintes ponderações: "A situação apresentada mostra-se mais grave, uma vez haver particular atuando livremente no desenvolvimento de atividade econômica e usufruindo de vantagem advinda da utilização de bem público. A imunidade recíproca não foi concebida com tal propósito. A previsão decorre da necessidade de observar-se, no contexto federativo, o respeito mútuo e a autonomia dos entes. Não cabe estendê-la, evitando a tributação de particulares que atuam no regime da livre concorrência. A imunidade recíproca não foi concebida com tal propósito. A previsão decorre da necessidade de observar-se,

Portanto, rompe-se um paradigma que já teria sido inclusive enfrentado pelo STJ, quando no REsp 325.489/SP, verificando a possibilidade do Município de São Paulo cobrar IPTU de um imóvel seu cedido a terceiro, firmou o posicionamento sobre a ilegitimidade da cobrança do IPTU, pois neste caso o Município atuaria na posição de credor e devedor do tributo devido.

3.2 A aplicação do Código Tributário Nacional

Como já mencionado, as alterações por instrumento particulares para modificar a responsabilidade do sujeito passivo da obrigação tributária não podem ser oponíveis ao fisco (Machado, 2015).

O argumento é válido para impedir a aplicação da imunidade recíproca reflexa, visto que o CTN veda que convenções particulares sejam opostas ao Fisco com relação à responsabilidade de pagamento do imposto. Dessa forma, cláusula do contrato que atribui a responsabilidade de pagamento do IPTU à Administração nos contratos em que é parte locatária seria irrelevante para fins tributários. Tal convenção, todavia, será válida entre as partes em caso de inadimplência com responsabilidade civil atribuída ao locatário (Costa, 2022). A própria Lei de Locações (Lei nº 8.245/91, art. 25) permite a cobrança juntamente com os valores do aluguel.

Nesse ponto, importante mencionar que o Município de Porto Alegre já concebeu, por meio da Lei Complementar nº 437/99, em seu art. 18¹º, impedir a atribuição de responsabilidade tributária do IPTU ao locatário, no entanto, o dispositivo foi declarado inconstitucional pelo TJRS, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70001720846. Entendeu-se que haveria competência legislativa da União e a ausência de interesse local nesta disposição. Restou exposto pelo voto do Relator a interferência do Município nos interesses privados dos contratantes, que possuem a liberdade

no contexto federativo, o respeito mútuo e a autonomia dos entes. Não cabe estendê-la, evitando a tributação de particulares que atuam no regime da livre concorrência."

¹⁰ Art. 18 - A obrigação do pagamento do IPTU é de competência única do proprietário do imóvel, não lhe sendo permitido repassá-la ao inquilino.

para dispor da transferência do encargo tributário, o que será enfrentado mais a frente no item 4.2.

3.3 A imunidade recíproca dos entes federados

Nas palavras do professor Paulo de Barros, se define a imunidade como:

[...] a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas. (Carvalho, 2019, p. 244-245)

Desse modo, afasta-se a competência de instituir impostos sobre determinados sujeitos atribuídos pela Constituição à condição de imune.

Quanto à extensão subjetiva destaca que não alcança a exploração de atividades econômicas pelo estado em regime de direito privado, ou contraprestação de tarifas ou preços pelos usuários (Paulsn, 2022; Piscitelli, 2022).

A imunidade recíproca visa a manutenção do pacto federativo, da autonomia municipal e da integridade do patrimônio, renda ou serviços dos entes federados. Além de decorrer da ausência de capacidade contributiva dos entes políticos, em razão da destinação dos seus recursos à prestação de serviços públicos (Costa, 2015).

3.3.1 A diferenciação entre imunidade subjetiva e objetiva

As imunidades são classificadas pela doutrina em objetiva e subjetiva, como Leandro Paulsen (2022), Luciano Amaro (2021), lves Gandra da Silva Martins (1998), Regina Helena Costa (2022). Assim, a diferenciação é a exposta a seguir:

As imunidades subjetivas são aquelas que consideram o aspecto pessoal, ou seja, a pessoa relacionada com o fato imponível, não se importa com o fato imponível por ser ele indiferente para a questão, o importante seria a pessoa (a qual estaria imune) e não os fatos por ela praticados. [....]

O inverso ocorre com as imunidades ditas objetivas, como a prevista no art. 150, VI, d, da CF/1988 (LGL\1988\3), que por incidir sobre livros, jornais, periódicos e papéis destinados à sua impressão, não impedem a cobrança do IR da editora, ou do IPTU do imóvel que serve de loja dos livros, etc

(Reis Júnior, 2008, p. 09).

Assim, se considera que a imunidade recíproca é uma hipótese de **imunidade subjetiva**, que leva em conta o patrimônio da pessoa que estará sendo onerada e não os fatos que ela realiza (Costa, 2022). Com este entendimento é necessário realizar o parâmetro da atribuição de responsabilidade do IPTU com a questão dos contribuintes de fato e a repercussão econômica dessas mudanças. O STF, no julgamento do RE 608.872, firmou a seguinte tese:

A imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido.

Deste modo, não se verifica a preocupação com a oneração econômica do Ente Federado, ou seja, pela interpretação do STF a imunidade não tem aplicação extensiva para alcançar as entidades da Administração quando esta não é contribuinte do imposto (Paulsen, 2022, p. 126).

Ari Timóteo dos Reis faz referência à questão do ICMS, em que o encargo econômico é atribuído a terceiros, faz-se a distinção entre contribuinte de fato e de direito, usada para impostos indiretos, o que não é o caso do IPTU, que é um imposto direto. Todavia, as regras de mercado atribuem, regra geral, ao locatário como responsável pelo pagamento do imposto, acaba por gerar no imposto direto uma situação semelhante aos impostos indiretos, atribuindo responsabilidade tributária a quem não detém a participação na relação jurídica tributária.

O que conduz à seguinte conclusão, nas relações particulares de locação há uma inversão, fazendo com o contribuinte de direito, o proprietário, seja substituído pelo contribuinte de fato, a quem acaba por ser atribuído o ônus econômico do imposto, o locatário. Assim, levando em conta o pressuposto da imunidade subjetiva, em última análise aquele que paga o imposto é a Administração, na figura de locatária, o que fere a regra constitucional de imunidade, se analisarmos sua finalidade.

A doutrina em certa medida critica a impossibilidade de aplicação da imunidade aos impostos indiretos, como o ICMS, dentre os autores pesquisados os que se posicionaram a favor da aplicação da imunidade aos impostos indiretos: Sacha Calmon Navarro Coêlho (2022), Harrison Leite (2005), Aliomar Baleeiro (1999). Por outro lado, contrário a aplicação Ari Timóteo dos Reis (2008), Luciano Amaro (2021), que vai ao encontro com o entendimento atual do STF, exposto pela Súmula 591: "A imunidade ou a isenção tributária do Comprador não se estende ao produtor, contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados".

Por isso, em conclusão, o entendimento atual da Corte Suprema é pela impossibilidade de extensão da imunidade ao contribuinte de fato, mesmo quando, em última análise, seja o ente imune que suporte os ônus da tributação. Com esse entendimento, seria possível se extrair que se caso fosse concedida a imunidade ao ente federado, na figura de locatário, indiretamente, estaria se estendendo a imunidade ao sujeito passivo, locador, que não possui imunidade subjetiva. Restaria aí a impossibilidade da aplicação da imunidade reflexa.

Como o que foi exposto, conclui-se que "a chamada interpretação econômica do direito tributário não pode subjugar a interpretação e a hermenêutica jurídica" (Reis Júnior, 2008, p. 09), de modo que comprometer a interpretação da imunidade constitucional ampliando para o contribuinte de direito a prerrogativa da Administração Pública porque repercute em seu patrimônio a cobrança do IPTU é valorizar uma interpretação econômica da relação locatícia em detrimento da relação jurídicotributária, entre o proprietário e o fisco municipal.

3.4 As decisões do supremo tribunal sobre a aplicação do IPTU

Cabe ainda, análise mais detida em relação aos dois casos mais paradigmáticos em relação ao tema do IPTU e a responsabilidade do sujeito passivo. No RE 594.015 e RE 601.720, o Supremo Tribunal Federal se posicionou em relação à aplicação da imunidade no caso de locação de imóvel público por particular ou sociedade de economia mista. De modo que quando a atividade desenvolvida for voltada a finalidade lucrativa não há que se aplicar imunidade recíproca. Extrai-se dos julgamentos que quando o cessionário de Direito Privado utiliza-se do imóvel de propriedade pública, a este compete a obrigação com o IPTU.

Dos julgados apontados firmou-se os seguintes: o tema 385, decorrente do RE 594.015, e o tema 437, decorrente do RE 601.720, ambos de repercussão geral, com a seguinte dicção:

Tema 385: A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município.

Tema 437: Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo.

O voto do Ministro Edson Fachin no RE 601.720 enfatiza a natureza do IPTU, como imposto direto e real, cujo sujeito passivo é o proprietário do imóvel, e não quem detém a posse direta, o cessionário ou o locatário, suscitando o voto do Ministro Moreira Alves¹¹ no RE 253.394.

Por outra via, o STF, já sedimentou por meio da Súmula Vinculante nº 52 que a imunidade prevista no art. 150, VI, "c" da CF, alcança aos imóveis locados, quando o valor da locação for

^{11 &}quot;O que se pode suscitar não é o problema de posse com animus domini, mas posse exclusiva, porque aqui há desdobramento de posse, pois, obviamente, ele tem posse direta. Esta, a concessionária, evidentemente, tem. O problema é saber se o Código Tributário, quando fala em posse, fala em posse exclusiva, em que não há desdobramento; e quando se trata de posse exclusiva, aí, sim, o possuidor responde. Quando se trata de posse desdobrada - o caso da locação e do comodato -, o possuidor direto não responde. Estou de acordo, porque a posse é direta, e não há direito real que a justifique."

revertido para atividade para as quais a entidade foi constituída. Ou seja, valoriza-se neste caso a finalidade da imunidade e não a aparência fática da relação de locação.

Em alteração constitucional recente houve a promulgação da Emenda Constitucional nº 116, que acrescentou o § 1º- A ao art. 156 da Constituição Federal, concedendo imunidade de IPTU a templos religiosos quando os imóveis são locados para a atividade religiosa. A intenção da previsão específica é o mote de discussão do presente trabalho, assim se denota da finalidade da imunidade, se pretende desonerar a atividade desenvolvida pelas instituições imunes? Ou se pretende resguardar as suas propriedades financeiras? Ainda em relação a autonomia patrimonial dos entes políticos e a finalidade pública da persecução dos seus objetivos importa dar uma interpretação conforme à finalidade nos casos de locação de imóveis para a prestação de serviços públicos.

O STF se manifestou a respeito da extensão da imunidade recíproca dos entes públicos à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos no RE nº 773.992, onde restou definido que é aplicável a imunidade à Empresa Pública por se tratar de prestadora de serviço público, dando interpretação além da literalidade da Constituição. No caso se manifestou que a ECT deveria ser imune ao IPTU quando o rendimento dos imóveis locados pela Empresa forem utilizados na finalidade de interesse público.

Tal posicionamento do STF tem por objetivo determinar a interpretação finalística das imunidades, de modo a privilegiar uma aplicação mais coerente da imunidade. O que poderia a *contrario sensu*, levar ao entendimento de que se houvesse locação ao ente público, para finalidades de serviços públicos, poderia estar caracterizada situação que autoriza a aplicação da imunidade, todavia é uma interpretação além do que foi decidido pelo STF, e um ponto de vista equivocado, como será exposto ao final.

Relevante importância tem para a discussão o tema 884 do STF, julgando o RE 928.902, o Tribunal firmou entendimento de que não incide o IPTU sobre os imóveis financiados pela Caixa Econômica vinculados ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR) instituído pela Lei 10.188/2001. Evidencia-se ali, no voto do Relator, o Ministro Alexandre de Moraes, à relação finalística da imunidade dos entes federativos, ao que se destaca:

Em última análise, é a vinculação às finalidades públicas que legitima a norma imunizante, e é também ela que incompatibiliza o conceito de capacidade contributiva com as receitas públicas. Dada a essencialidade do elemento teleológico, a imunidade recíproca tende a encontrar limitação nas hipóteses em que o patrimônio pertencente aos entes federados perca sua pertinência com vertentes do interesse público.

Deste modo, o elemento que evidencia a aplicação da imunidade é a finalidade de desenvolver as atividades de interesse público. Assim, qualquer repercussão de cobrança de imposto em atividades finalísticas poderia levar à conclusão de contrariedade ao fim constitucional.

Observe-se que na apreciação do julgado o Relator faz a distinção do patrimônio afetado do PAR, que é recurso proveniente da União para fim de concretizar o Direito à Moradia (finalidade de interesse público), e do patrimônio da CAIXA, que é uma Empresa Pública. Diante disso se concluiu que o patrimônio da União não poderia ser afetado com a cobrança do IPTU.

Em relação ao Tema de Repercussão Geral nº 437 do STF, restou colocado no julgamento do RE 601.720/RJ que a imunidade recíproca não alcança imóvel da União quando ele está cedido para utilização de empresa privada, ratificando assim que a finalidade econômica das atividades desenvolvidas pela empresa ferem os limites da livre concorrência. Deste modo, é possível a atribuição de responsabilidade tributária à cessionária, mesmo este não sendo contribuinte conforme exposto em momento anterior.

Sobre o tema de incidência da imunidade recíproca nos impostos indiretos Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Mello, apontam que o tema é pacifico no entendimento da Corte Suprema que não se impõe nestes casos:

Município na Condição de Contribuinte de Fato – Impossibilidade. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o município não pode ser beneficiário da imunidade recíproca nas operações em que figurar como contribuinte de fato. O repasse do ônus financeiro, típico dos tributos indiretos, não faz com que a

condição jurídica ostentada pelo ente federativo na condição de sujeito passivo da relação jurídica tributária seja deslocada para a figura do consumidor da mercadoria ou serviço. (Paulsen; Melo, 2022, p. 196)

Dessa constatação do Autor é possível se extrair que o ônus econômico não é pressuposto para a impedir a tributação dos entes federados, de modo que a interpretação mais condizente com o entendimento apontado pelos autores é de que não haveria extensão da imunidade recíproca no caso em que a Administração suporta o ônus do IPTU nas locações. Principalmente por neste caso haver desrespeito à regra matriz, e benefício de terceiros, que não os entes federativos (Carvalho, 2019; Reis Júnior, 2008).

4. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

4.2 Da natureza do contrato de locação com a administração pública

Nos contratos de locação a Administração atua com paridade ao particular¹². Trata-se de contrato da Administração, regido pelo Direito Privado (Carvalho Filho, 2022). Assim, dentro da liberdade contratual estabelecida entre as partes pode o proprietário do imóvel impor ao locatário a obrigação de pagar o IPTU, inclusive em grande maioria dos casos é o que ocorre, trata-se de quase um padrão de contratação atribuir ao locatário o pagamento do imposto. Concluindo, que ao fechar a contratação a obrigação é atribuída à FASC para pagamento do IPTU, que atua com finalidade eminentemente pública de serviços sociais, e que poderia significar um desrespeito a imunidade recíproca dos entes, com a oneração do serviço prestado ou do patrimônio da Fundação por imposto municipal.

¹² Vale a pena apresentar o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao pontuar que: "Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade" (Di Pietro, 2022, p. 287).

Dentro do contexto da relação particular firmada com a locação em cotejo com a impossibilidade de transferência de responsabilidade tributária por instrumentos privados (art. 123 CTN), poderia a FASC não realizar o pagamento do IPTU, descumprindo a cláusula contratual e tornando o proprietário devedor do crédito tributário? É uma situação que talvez causaria maiores transtornos e demanda judicial para o Município. Essa situação foi enfrentada pelo STJ no REsp nº 1.384.263/SC, no caso o Município de Florianópolis se comprometeu ao pagamento do IPTU por meio do contrato de locação, durante a vigência não realizou o pagamento de alguns anos, posteriormente em execução fiscal o particular tentou alegar o contrato para afastar o pagamento do imposto. O Tribunal afastou a responsabilidade do Município mesmo que este tenha se comprometido por contrato.

Nos termos da ementa do julgado teve a seguinte:

TRIBUTÁRIO. IPTU. RESPONSABILIDADE. CONTRATO DE LOCAÇÃO FIRMADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. OPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. REEXAME DE PROVAS.

- 1. Por força do art. 123 do CTN, "salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes".
- 2. Em razão da natureza contratual da locação firmada entre o particular e a Administração Pública, deve-se observar a norma do art. 123 do CTN, ainda que se revele contrário à boa prática da moralidade o não cumprimento da obrigação contratual pela municipalidade e sua posterior exigência do particular, em execução fiscal.
- 3. Em recurso especial, não é adequada a verificação da ocorrência da prescrição na hipótese de a revisão da conclusão do acórdão recorrido, no que diz respeito à demora no cumprimento do ato citatório, depender do reexame fático-probatório (Súmula 7 do STJ).
- 4. Agravo interno não provido. (Grifo nosso)

Não parece o modo mais coerente de agir nesses casos, principalmente por demonstrar a falta de boa-fé nas relações dos contratos firmados pela Administração.

A locação de imóveis particulares são instrumentos aliados da Administração para atender aos fins públicos específicos, tanto que nas hipóteses de locação é possível a dispensa de licitação (art. 24, inciso X da Lei 8.666/93) - a Nova Lei de Licitações Lei nº 14.133/2021 trata a hipótese como inexigibilidade no seu artigo 74, inciso "V" -, muita das vezes se torna indispensável para boa prestação do serviço público a possibilidade de utilizar determinado imóvel, acontece que essa utilização dependerá da viabilidade do proprietário em alugar, que pode no exercício do seu direito negar a contratação.

Decorrente da natureza de Direito Privado do contrato de locação há permissão pela Lei de Locações (Lei nº 8.245/91), no art. 22, inciso "VIII", de que o contrato determine a responsabilidade do locatário pelo pagamento do IPTU. O que pode justificar uma resistência do particular em alugar o imóvel caso não haja a transferência de responsabilidade pelo imposto, inviabilizando o andamento da prestação do serviço público.

Até mesmo, em uma última análise, com a aplicação da imunidade nos contratos de locação poderia ser percebida a desvantagem para a livre iniciativa, uma vez que os proprietários de imóveis que alugassem para a Administração Pública seriam liberados da responsabilidade tributária pelo IPTU, enquanto aos proprietários de imóveis locados à particulares seriam responsabilizados pela pelo Imposto, caso o locatário descumprisse a obrigação contratual de quitar o encargo. Por outro lado, há permissivo legal para a cobrança dos encargos atribuídos ao locatário no valor do aluguel (Lei nº 8.245/91, art. 25), seria desvantajoso para o proprietário a locação à Administração, caso fosse obrigado a arcar com o imposto.

4.3 Natureza jurídica da Fundação de Assistência Social e Cidadania - FASC

A FASC tem natureza de Fundação Pública nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello as Fundações são próprias autarquias, lhe aplicando igual regime (2015, p. 191), fazem parte da Administração Pública indireta (Carvalho Filho, 2022). Assim,

lhe permite autonomia administrativa, são pessoas jurídicas de Direito Público, com personalidade de direito público ou privado¹³, e com patrimônio afetado para uma determinada finalidade de prestar serviços públicos (Di Pietro, 2022).

A FASC tem personalidade jurídica de direito público (art. 2º da Lei Municipal nº 4.308/77), portanto equiparável às autarquias gozando de todas as imunidades, isenções e prerrogativas da Administração pública.

A Lei Municipal nº 4308/77, criou a Fundação Pública Municipal para "promover e desenvolver a educação social, comunitária e administrar os centros de comunidade esportiva e equipamentos similares e dá outras providências". Até o ano de 1999 foi chamada Fundação de Educação Social e Comunitária – FESC, que em 2000 passou a se chamar Fundação de Assistência Social e Cidadania – FASC, com a finalidade de:

[...] formular, promover e coordenar a política de Assistência Social, através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, visando prover, a quem necessitar benefícios e serviços que promovam acesso à renda digna e o atendimento das necessidades básicas do indivíduo. (art. 1°, Lei Municipal n° 4.308/77)

Sobre a relação de cobrança de impostos, a Lei tem disposição no art. 13, que "É assegurada à Fundação, quanto a seus bens, rendas e serviços, isenção de quaisquer tributos e tarifas municipais".

Assim, em relação ao IPTU a FASC tem imunidade decorrente do art. 150, § 2º da Constituição Federal, e reforça a previsão da Lei de sua criação. Todavia, em relação aos imóveis alugados a análise prática é que a previsão fica sem alcance.

Como uma possibilidade de evitar a oneração patrimonial da Fundação com o pagamento do IPTU, seria possível a concessão de isenção, por meio de alteração da Lei Complementar nº 07/73,

¹³ Para fins de clarificar o tema, podemos citar a ementa do Resp 1.409.199 - SC: "[...] 3. Nos termos da jurisprudência do STF e do STJ, fundação pública é toda fundação instituída pelo Estado, podendo sujeitar-se ao regime público ou privado, a depender do estatuto da fundação e das atividades por ela exercidas. As fundações públicas de direito público são criadas por lei específica, também chamadas de fundações autárquicas. No caso das fundações públicas de direito privado, uma lei específica é editada autorizando sua criação."

afastando a incidência do IPTU nos contratos de locação com a Administração Pública Municipal, direta ou indireta, resultando da inexigibilidade do pagamento pela Fundação quando a ela for atribuída a responsabilidade nos contratos.

Há necessidade de previsão expressa de isenção aos entes municipais, por considerar, com base exposto, a impossibilidade de alcance da norma imunizante quando os entes da Administração não são contribuintes do Imposto. Além do fato de se ponderar que a prática do mercado de locação é de atribuir a responsabilidade pelo pagamento ao locatário por ser permitida essa transferência pela Lei, fato este que inclusive legitimou a alteração constitucional por meio da EC nº 116/2022.

Já em relação aos demais entes da federação, Estados e União, com suas respectivas entidades da administração indireta, a conclusão do presente trabalho é de que não se há possibilidade de afastar a incidência do IPTU, em razão de não ocuparem a posição de sujeito passivo, contribuinte, de acordo com a regra matriz e sim contribuinte econômico ou mero pagador (Paulsen, 2022), que sofre com a oneração indireta da tributação.

5. CONCLUSÃO

Em suma, os entendimentos doutrinários e os posicionamentos considerados pelas Cortes Superiores, levam em consideração a impossibilidade de aplicação da imunidade quando o sujeito passivo, o proprietário, do IPTU não é a Administração Pública.

A argumentação de que em última análise seria atribuído o encargo para os cofres públicos com o pagamento do Imposto não deve prevalecer, pois neste caso, seria considerada uma interpretação econômica às normas do Direito Tributário, cujo resultado seria contrário à própria finalidade da norma imunizante, fazendo com que particulares gozassem indiretamente da imunização. Além de inviabilizar a arrecadação do fisco municipal, ferindo a autonomia do ente federativo.

Ao exemplo do que se fez no Município de Porto Alegre com os imóveis alugados por instituições religiosas, poderia ser alterada a Lei Complementar nº 07/73 para incluir os imóveis locados das

autarquias e fundações municipais, neste caso seria concedida a isenção e não de imunidade.

No entanto, em relação aos outros membros da Federação (Estados e União), não poderia haver exclusão de responsabilidade, uma vez que o contribuinte é o proprietário, o locador na relação contratual, e esse não pode transferir sua responsabilidade tributária por meio de instrumentos privados em razão do art. 123 do CTN. E quanto à exação não poderia ser dada a isenção por outro ente que não os municípios, em razão da vedação da isenção heterônoma.

Assim, havendo inadimplemento do locatário, ente público, em relação ao IPTU o fisco municipal executará em face do locador, a exemplo do que se apresentou no REsp nº 1.384.263/ SC. A responsabilidade sempre será do locador, não podendo alterar a regra-matriz do tributo para fazer alcançar a imunidade ao locatário.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro.** 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

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

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BALEEIRO, Aliomar, DERZI. **Direito tributário brasileiro**: CTN comentado. 14. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília,

DF: Presidência da Republica, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. . Brasília, DF: Presidência da Republica, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 928902/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 17 de outubro de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410523/false. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 253394/SP**. Relator: Min. Ilmar Galvão, 11 de abril de 2003. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96722/false. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Interno no Recurso Extraordinário 773992/BA**. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de outubro de 2014. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe. asp?incidente=4469716. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 608872/ MG**. Relator: Min. Dias Toffoli, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374243/false. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 601720/RJ**. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de abril de 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372799/false. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário 325489/SP**. Relatora: Min. Eliana Calmon, 19 de novembro de 2002. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27325489%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27325489%27).suce.)&thesaurus=IURIDICO&fr=veia. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial, 836089/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601008091&dt_publicacao=26/04/2011. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.384.263/ SC**. Relator: Min. Gurgel de Faria, 28 de setembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.

ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201384263. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **AgInt no ARESP 1.516.702/BA**. Relator: Min. Gurgel de Faria. 07 de dezembro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AINTARESP%27.clas.+e+@num=%271516702%27)+ou+(%27AgInt%20no%20 AREsp%27+adj+%271516702%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário nº 1409199/SC**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 10/03/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos. ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201303333109. Acesso em: 23 out 2023.

BRECHBÜHLER, Gustavo. Imunidade recíproca e IPTU: a indevida pretensão de cobrança de IPTU pelas municipalidades sobre propriedades da União cedidas à iniciativa privada mediante contrato típico de concessão de uso. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 120, p. 29-72, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 36. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário:** constituição e código tributário nacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

HARADA, Kiyoshi. Imunidade recíproca das empresas públicas e das sociedades de economia mista. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 20, n. 103, p. 63–83, 2012.

ICHIHARA, Yoshiaki. IPTU: o inquilino tem legitimidade para impugnar o lançamento?. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 62, n. 5, p. 119-128, 2005.

LEITE, Harrison Ferreira. Em prol da imunidade recíproca. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 13, n. 60, p. 100-120, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades tributárias. **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 53-63, 1998.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Jur, 2022.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 35.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PISCITELLI, Tathiane. **Curso de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

PORTO ALEGRE. **Lei Complementar nº 7, de 7 de dezembro de 1973**. Institui e disciplina os tributos de competência do Município. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, [1973]. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/codigo-tributario-porto-alegre-rs. Acesso em: 23 out. 2023.

PORTO ALEGRE. Lei nº 4.308, de 13 de julho de 1977. Autoriza o município a instituir uma fundação destinada a promover e desenvolver a educação social, comunitária e administrar os centros de comunidade e esportivos e equipamentos similares e dá outras providências. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, [1977]. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/1977/430/4308/lei-ordinaria-n-4308-1977-autoriza-o-municipio-a-instituir-uma-fundacao-destinada-a-promover-e-desenvolver-a-educacao-social-comunitaria-e-administrar-os-centros-de-comunidade-e-esportivos-e-equipamentos-similares-e-da-outras-providencias. Acesso em: 23 out. 2023.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo dos. A imunidade subjetiva do contribuinte de fato: uma análise da chamada interpretação econômica do direito tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 16, n. 80, p. 9-25, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade, Número do Processo: 70001720846**. Relator: Vasco Della Giustina, 18 de junho de 2001.

Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20 de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70001720846&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 30 ago. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA, Geilton Costa da. A administração pública como locatária de imóvel urbano e o pagamento do IPTU. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 8, n. 86, p. 171-178, 2001.

SILVA, Israel Evangelista da; ALMEIDA, Paulo Higo Ferreira de. A imunidade tributária do estado membro locador de imóvel urbano: perspectiva sobre o entendimento do supremo tribunal federal no re 594.015 e re 601.720, sobre a imunidade tributária recíproca. **Boletim Conteúdo Jurídico**, Brasília, v. XII, p. 165-180, 2020.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E
CONSENSUALIDADE: A EVOLUÇÃO
DO CONSENSUALISMO NO
DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO E
O ATUAL ESTADO DA DISCUSSÃO
A RESPEITO DA CELEBRAÇÃO DE
ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO
CIVIL EM AÇÕES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

PUBLIC ADMINISTRATION AND CONSENSUALITY: THE EVOLUTION OF CONSENSUALISM IN BRAZILIAN PUBLIC LAW AND THE CURRENT STATE OF THE DISCUSSION ON THE EXECUTION OF CIVIL NON-PERSECUTION AGREEMENTS IN CASES OF ADMINISTRATIVE MISCONDUCT

Lorenzo Rodrigues Triaca¹

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar o caminho percorrido pela doutrina e jurisprudência administrativa ao longo dos últimos séculos, culminando no entendimento então vigente, no Brasil, a respeito da viabilidade da utilização de instrumentos consensuais, tal qual o Acordo de Não Persecução Civil, no âmbito das ações de improbidade administrativa. Ao longo da evolução da estrutura estatal, o Direito Administrativo foi alvo de algumas reformulações, deixando de se caracterizar como prerrogativa do Estado para atuar na defesa dos cidadãos, ensejando a participação popular como forma de legitimar o exercício da função administrativa. Nesse contexto, o surgimento do fenômeno consensual consagrou uma estrutura participativa, rompendo com a atuação unilateral do Estado e fornecendo subsídios para o incremento de uma administração

¹Advogado. Graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Master of Laws – LLM - em Direito e Processo Tributário pela FMP/RS. Residente Jurídico na Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre. Autor do Livro Direito Administrativo Contado: como a arte pode ensinar o direito administrativo.

pública dialógica, pautada no aprimoramento do agir estatal, em busca de uma gestão transparente, interativa e eficiente. No atual estado da arte, a consensualidade, no âmbito das diversas facetas do processo administrativo, apresenta-se por meio de diferentes instrumentos, cuja adoção representa forma legítima de composição de conflitos, na medida que leva em conta os verdadeiros interesses dos integrantes da relação, valorizando seus direitos e deveres fundamentais.

Palavras-chave: consensualidade; improbidade administrativa; Estado democrático de Direito; juridicidade; interesse público.

Abstract: The present work aims to analyze the path taken by administrative doctrine and jurisprudence over the past centuries, culminating in the prevailing understanding in Brazil regarding the feasibility of using consensual instruments, such as the Civil Non-Persecution Agreement, in the context of actions for administrative misconduct. Throughout the evolution of the state structure, Administrative Law underwent some reforms, ceasing to be characterized as a prerogative of the State to act in defense of citizens, encouraging popular participation as a way to legitimize the exercise of administrative functions. In this context, the emergence of the consensual phenomenon established a participatory structure, breaking with the unilateral action of the State and providing support for the development of a dialogical public administration, based on improving state action, in pursuit of transparent, interactive, and efficient management. In the current state of the art, consensuality, in various facets of the administrative process, is presented through different instruments, whose adoption represents a legitimate way of resolving conflicts, as it takes into account the true interests of the parties involved, valuing their fundamental rights and duties.

Keywords: consensuality; administrative misconduct; Democratic Rule of Law; public interest.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo traçar as linhas mestras que deram sustentação à evolução do fenômeno da consensualidade no direito público brasileiro. Serão analisados os principais avanços doutrinários e jurisprudenciais do tema, demonstrando o caminho percorrido, os entraves enfrentados e os avanços alcançados. Alfim, verificar-se-á o atual estado da arte, estampado na decisão proferida nas ADIs 7042 e 7043, que tratam, dentre outros temas,

da (im)possibilidade do ente público interessado firmar acordo de não persecução civil nas ações de improbidade administrativa.

Em um primeiro momento, será analisada a passagem da lógica instalada pelo Estado Liberal Burguês, fundada na legalidade e na promoção dos direitos fundamentais de defesa, para um cenário mais consensualizado, promovido pelo paradigma do Estado Social. Nesse contexto, observar-se-á a necessária inserção de métodos consensuais, que foram progressivamente substituindo os tradicionais instrumentos verticalizados de gestão.

Fruto dessas mudanças, será possível verificar que a Democracia Representativa começou a ceder espaço para o modelo de Democracia Participativa, apta a fundar os alicerces do contemporâneo Estado Democrático de Direito. A substância das normas e institutos tomou o lugar dos dogmas que vinham sendo há muito tempo preservados dentro da administração pública - a administração burocrática e morosa passou a se preocupar com aspectos ligados à eficiência e à efetiva promoção do interesse público.

Nesse diapasão, ficará demonstrado que a passagem da Constituição Federal para o centro do ordenamento, fruto do fenômeno da constitucionalização do direito, conferiu legitimidade para que as regras e princípios constitucionais passassem a pautar a atuação da administração pública. O princípio da juridicidade, mais amplo do que o da legalidade, obrigou a gestão pública a atrair para si a função de mediadora de conflitos que envolvem interesses estatais, coletivos e, por vezes, até mesmo privados.

Assim, até mesmo o direito administrativo sancionador precisou reconhecer os méritos desse novo vértice interpretativo, sendo inovados os entendimentos acerca dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público.

Tamanha foi a virada de entendimento que o legislador ordinário se preocupou em positivar normas capazes de, expressamente, autorizar a atuação concertada pela administração pública. Pela atualização da LINDB, a passagem do modelo de previsão normativa difusa, marcado pela pontualidade de suas prescrições, para um modelo de previsão normativa por permissivo genérico, serviu para robustecer a estimativa de que a mudança de posicionamento está produzindo bons efeitos na prática.

Ocorre que os caminhos para alcançar o progresso nem sempre foram pavimentados com as melhores pedras (e intenções). Isso porque, paralelamente ao imbróglio legislativo, na última década o Brasil tem presenciado o desvendamento de diversos casos de corrupção, sendo que parte do sucesso das investigações é atribuída à celebração de acordos com alguns infratores.

Visando conferir substrato legal ao campo da atuação negocial em sede de ação de improbidade administrativa, o pacote anticrime introduziu alterações ao art. 17 da antiga redação da Lei 8.429/92, passando a admitir a celebração do acordo de não persecução civil nas ações reguladas por aquela lei. Ainda que as alterações tenham constituído importante avanço no campo da consensualidade administrativa, ainda restou pendente a solução de um problema de primeira necessidade, referente a aplicabilidade do instituto já positivado. Assim, com o veto de todos os dispositivos que disciplinavam minimamente o novel acordo de persecução civil, a alternativa consensual no âmbito das ações de improbidade acabou por ficar órfã de qualquer regulamentação.

A entrada em vigor da Lei 14.230/21 veio para suprir essa falta, dispondo com maior detalhamento sobre o procedimento para realização do acordo de não persecução civil. Contudo, algumas das novas normativas acabaram por materializar verdadeiros retrocessos no campo do combate à corrupção, bem como na utilização de mecanismos de justiça concertada. Coube ao Supremo Tribunal Federal, portanto, analisar a questão no julgamento das ADIs 7042 e 7043 - que representam o atual estado da discussão relacionada a utilização de mecanismos consensuais no âmbito do direito público.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Do Estado ordenador ao Estado concertado

As revoluções liberais consagraram o chamado Estado de Direito, modelo responsável por consolidar o sistema de freios e contrapesos, bem como materializar a função administrativa geral². Competia ao Estado a manutenção da ordem pública, da liberdade, da propriedade e da segurança individual, o que correspondia às aspirações da burguesia³. O interesse público era preconcebido em lei, cabendo ao ente público garanti-lo frente a eventuais interesses privados em conflito⁴.

Nesse contexto foram forjados institutos e categorias no ramo do direito público, centrados nas noções de prerrogativa imperativa, de subordinação e de atuação unilateral⁵. Com efeito, a Administração Pública Liberal fundava-se na ideia do poder de polícia, destinando-se a assegurar a ordem pública e a paz social. Assim, embora sujeito à legalidade, o ente estatal atuava de forma interventiva, autoritária e distante dos administrados, tendo no ato administrativo unilateral sua principal forma de manifestação⁶.

Passando para o início do século XX, diante dos efeitos sociais advindos da Revolução Industrial - com a eclosão das grandes guerras e a sedimentação das ideologias de massa -, emerge o paradigma do Estado Social⁷. O âmbito de atuação da Administração Pública se tornou cada vez mais amplo, sobretudo a partir da estatização de certas atividades econômicas⁸. Nesse liame, os direitos subjetivos públicos cresceram quantitativa e

² PAREJO AFONSO, Luciano. **Lecciones de derecho administrativo**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 25

³ Nesse ponto, Carl Schmitt é bastante eloquente ao afirmar que "la burguesía liberal, en su lucha contra la Monarquía absoluta, puso en pie un cierto concepto ideal de Constitución, y lo llegó a identificar con el concepto de Constitución. Se hablaba, pues, de 'Constitución' solo cuando se cumplían las exigencias de libertad burguesa y estaba asegurado un adecuado influjo político a la burguesía".

SCHMITT, Carl. Teoria de la constitución. Madrid: Revista de derecho privado, 1927. p. 41.

⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Almedina, 1998. p. 38.

⁵ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 71.

⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica:** direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 39.

⁷ Também chamado de Estado Providência por parte da doutrina.

⁸ Conforme assinala Plauto Faraco de Azevedo, "O intervencionismo estatal foi gerando mecanismos institucionais destinados à proteção dos menos aquinhoados, protegendo-os no trabalho e na velhice, assegurando-lhes saúde, realizando, em suma, obra de justiça distributiva". AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização:** ambiente e direito no limiar da vida. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 56-57.

qualitativamente, alterando-se o papel do administrado, que passou a protagonizar o debate público.

Por meio do Estado Social, o papel desempenhado pela administração pública passa a ser remodelado, sendo inseridos mecanismos consensuais que vão substituindo progressivamente os tradicionais métodos verticalizados de gestão. Passo a passo, mesmo as áreas de atuação unilateral por excelência acabam cedendo espaço aos instrumentos de consensualidade⁹. Dessarte, a organização estatal precisou se remodelar de maneira substancial frente aos novos encargos assumidos pela administração pública¹⁰.

Contudo, o Estado prestacional entrou em declínio, entre outros fatores¹¹, ante sua incapacidade econômica de fazer frente à demanda crescente de serviços públicos¹². A concepção do Estado de Direito pós-providência começa a ser adotada a partir da segunda metade do século XX, despertando aspirações democráticas nas sociedades, que se tornaram mais conscientes de seus direitos¹³. Com o incremento da tecnologia, notadamente dos meios de comunicação, acenderam-se as chamas de uma sociedade pluralista, formada de indivíduos ansiosos por participar ativamente da defesa de diversos direitos – muitas vezes contrapostos -, por meio de inúmeras modalidades participativas.

⁹ Nesse diapasão, Paula Lopes assinala que "A busca pelo consenso implica a crescente utilização do processo administrativo, como aparato institucional, para a audição, negociação e, mesmo, para controle da atuação administrativa." LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 274, dez. 2017, p. 383-407.

¹⁰ FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da administração pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 56.

¹¹ Nesse sentido, é importante destacar que a Constituição do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, para além de não consolidarem um modelo garantidor de efetividade de direitos fundamentais de natureza prestacional, viram o emergir de modelos ditatoriais que acabaram dominando boa parte do continente europeu, afastando a incidência do princípio democrático. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito administrativo geral**. t. 1. 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008. p. 112.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 128.

¹² Os países pobres, todavia, ainda seguiram insistindo no modelo, eis que sua descontinuidade ensejaria um retrocesso na busca pela garantia do mínimo existencial para a população mais carente.

Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 50.

¹³ LOPES, 2017, p. 386.

A passagem da Democracia Representativa para a Democracia Participativa funda os alicerces do Estado Democrático de Direito da contemporaneidade. A funcionalidade das normas e institutos jurídicos-administrativos¹⁴ passa a importar cada vez mais às pesquisas jurídicas e, com ainda mais vigor, à gestão pública. Paulatinamente, o direito administrativo brasileiro assume um papel instrumental, propulsor da promoção (substancial) do desenvolvimento econômico-social do Estado¹⁵.

A remodelagem dos conceitos, assim, acaba sendo percebida tanto na esfera de atuação unilateral quanto na de atuação prestacional, em virtude da imprescindível necessidade de se ponderar os interesses públicos durante o processo de tomada de decisão. Nesse cenário, cresce a importância da transparência e da participação no procedimento administrativo de tomada de decisão.

No direito administrativo do Estado democrático de direito, o ato administrativo e o contrato administrativo se posicionam como formas alternativas de atuação do Estado; salvo quando a lei expressamente determinar a aplicação de um desses institutos, caberá ao administrador público a escolha dos meios para a consecução do melhor interesse público possível¹⁶. Assim, passa-se a admitir acordos em áreas até então dominadas pelos atos de império, tal qual o direito sancionador.

2.2 Princípios constitucionais que alicerçam a atuação administrativa concertada

Na esteira dos demais ramos do Direito, o Direito Administrativo teve que se adaptar ao fenômeno da constitucionalização¹⁷. A

¹⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

¹⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 25.

¹⁶ LOPES, 2017, p. 386.

¹⁷ Sobre a constitucionalização do direito, Oscar Vilhena discorre: "a constitucionalização transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, numa espécie de compromisso maximizador. Esse processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e por consequência gerou uma explosão da litigiosidade constitucional."

passagem da Constituição para o centro do ordenamento conferiu legitimidade para que as regras e os princípios constitucionais passassem a pautar diretamente a atuação da Administração Pública. Assim, pouco a pouco, a legislação extravagante foi se (re)adequando ao espaço criado pela Carta Maior, que se tornou o cerne da vinculação administrativa à juridicidade¹⁸.

O princípio da juridicidade, conforme ensina Gustavo Binenbojm¹⁹, tem o condão de ampliar o campo da legalidade administrativa para o ordenamento jurídico como um todo. Por meio dele, a atuação administrativa passa a se expressar por normas de diversos graus hierárquicos, como princípios e regras constitucionais, leis formais, atos com força de lei e atos administrativos normativos.

Nesse contexto, a administração pública contemporânea, inserida no âmbito de uma sociedade democrática, complexa e multifacetária, atrai para si a função de mediadora de conflitos que envolvem interesses estatais, coletivos e privados²⁰. Para tanto, passa a reclamar por um diálogo institucionalizado entre o poder público e os particulares, bem como entre os diversos atores do aparato administrativo (concertação interorgânica), caracterizando um novo estilo de administração, participativo, concertado e flexível, marcado fundamentalmente pela noção de consensualidade²¹.

É por meio do princípio democrático que o fenômeno do consensualismo na administração pública contemporânea se

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 166.

¹⁸ Sobre essa passagem, Juliano Heinen complementa: "Em 1988, com a edição do texto constitucional atualmente vigente, percebeu-se uma revolução nas fontes primárias do direito administrativo. Especialmente porque, antes dela, tal ramo do direito estava vocacionado a retirar sua base jurídica prioritariamente das normas infraconstitucionais – não que as Constituições Federais não tinham um papel fundamental. O que se quer dizer é que a legislação extravagante tinha um papel mais protagonista".

HEINEN, Juliano. **Curso de direito administrativo.** Salvador: Juspodym, 2020. p.101-102.

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 13, mar./maio 2008. p. 14-15.

²⁰ LOPES, 2017, p. 387.

²¹ BITENCOURT NETO, Eurico. Administração pública concertada. *In*: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico (org.). **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública.** Lisboa: ICJO/CIDP, 2018, v. 1. p. 16.

fundamenta. Moreira Neto²² avalia o princípio da cidadania como corolário do princípio democrático, elucidando que aquele se desdobra no princípio da participação, no qual os indivíduos são estimulados a tomarem parte nas decisões coletivas. Seguindo essa linha, Gustavo Justino e Cristiane Scwanka esclarecem que a função estatal de mediação emana da propagação do ideal democrático para além do quadrante político, resultando na busca de legitimação do poder estatal por meio da "democratização da democracia"²³.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, se referindo ao processo de constitucionalização acima mencionado, relembra a importância de se conjugar o estudo do direito administrativo com a cláusula do Estado Democrático de Direito²⁴. Nesse ponto, ressalta que enquanto no Estado de Direito a administração estava vinculada apenas ao princípio da legalidade estrita, no Estado Democrático de Direito a gestão pública deve ser pautada por uma legitimidade reforçada, além de dever respeito à lei e à constituição²⁵.

Onofre Alves Batista Junior²⁶ considera que a origem democrática do poder não é fator suficiente para conferir legitimidade, *de per si*, para a atuação administrativa. Entende que os instrumentos consensuais, por apresentarem menor custo e maior aceitação, encontrariam amparo, também, no princípio da eficiência.

Na mesma linha, Alexandre Santos de Aragão afirma que, ao menos virtualmente, as medidas consensuais se mostram mais eficientes do que as adotadas de maneira unilateral e coercitiva, eis que a utilização das mesmas se mostra mais eficaz na prática²⁷.

²² Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense GEN, 2014.

²³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009. p. 305.

²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo.** 4. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 50-54.

²⁵ Cf. ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação.** São Paulo: Malheiros, 2021. p. 22-23.

²⁶ BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 30.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, n. 167, jul./set. 2005.

De todo o apanhado feito até então, denota-se que o princípio da consensualidade constitui princípio constitucional implícito, decorrente do princípio da democracia – art. 1º da CF/88-, encontrando amparo também no princípio da eficiência – art. 37, *caput*, da CF/88. O fenômeno da consensualidade, para a administração como um todo, ressai da juridicidade e da necessidade, buscando conferir legitimidade reforçada à atuação administrativa.

2.3 Atuação consensual e direito sancionador

Thiago Marrara apresenta interessante distinção entre os termos consensualização, consenso e consensualidade²⁸. O primeiro seria o fenômeno de construção de instrumentos aptos a viabilizar o consenso – trata-se, portanto, do procedimento. Já os dois últimos são resultado da consensualização. O consenso é definido como consentimento recíproco, e a consensualidade indicaria o grau, maior ou menor, de consenso.

No âmbito do direito sancionador, muitos foram os obstáculos suscitados para a atuação consensual da Administração Pública. O principal deles consistiu na invocação dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público constituem construção teórica que objetiva sistematizar os institutos, normas e práticas do regime jurídico-administrativo. Portanto, tais princípios não contam com previsão normativa expressa²⁹.

No Brasil, a doutrina administrativista tradicional³⁰ conceitua o interesse público primário³¹ como o interesse comum dos indivíduos que integram a sociedade³². No regime jurídico

²⁸ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: Modalidades, regime jurídico e problemas emeregentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

²⁹ Cf. PALMA, 2015, p. 166-188.

³⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles, dentre outros.

³¹ Cf. ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano.** Milano: Giuffré, 1960.

³² Para uma acepção mais precisa do instituto, observa-se que "o interesse primário tem

administrativo, os interesses públicos prevaleceriam sobre os individuais e não estariam à disposição de quem quer que seja. Assim, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado estaria implícito no texto constitucional, que prevê prerrogativas para a Administração Pública, entre elas o poderdever de aplicação de sanções, bem como limitações aos direitos individuais fundamentais em prol de interesses da coletividade.

Por outro lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público seria decorrência lógica da imperatividade estatal. Juliana Bonacorsi de Palma³³ esclarece os múltiplos conceitos doutrinários atribuídos ao princípio da indisponibilidade do interesse público, que poderiam ser abarcados em quatro categorias:

- a. indisponibilidade da finalidade legal;
- b. indisponibilidade do dever de agir da Administração;
- c. indisponibilidade de bens e serviços públicos;
- d. indisponibilidade das competências administrativas (entre elas, as prerrogativas públicas).

Fato é que, com a constitucionalização do Direito Administrativo e a partir do trabalho de Humberto Bergmann Ávila³⁴, iniciaram-se, no Brasil, os estudos doutrinários de verdadeira desconstrução do princípio da supremacia e, consequentemente, da indisponibilidade do interesse público.

Juliano Heinen entende que o destacado papel atribuído aos direitos fundamentais pela constituição de 1988, bem como a estrutura maleável dos princípios constitucionais, inviabilizam a determinação apriorística de uma regra absoluta de precedência do interesse coletivo sobre o individual³⁵. O texto constitucional reconhece e tutela interesses privados e coletivos de maneira

relação com a própria compreensão do sentido do Estado no mundo. Desdobra-se, em última análise, como sendo o principal objetivo a ser alcançado pela administração pública, sintetizando-se nos fins que cabe a ela promover: justiça, segurança e bem estar social". HEINEN, Juliano; TRIACA, Lorenzo. **Direito administrativo contado**: como a arte pode ensinar o direito administrativo. Porto Alegre: FMP Editora, 2022. p. 68.

³³ PALMA, 2015, p. 177.

³⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n. 7, out. 2011.

³⁵ HEINEN, Juliano. **Interesse público**: premissas teórico-dogmáticas e propostas de fixação de cânones interpretativos. Salvador: Juspodvm, 2019. p. 79.

semelhante, tratando-os como metas ou diretrizes para a Administração Pública³⁶. Dessa forma, cabe ao legislador e à Administração Pública ponderar os interesses em jogo, buscando a concretização de cada direito em um grau tanto maior quanto possível.

De acordo com o mencionado paradigma da atuação administrativa constitucional, o princípio da indisponibilidade do interesse público não seria obstáculo à consensualidade administrativa, na medida em que essa representaria mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto. Assim, ao adotar os instrumentos de consenso, o administrador não estaria dispondo do interesse público, e sim perseguindo-o por um meio diverso do ato administrativo unilateral e imperativo³⁷.

As objeções relativas à adoção de instrumentos de consenso no direito sancionador foram superadas pelo Direito Administrativo brasileiro, notadamente após a edição da Lei 12.529/2011 (Acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica); da Lei 12.846/2013 (Acordos de leniência em atos contra a Administração Pública); da Lei 12.850/2013 (Colaboração premiada); e, mais recentemente, da Lei 13.655/18 (Nova LINDB).

O Estado brasileiro, na esteira dos demais países signatários de convenções internacionais de combate à corrupção, optou por adotar uma política de viés utilitarista, celebrando acordos com alguns infratores, dispostos a colaborar, para evitar a impunidade de grande escala, oculta diante da complexidade dos delitos³⁸.

Thiago Marrara descreve que o incremento das garantias processuais conferidas aos cidadãos, bem como o maior grau de complexidade das infrações atualmente praticadas, acabaram por diminuir a probabilidade de sucesso dos processos administrativos acusatórios, aumentando sobremaneira os custos operacionais

³⁶ Cf. MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 38-43.

³⁷ PALMA, 2015, p. 170

³⁸ Nesse sentido, Federico Cameo, citado por Heraldo Garcia Vitta, entende que "O afrouxamento ou mitigação do princípio da legalidade existe para o atendimento do interesse público, visto que se exige uma atuação mais rápida, eficaz e, sobretudo, mais intensa da administração, sendo insuficiente, nesse caso, a supremacia geral do Estado." CAMMEO, Federico. Corso di diritto amministrativo. Firenze: Cedam, 1960 *apud* VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 66.

das tarefas processuais do Estado³⁹. Em face de tal realidade, os Estados tiveram que optar entre negociar e punir – efetivamente - com base em processos administrativos fortemente instruídos, valendo-se, para tanto, da colaboração do infrator; ou não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da falta de fontes de prova nos processos acusatórios baseados em técnicas de instrução muito morosas ou não-conclusivas.

Com isso, observa-se que desde 2011, a utilização de meios consensuais se tornou uma realidade (tal qual uma necessidade) no Direito sancionador brasileiro, por expressa opção legislativa e com fundamento na reinterpretação de institutos do Direito Administrativo, a partir do processo de sua constitucionalização.

2.4 A nova LINDB e o novo modelo de previsão normativa adotado pela administração pública concertada

Como bem se salientou anteriormente, a concertação administrativa é balizada pelos princípios constitucionais que regem a atuação do Estado – dando-se destaque ao da legalidade. Contudo, com a entrada em vigor da Lei nº 13.655/18, que alterou substancialmente uma série de dispositivos contidos no Decreto-Lei 4.657/46 – doravante, nova LINDB -, verificou-se uma mudança no modelo de interpretação e aplicação do direito administrativo no que tange aos atos que reclamam por uma menor verticalidade⁴⁰.

Antes de 2018, o direito administrativo consensual regia-se por um *modelo de previsão normativa difusa*⁴¹, marcada pela pontualidade de suas prescrições. Isto é: a consensualidade era tratada como exceção, sendo que apenas uma pequena parcela da administração pública, contemplada nas normas que dispõem sobre consensualidade,

³⁹ MARRARA, 2015, p. 511.

⁴⁰ FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela administração pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. *In* VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (coord). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 156-157.

⁴¹ PALMA, 2015, p. 235.

estaria autorizada a proceder de modo concertado, utilizando-se dos meios legalmente previstos para tanto.

No cenário atual, entretanto, o viés de atuação já não é mais o mesmo. Desde a entrada em vigor da nova LINDB, muito por conta das disposições contidas em seu artigo 26, o direito administrativo consensual no Brasil passou a aderir ao *modelo de previsão normativa por permissivo genérico*⁴². Nesse sistema, a administração pública acaba se valendo de uma norma autorizativa genérica para a celebração de acordos, sem prejuízo de normas especiais que disponham mais especificamente sobre a dinâmica da atuação consensual. Como consequência, os gestores públicos estariam todos, *a priori*, legitimados a celebrar acordos administrativos, independentemente da existência - ou não - de previsão em norma específica.

O referido artigo não define que situações são passíveis de celebração de compromisso por parte das autoridades administrativas - deixando seu âmbito de aplicação um tanto quanto alargado⁴³. A preocupação residiu no cumprimento de algumas condições para que a conduta ocorra regularmente, a saber:

- a. oitiva do órgão jurídico;
- b. opção de realização de consulta pública;
- c. razões de relevante interesse geral;
- d. observância da legislação aplicável;
- e. validade somente a partir da publicação oficial.
- f. E sobre o compromisso propriamente dito, o mesmo deverá:
- g. buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
- não conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

⁴² PALMA, 2015, p. 235-236.

⁴³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. O compromisso do artigo 26 da LINDB e a sua celebração no âmbito das câmaras administrativas de prevenção e de solução de conflitos. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 73-89, p. 78.

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

Assim, tem-se que qualquer prerrogativa pública pode ser objeto de pactuação, eis que não há objeto interditado pelo compromisso legal. Outrossim, é curioso notar que a nova LINDB não se utilizou da expressão "interesse público"⁴⁴ em nenhum de seus artigos. Por tratar de legislação que foca integralmente nas atividades da administração pública e na sua relação com os órgãos controladores, era esperado que fosse lançada mão da expressão ao longo do seu texto, o que possivelmente não foi feito para tentar contornar toda uma discussão acerca do seu sentido, alcance e âmbitos de aplicação.

De certa forma, o texto normativo estrutura aquilo que as normas esparsas já disciplinaram anteriormente. Nada obstante, o art. 26 da LINDB alcança especial relevância por superar a dúvida jurídica sobre o permissivo genérico para a Administração Pública transacionar⁴⁵. De modo claro e contundente, autorizouse a autoridade administrativa a celebrar acordos e firmar compromissos⁴⁶.

⁴⁴ Sobre o tema, ver:
HAEBERLIN, Mártin. **Uma teoria do interesse público**: fundamentos do Estado meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
HEINEN; TRIACA, 2022, p. 44-56.
ALESSI, 1960.
HEINEN. 2019.

⁴⁵ Nessa linha, Thiago Priess Valiati e Pedro Henrique Ferreira consideram que "A normatividade dada pela LINDB é mais robusta, de maior alcance, de forma a superar de vez o paradigma vigente onde se tinha uma Administração Pública não igualitária, autoritária ou indisponível, em razão de um indeterminado 'interesse público'".

VALIATI, Thiago Priess; FERREIRA, Pedro Henrique. LINDB, consensualidade e seus impactos na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n° 14.133/21). *In* MAFFINI,

na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n° 14.133/21). *In* MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 91-108. p. 94.

⁴⁶ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n° 13.655/18), nov. 2018, p. 135-169.

2.5 Consenso e Improbidade Administrativa: o caminho trilhado até a regulamentação do Acordo de Não Persecução Civil

O presente trabalho iniciou tratando da evolução do direito administrativo e da revisão de alguns dos seus pilares. Verificouse que a conciliação, ao menos no aspecto de solução de conflitos, encontrava forte resistência, sustentada na autoridade outorgada à Administração Pública, que dela não poderia abdicar em razão do dogma da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. Além disso, as prerrogativas atribuídas à Administração seriam incompatíveis com a horizontalidade advinda da aplicação de mecanismos concertados. Nada obstante, conforme demonstrado, esses mitos perderam força, notadamente nos últimos anos, o que possibilitou o ingresso da Administração Pública no campo das práticas resolutivas não (tão) autoritárias.

O comportamento demasiadamente imperativo do estado foi o que motivou a vedação à solução consensual no âmbito da improbidade. O antigo teor do §1° do art. 17 da Lei 8.429/92 era claro e expressivo ao vedar qualquer forma de transação, acordo ou conciliação nas ações envolvendo improbidade administrativa. Esse dispositivo, no entanto, foi revogado pela Medida Provisória n. 703/15, cujo prazo de vigência foi encerrado, de modo que a vedação legal acabou mantida.

Entretanto, enquanto pairava insistente controvérsia a respeito da consensualização no âmbito da administração pública, o Ministério Público, há décadas, já estava autorizado a celebrar acordos em forma de TACs (Termos de Ajustamento de Conduta). Apesar da vedação contida na Lei 8.429/92, o ente ministerial, utilizando das disposições de outros diplomas normativos, sobretudo com as novidades introduzidas pela Lei 12.846/13 (que trata do acordo de leniência), permitiu-se aplicar instrumentos de atuação concertada no âmbito das ações de improbidade, amparado na Resolução CNMP n. 179/2017, que regulamenta o art. 5°, §6° da Lei 7.347/85⁴⁷.

⁴⁷ CARDOSO, Raphael de Matos. Acordo de não persecução cível: limites e condições. **Boletim Cientifico ESMPU**, Brasília, v. 20, n. 56, jan./jun. 2021, p. 320.

A controvérsia a respeito da aplicação de mecanismos negociais nas ações de improbidade administrativa foi parcialmente resolvida somente no fim de 2019,. Com a entrada em vigor do pacote anticrime, destinado a aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, foram introduzidas alterações no art. 17 da antiga redação da Lei 8.429/92, admitindo-se, a partir de então, a celebração⁴⁸ do acordo de não persecução civil nas ações reguladas por aquela lei.

Ainda que as alterações tenham constituído importante avanço no campo da consensualidade administrativa, restou pendente, ainda, a solução de um problema de primeira necessidade, referente a aplicabilidade do instituto já positivado. Assim, com o veto de todos os dispositivos que disciplinavam minimamente o novel acordo de persecução civil, a alternativa consensual no âmbito das ações de improbidade acabou por ficar órfã de qualquer regulamentação.

Contudo, a entrada em vigor da Lei 14.230/21 veio para suprir essa falta, dispondo com maior detalhamento sobre o procedimento para realização do acordo de não persecução civil. Passar-se a tratar do assunto.

2.6 O Acordo de Não Persecução Civil nas ações de Improbidade Administrativa

O Acordo de Não Persecução Civil constitui instrumento de autocomposição no âmbito da improbidade administrativa, uma espécie de *pactum de não petendo*, que, a rigor, atinge tanto questões de direito material quanto de direito processual⁴⁹. Em tais

⁴⁸ Tanto pelo ministério público, quanto pela pessoa jurídica interessada.

⁴⁹ Nesse sentido, dispõe Antonio do Passo Cabral: "Na prática, o investigador/demandante relativiza ou exclui algumas sanções que, em tese, poderiam ser aplicadas ao investigado/demandado – deixando de propor a ação de improbidade ou de aguardar o trânsito em julgado da eventual condenação do réu – para implementar desde logo o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, sem prejuízo de outras medidas razoáveis que podem ser previstas no acordo para o atendimento do interesse público (artigo 17-B, I e II, da LIA, incluído pela Lei nº 14.230/2021). Sob a ótima do investigado/demandado, a assunção do compromisso de ressarcir o dano ao erário e devolver a vantagem indevida recebida à pessoa jurídica lesada, bem como de cumprir outras medidas eventualmente previstas no acordo, são incentivadas pela certeza do afastamento, ainda que parcial, das sanções previstas na LIA (além da própria não

arranjos, é possível que os envolvidos criem "trocas entre direito material e direito processual, um *trade-off* entre formalidades processuais e benefícios no campo do direito material"⁵⁰.

A principal vantagem do acordo é que, uma vez homologado e cumprido, fica encerrada a ação de improbidade administrativa e extinta a punibilidade do agente pelos atos ali debatidos. A depender do momento em que efetivada sua composição, o acordo possui potência suficiente para evitar medidas constritivas de patrimônio e, em geral, resolver o conflito de maneira bem mais célere.

As referidas medidas, que devem integrar obrigatoriamente o Acordo de Não Persecução Civil, não possuem natureza sancionatória, mas reparatória⁵¹. Com efeito, o legislador não exigiu a previsão obrigatória de sanções no acordo, o que abre caminho para o afastamento integral das sanções ou, eventualmente, para definição das sanções que sejam proporcionais no caso concreto.

Assim, respeitado o conteúdo reparatório obrigatório, o órgão ministerial – ao menos em relação aos termos expressamente previstos em lei - tem discricionariedade para definir o conteúdo do acordo juntamente com o acusado⁵², observando-se o princípio da proporcionalidade e os parâmetros fixados no § 2º do art. 17-B da LIA, quais sejam:

judicialização da ação de improbidade)".

CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 305, jul.2020, p. 17-43.

50 CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 2: maio/ago. 2021, p. 87-88.

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 279, maio 2018, p. 41-42.

51 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 247-250. No mesmo sentido:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **AgRg no Agravo de Instrumento n° 1.378.210-SP**. Relator: Min. Herman Benjamin, 14 abril
de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/
documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14374123&num_
registro=201100004341&data=20110425&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 23 out. 2023.

52 MAZZOLA, Marcelo; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Sanções premiais e o acordo de não persecução civil. **Revista Consultor Jurídico.** São Paulo: Conjur, maio 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-30/mazzolae-oliveira-sancoes-premiais-anpc#_ftn10. Acesso em: 26/09/2022.

- a. a personalidade do agente;
- b. a natureza do ato;
- c. as circunstâncias de seu cometimento;
- d. a gravidade;
- e. a repercussão social do ato de improbidade;
- f. as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

Ademais, apesar da discricionariedade para tratar do mérito, o §1° do mesmo artigo também traz alguns requisitos procedimentais indispensáveis para a celebração do acordo - que vão de encontro com alguns dos requisitos reclamados pelo art. 26 da LINDB -, senão vejamos:

- a. da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação
- b. de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;
- c. de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

Como muito repisado anteriormente, o Acordo de Não Persecução Civil, na linha das demais alternativas consensuais que estão à disposição da administração pública, não compromete de maneira alguma a satisfação do interesse público⁵³. Isso porque a juridicidade que reveste o instituto acaba por (re)adequar⁵⁴ as expectativas que o estado ordenador⁵⁵ - agora concertado - tem

⁵³ Tratando do interesse público a ser tutelado pela administração pública, Juliana de Palma é enfática ao considerar que "o fim da atuação administrativa, qualquer que seja sua natureza, é satisfazer as finalidades públicas a que esteja adstrita, e não impor medidas restritivas ao particular faltoso". PALMA, 2015, p.300.

⁵⁴ Por meio dos negócios jurídicos estipulados no Acordo de Não Persecução Civil, o poder público visa estimular a prática de comportamentos não obrigatórios, mas desejáveis – por exemplo: a denúncia de irregularidades, o cumprimento antecipado de alguma obrigação, etc. A mesma lógica, portanto, das sanções premiais. Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 23-32.

⁵⁵ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo ordenador. São Paulo: Malheiros, 2003.

em relação ao deslinde da ação de improbidade administrativa – deixando para trás uma estrutura meramente penalizante e verticalizada para buscar nesse novo paradigma uma função aos instrumentos consensuais, visando sobretudo a eficiência e a promoção do bem comum.

2.7 A ADI 7.042-DF e a legitimidade das advocacias públicas para transacionar em ações de improbidade

Em dezembro de 2021, a Associação Nacional dos Procuradores do Estado e do Distrito Federal ingressou com ação direta de inconstitucionalidade (ADI 7.042) questionando, dentre outras, as alterações promovidas pela Lei 14.230/21 no tocante a legitimidade dos entes lesados para propor ações de improbidade administrativa. O cerne da questão gravitava sobre a mudança na redação do art. 17 e 17-B da Lei 8.429/92, que previa legitimidade concorrente do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada para ingressar com a ação de improbidade administrativa. Com a nova redação, o procedimento não foi alterado, porém a legitimidade, antes concorrente e disjuntiva, passou a ser exclusiva do ente ministerial.

Para a associação, a alteração da lei acabou por usurpar da União, dos Estados e dos Municípios a principal ferramenta que dispunham para buscar o ressarcimento ao erário do dano causado pelo agente ímprobo. Mais do que isso, latente eram os efeitos contidos nessa mudança, que subtraíram da advocacia pública parte essencial da função de defesa do cidadão e dos entes federados.

Com o mesmo furor, questionou-se também a constitucionalidade do art. 17-B da Lei 8.429/92, cuja redação foi inserida Lei 14.230/21. Tal dispositivo acabará por desarmar de forma mais contundente ainda o ente público lesado, retirando-lhe, se já não bastasse a legitimidade originária, também o poder de transacionar por meio de Acordo de Não Persecução Civil.

Assim, a entidade postulatória trouxe argumentos defendendo a participação do ente público vitimado nas negociações dos acordos, sobretudo porquê, no fim das contas, é ele quem poderá

melhor mensurar os prejuízos causados. Relembrou, ainda, como muito bem delineado no presente trabalho, que os acordos de persecução civil constituem importante instrumento de solução extrajudicial dos conflitos no âmbito da administração pública, inexistindo qualquer razão jurídica apta a tolher seu âmbito de aplicação, eis que representam verdadeira ferramenta para a promoção do princípio da eficiência – e do interesse público.

Analisando a questão, o Ministro Alexandre de Moraes, relator da ADI 7.042, julgada em conjunto com a ADI 7.043, de mesmo teor, entendeu que o art. 129, §1° da Constituição Federal dispõe, expressamente, que a legitimação do Ministério Público não impede a de terceiros interessados, nas mesmas hipóteses. Segundo o Ministro, apesar da norma constitucional em questão conferir certa margem de conformação ao legislador infraconstitucional, que poderá vir a legislar, ou não, acerca da regulamentação necessária para a efetiva legitimação dos terceiros, isso não significa, em absoluto, a inexistência de um dever de coerência e racionalidade nesse exercício.

Sem mais delongas, reconhecendo que o combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do poder público deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados, o Ministro considerou que a supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas na propositura de ações de improbidade administrativa pode representar grave limitação ao amplo acesso à jurisdição (art. 5°, XXXV, CF/88), com ferimento ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF/88) e, no limite, obstáculo ao exercício da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para zelar pela guarda da Constituição e conservar o patrimônio público (art. 23, I, CF/88).

Seu voto, em relação ao ponto que interessa para o presente trabalho, foi prolatado no sentido de declarar a inconstitucionalidade parcial do "caput" dos artigos 17 e 17-B da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/2021, nas partes que mencionam apenas o Ministério Público, passando a interpretar os dispositivos de forma a conferir legitimidade ativa concorrente disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas na propositura de ações por atos de

improbidade administrativa, bem como na celebração de acordos de não persecução civil.

Analisando a decisão prolatada pelo Ministro, observa-se que a postura institucional da suprema corte se direcionou no sentido de prestigiar os avanços alcançados por meio dos institutos consensuais aplicáveis ao direito público. A disposição de mecanismos concertados ao poder público não se trata de um privilégio, mas de uma necessidade para que se possa implementar o interesse público ao caso concreto de forma mais eficiente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como escopo analisar a evolução do fenômeno da consensualidade inserida no arranjo de um Estado de Direito, por vezes mais autoritário e vertical, por outras mais participativo e horizontal. Verificou-se que o Estado Liberal Burguês, fundado na legalidade e na proteção aos direitos fundamentais de primeira dimensão, não se furtou do poder de adequar o interesse público as suas próprias aspirações, manifestando, assim, todo seu viés autoritário por meio de atos administrativos unilaterais.

Felizmente, tal cenário não perdurou por tanto tempo. Os efeitos sociais percebidos com o avanço da revolução industrial que se instaurava no início do século XX deram azo à eclosão do Estado Social, tornando a administração pública cada vez mais atuante sobre a vida do particular, de modo cooperativo.

Com o incremento da tecnologia, notadamente dos meios de comunicação, ergueram-se as chamas de uma sociedade plural, que já não mais se contentava em exercer sua democracia indiretamente por meio de representação – o administrado, individualmente considerado, precisava protagonizar o debate público em todas as instâncias. A remodelagem dos conceitos, assim, acaba sendo percebida tanto na esfera de atuação unilateral quanto na de atuação prestacional, em virtude da imprescindível necessidade de se ponderar os interesses públicos durante o processo de tomada de decisão.

No Brasil, a vinda da Constituição Federal de 1988, posicionada ao centro do ordenamento, conferiu legitimidade para que regras e princípios constitucionais passassem a pautar diretamente a atuação da Administração Pública. A legislação extravagante já não se encontrava mais à míngua de um balizador comum, eis que o incremento da carta maior fez surgir o cerne da vinculação administrativa ao princípio da juridicidade.

A administração pública contemporânea, com isso, atraiu para si a função de mediadora de conflitos que envolvem interesses estatais, coletivos e privados. Para tanto, teve de reclamar pela criação de um espaço de debate institucionalizado entre o poder público e os particulares, caracterizando um novo estilo de administração, marcado fundamentalmente pela noção de consensualidade.

Apesar dos avanços trilhados, nem todo o caminho foi cercado por rosas. No âmbito do direito administrativo sancionador, muitos foram os obstáculos suscitados para a atuação consensual da administração pública, especialmente quando estava a se tratar do sentido e do alcance do conceito de interesse público, de sua supremacia (ou não) em face do interesse particular, bem como em relação a sua (in)disponibilidade.

Todavia, tais embaraços não foram suficientes para conter o processo de desconstrução daquilo que tradicionalmente se entendia sobre o tema. De acordo com o novo paradigma da atuação administrativa consensual, o princípio da indisponibilidade do interesse público não criaria barreiras à aplicação de institutos de atuação concertada, na medida em que estes representariam mero instrumento para alcançar o verdadeiro interesse público, a ser verificado no caso em concreto.

Nesse cenário, a entrada em vigor da Lei 13.655/18, que alterou substancialmente uma série de dispositivos contidos na LINDB, veio para sedimentar definitivamente a nova linha de interpretação do agir administrativo consensualizado. O viés de atuação da administração pública, antes calcado por um modelo de previsão normativa difusa, passou a aderir a um modelo de previsão normativa por permissivo genérico, contido no art. 26 da nova LINDB. Assim, se antes a administração pública consensual tinha seu campo de laboração previamente destacado por meio

de dispositivos legais específicos, agora o que se tem é uma norma que autoriza genericamente a celebração de acordos - legitimando, assim, a celebração de acordos pelos gestores públicos, ainda que diante de uma situação não plenamente esmiuçada em lei.

Bem fixadas as premissas relacionadas ao incremento do viés de atuação consensual que permeou o âmago da administração pública, passou-se a analisar a evolução do corpo de leis comprometidas a dar maior ou menor sustentação a realização de acordos em sede de ações de improbidade administrativa. Após um rápido apanhado histórico, verificou-se que a entrada em vigor da Lei 14.230/21 se prestou a suprir a falta de regulamentação necessária para a plena consolidação da utilização de acordos de não persecução civil nas de ações de improbidade administrativa.

O que ficou mal acertado na legislação, contudo, foi a questão referente à legitimidade para a propositura de tais acordos. O retrocesso verificado pela entrada em vigor da legislação positivada tornou necessário o ajuizamento de não só uma, mas duas ações declaratórias de inconstitucionalidade - ADIs 7042 e 7043.

Analisando a questão, o relator das ADIs, Ministro Alexandre de Moraes, proferiuvotono sentido de declarara inconstitucionalidade das mudanças verificadas nos artigos 17, "caput" e 17-B, "caput". Percebe-se que em seu voto o ministro acabou sendo fiel aos limites da legalidade e, sobretudo, da juridicidade. Não tratou do tema como mera questão de competência a ser analisada isoladamente. Não. O que fez foi vestir o manto do (não tão) novo paradigma de atuação concertada que reveste todo o corpo da administração pública contemporânea.

A decisão do Ministro, referendada pela maioria dos seus pares, não serviu somente para afastar uma patente irregularidade prevista na nova lei, ela também demonstrou um reconhecimento de toda a evolução do instituto da consensualidade. Mais do que um caráter puramente prático, a decisão prolatada nas ADIs carregou consigo um efeito simbólico, de barrar qualquer tipo de retrocesso nesse campo do direito público. O viés consensual segue sendo importante vetor interpretativo ao direito.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano.** Milano: Giuffré, 1960.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, n. 167, jul./set. 2005.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação.** São Paulo: Malheiros, 2021.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n. 7, out. 2011.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização:** ambiente e direito no limiar da vida. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 13, mar./maio 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. Administração pública concertada. *In*: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico (org.). **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública.** Lisboa: ICJO/CIDP, 2018, v. 1. p. 10-44.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica:** direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 39.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **AgRg no Agravo de Instrumento n° 1.378.210-SP**. Relator: Min. Herman Benjamin, 14 abril de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14374123&num_registro=201100004341&data=20110425&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 23 out. 2023.

CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 305, jul.2020, p. 17-43.

CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 2: maio/ago. 2021, p. 87-88.

CAMMEO, Federico. **Corso di diritto amministrativo**. Firenze: Cedam, 1960.

CARDOSO, Raphael de Matos. Acordo de não persecução cível: limites e condições. **Boletim Cientifico ESMPU**, Brasília, v. 20, n. 56, jan./jun. 2021, p. 320.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. O compromisso do artigo 26 da LINDB e a sua celebração no âmbito das câmaras administrativas de prevenção e de solução de conflitos. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 73-89.

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 279, maio 2018, p. 41-42.

FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela administração pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. *In* VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (coord). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da administração pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n° 13.655/18), nov. 2018, p. 135-169.

HAEBERLIN, Mártin. **Uma teoria do interesse público**: fundamentos do Estado meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017

HEINEN, Juliano. **Curso de direito administrativo.** Salvador: Juspodvm, 2020.

HEINEN, Juliano. **Interesse público**: premissas teórico-dogmáticas e propostas de fixação de cânones interpretativos. Salvador: Juspodvm, 2019.

HEINEN, Juliano; TRIACA, Lorenzo. **Direito administrativo contado**: como a arte pode ensinar o direito administrativo. Porto Alegre: FMP Editora, 2022.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 274, dez. 2017, p. 383-407.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: Modalidades, regime jurídico e problemas emeregentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

MAZZOLA, Marcelo; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Sanções premiais e o acordo de não persecução civil. **Revista Consultor Jurídico.** São Paulo: Conjur, maio 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-30/mazzolae-oliveira-sancoes-premiais-anpc#_ftn10. Acesso em: 26/09/2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense GEN, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo.** 4. ed. São Paulo: Método, 2016.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PAREJO AFONSO, Luciano. **Lecciones de derecho administrativo**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución.** Madrid: Revista de derecho privado, 1927.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Almedina, 1998.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito** administrativo geral. t. 1. 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador.** São Paulo: Malheiros, 2003.

VALIATI, Thiago Priess; FERREIRA, Pedro Henrique. LINDB, consensualidade e seus impactos na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n° 14.133/21). *In* MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 91-108.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TELETRABALHO: A EVOLUÇÃO NAS RELAÇÕES LABORAIS E O AVANÇO DA REGULAMENTAÇÃO EM ÂMBITO FEDERAL E MUNICIPAL

TELEWORKING: THE EVOLUTION IN LABOR RELATIONS AND THE PROGRESS OF REGULATION IN FEDERAL AND MUNICIPAL LEVELS

Lucas Barbieri Lourenço¹

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar o fenômeno do teletrabalho, desde seu surgimento até a apresentação de seus conceitos e modalidades, traçando uma linhagem histórica sobre a modificação do trabalho ao longo do tempo e alcançando as atuais regulamentações sobre a matéria. Também serão tratadas as vantagens e desvantagens do trabalho remoto em 3 (três) aspectos: empregado, empresa e sociedade. O estudo pretende mergulhar na doutrina existente sobre o tema e, principalmente, no que prevê a legislação pátria. Nesse mesmo contexto, a pesquisa analisa as modificações ocorridas desde o início de uma regulamentação do instituto pela Lei n.º 12.551/2011, equiparando os meios telemáticos e informatizados de comando e controle aos meios pessoais e diretos de supervisão, passando pelo advento da Reforma Trabalhista, Lei n.º 13.467/17, que disciplinou mais detalhadamente a matéria. Igualmente, serão analisadas as recentes e consideráveis modificações geradas pela

¹ Advogado. Graduado em Direito pela UNIRITTER. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Seguridade Social pela FEMARGS. Residente Jurídico na Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre.

Medida Provisória n.º 1.108, convertida na Lei n.º 14.442/2022. Por fim, será estudado o que dispõe a legislação municipal de Porto Alegre a respeito do tema a partir da análise do Decreto n.º 21.143/2021.

Palavras-chave: teletrabalho; tecnologia; evolução da legislação; regulamentação; Lei n.º 14.442/2022; Decreto n.º 21.143/2021.

Abstract: This article presented here aims to analyze the phenomenon of telework since the beginning until the presentation of its concepts and modalities, drawing a historical lineage about the changes of labor over time and reaching the current regulations on the matter. The advantages and disadvantages of remote work will also be approached in 3 (three) aspects: employee, company and society. The study intends to deepen into the existing doctrine on the subject and, above all, into the provisions of national legislation. In this same context, the research analyzes the changes that have occurred since the beginning of the regulation of the institute by Law 12.551/2011, which equated the telematic and computerized ways of command and control to the personal and direct means and of supervision, passing through the advent of the Labor Reform, Law 13.467/17, which regulated the matter in a more detail way. The recent and considerable changes genereted by Provisional Measure 1.108, converted into Law 14.442/2022, will also be analyze. Finally, the provisions of Porto Alegre's municipal legislation on the subject will me studied based on the analysis of Decree 21.143/2021.

Keywords: telecommuting; technology; evolution of legislation; labor reform; law 14.442/2022; Decree 21.143/2021.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará da forma de prestação de serviços intitulada de teletrabalho, também denominado trabalho remoto. Com a evolução dos meios de comunicação, o trabalhado passou a ser realizado fora das dependências da empresa. Na atual era da Revolução da Informação, o próprio domicílio do empregado, seu carro, táxi, metrô podem ser considerados locais de trabalho, fazendo com que as atividades econômicas se distanciem do modelo convencional de organização de trabalhadores, que ocorre, mormente, na sede da empresa.

O teletrabalho nasce do avanço das tecnologias de informação e comunicação (TICs), conjugado aos movimentos globalizatórios

e integracionistas, como modalidade de trabalho a distância, que se diferencia pelo uso de meios telemáticos e informatizados, tanto na execução quanto na transmissão de tarefas, quanto na supervisão e controle realizado pelo empregador ou órgão.

As modalidades de teletrabalho podem ser divididas em 2 (dois) grandes grupos, quais sejam: o local de onde se presta o serviço e o grau de conexão, cada um com suas próprias características ligadas à empresa, teletrabalhador e sociedade. Em relação ao local de trabalho, exemplificam-se os realizados em telecottages, telecentros, em domicílio ou móvel. Quanto ao grau de conexão, pode ocorrer no formato on-line, one way line ou off-line.

O artigo 6°, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), alterado pela Lei n.º 12.551, de 15 de dezembro de 2011, equiparou o trabalhador a distância aos empregados tradicionais, garantindo-lhe os mesmos direitos que a estes são resguardados. Abordar-se-á, também, a Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada Reforma Trabalhista, que regulou o teletrabalho em âmbito nacional a partir da implementação do Capítulo II-A na CLT, com o acréscimo dos artigos 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E.

No mesmo sentido, serão estudadas as relevantes modificações do texto legal na disciplina do teletrabalho promovidas pela Medida Provisória n.º 1.108, posteriormente convertida na Lei n.º 14.442/2022. Ademais, será analisado o que dispõe a legislação municipal da cidade de Porto Alegre a respeito do tema a partir do Decreto n.º 21.143/2021.

Gize-se que o trabalho resulta de ampla pesquisa bibliográfica por meio de consultas a livros, revistas, artigos de periódicos, textos disponibilizados na internet, doutrina, legislação, entre outros.

2. A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O SURGIMENTO DO TELETRABALHO

Para entender a figura do teletrabalho é necessário explicar como o trabalho em si se modificou ao longo do tempo relativamente a sua estrutura, visualizando, para isso, determinados marcos históricos. Conforme as lições de Miguel Reale, o direito é um

fenômeno dinâmico e, haja vista seu caráter social, não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela².

A primeira etapa foi a do trabalho artesanal, onde o trabalho e a vida coincidiam pelo fato de que os trabalhadores eram os próprios membros da família e tinham na figura patriarcal o chefe da empresa. Existiam muitas oficinas, separadas entre si e sem interação, onde em uma se faziam vasos, noutra objetos de metais, praticamente como microempresas. Destaca-se nessa época da história a existência de um mercado pouco desenvolvido, com um sistema de trocas e atividades concentradas em um mesmo bairro³.

Mariano Enguita comenta que, no período pré-industrial, quando o trabalho tinha seu fim demarcado pela sobrevivência humana e não constituía um fim em si mesmo, era facultado ao trabalhador decidir sobre sua própria atividade do trabalho, no que diz respeito ao "o quê", quando e onde produzir. O trabalho era visto mais como uma necessidade natural e possuía autonomia na produção⁴.

Após milhares de anos, a economia agrícola e artesanal cede lugar ao desenvolvimento industrial como mola propulsora da economia mundial. Isto se deu especialmente por consequência do avanço das técnicas e instrumentos industriais, do desenvolvimento do comércio e da expansão territorial.

A expressão "Revolução Industrial" compreende o conjunto das transformações técnicas, sociais e econômicas que surgiram com a sociedade industrial nos séculos XVIII e XIX na Inglaterra e, posteriormente, irradiou-se para a Europa e Estados Unidos. Da mesma forma, Alice Monteiro de Barros aduz que a Revolução Industrial acarretou mudanças no setor produtivo e, ainda, deu origem à classe operária, transformando as relações sociais⁵.

² REALE, Miguel *apud* SILVA, Wilker Jeymisson Gomes da. Os impactos da evolução tecnológica nos direitos trabalhistas: o descompasso da lei em relação ao fato social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 980, jun. 2017, p. 189.

³ ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Análise juslaboral do teletrabalho**. Curitiba: Camões, 2008. p. 16.

⁴ ENGUITA, Mariano *apud* WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho:** uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005. p. 18.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 51.

Na sequência, entende Amauri Mascaro Nascimento que, entre as conquistas dessa Revolução, a utilização de forças motrizes distintas da força muscular do homem e dos animais foi um dos acontecimentos de maior destaque porque permitiu a evolução do maquinismo⁶.

Dessa forma, o fenômeno da Revolução Industrial teve por importante consequência a afirmação de que os avanços e as inovações tecnológicas são fatores determinantes do desenvolvimento econômico, os quais acarretam mudanças estruturais nas relações do trabalho, com a divisão social e material do trabalho humano. Cita-se como exemplo a máquina a vapor de James Watt, invento que marcou a Revolução Industrial, que realizava o trabalho de milhares de homens, mediante o controle de apenas um indivíduo. A partir desse e de outros marcos históricos, despertou-se a ideia de que a tecnologia é indispensável para o desenvolvimento humano⁷.

Segundo Marcelo Oliveira Rocha, atualmente, junto com o fenômeno da globalização, uma outra grande mudança está em curso, a chamada "Revolução da Informação" ou "sociedade pósindustrial", como resultado do rápido avanço das tecnologias da informática e das telecomunicações, ou seja, a telemática⁸.

O verdadeiro cerne da Revolução da Tecnologia da Informação do século XX está no surgimento do computador, a máquina que veio resolver os problemas da agilização da informação, construído em 1947, projetado por um grupo de engenheiros da Universidade da Pensilvânia nos Estados Unidos e também na invenção do transistor, um componente eletrônico semicondutor com várias funções. Ademais, no auge dessa expansão tecnológica está a internet. Dentre seus benefícios, explana Rocha, destacamse: a troca de informações de forma rápida e conveniente; a disponibilização de várias formas de arquivos e repositórios de

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19.

⁸ ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e Internet:** aspectos das novas tendências das relações de trabalho na "era informatizada". São Paulo: Leud, 2005. p. 139.

informações; a tradução e transferência de dados entre máquinas localizadas em locais quaisquer e a conexão em tempo real⁹.

Manuel Castells, acerca das transformações atuais, disserta que o cerne da transformação que estamos vivendo na revolução atual refere-se às tecnologias da informação, processamento e comunicação. A tecnologia da informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as revoluções industriais sucessivas, do motor a vapor à eletricidade e aos combustíveis fósseis¹⁰.

Com a introdução dessas novas tecnologias, as habilidades, os conhecimentos e as especializações foram efetivamente transferidas para as máquinas, permitindo que o processo de fabricação fosse controlado a distância, com necessidade muito menor de supervisão ou intervenção direta do homem no processo de produção. Dessa forma, ao empresário passou a ser possível o exercício de um controle mais rígido sobre cada aspecto da produção.

Para Denise Fincato, o avanço das tecnologias de informação e comunicação (TICs), conjugado aos movimentos globalizatórios e integracionistas, têm sido apontados como os grandes responsáveis pelo surgimento de uma nova revolução na seara trabalhista, identificada pelo surgimento e solidificação de um fenômeno com repercussões em diversas áreas do saber (inclusive na área jurídica), denominada teletrabalho¹¹.

Sabe-se que o teletrabalho se constitui em modalidade de trabalho surgida da Revolução Informacional com a mescla dos avanços tecnológicos, principalmente informáticos e comunicacionais. Ainda, ressalta Denise Fincato que, apesar de parecer bastante atual, o teletrabalho não se constitui em fenômeno tão recente¹².

⁹ *Ibid.*, p. 140.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol.1. Trad. Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 68.

¹¹ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. *In:* STÜRMER, Gilberto (organizador). Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 45.

¹² Ibid., p. 46.

Também, segundo a autora, ao analisar as origens do teletrabalho, a maioria dos estudos retrocede apenas até a década de 70 do século passado, indicando Jack M. Nilles como seu "criador". Para a autora, o surgimento desse fenômeno possui raízes muito mais profundas, sendo necessário conjugá-lo ao advento da tecnologia¹³.

Nesse sentido, credita-se à figura de Claude Chappe, abade, engenheiro e inventor francês e de seus irmãos a criação do chamado telégrafo ótico no ano de 1793. Esse sistema baseava-se nos pêndulos de um relógio e consistia na instalação de duas hastes com agulhas e números móveis no topo de edificações. A primeira experiência pública foi realizada entre a cidade natal do inventor, Brûlon, e a cidade de Parcé com uma distância de 14 km entre elas.

Ressalta-se que essa técnica foi criada para as causas das guerras revolucionárias europeias, devido a necessidade de possuir uma comunicação mais veloz. O *télégraphe optique Chappe* é considerado o primeiro meio de telecomunicações do mundo e marca o nascimento das telecomunicações, constituindo um dos antepassados da internet¹⁴.

Entretanto, a maior parte dos materiais doutrinários aponta como primeiro vestígio da origem do teletrabalho o ano de 1857, quando J. Edgard Thompson, proprietário da estrada de ferro Penn Railroad, nos Estados Unidos, descobriu que poderia usar o sistema privado do telégrafo de sua empresa para gerenciar divisões remotas, desde que delegasse a elas um controle substancial no uso de equipamentos e mão-de-obra. A organização seguia o fio do telégrafo e a empresa externamente móvel se transformou num complexo de operações descentralizadas¹⁵.

¹³ FINCATO, Denise Pires. **A regulamentação do teletrabalho no Brasil:** indicações para uma contratação minimamente segura. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0365_0396.pdf. Acesso em: 21 jun. 2023.

¹⁴ TÉLÉGRAPHE-CHAPPE.COM. Le télégraphe Chappe et la naissance des télécommunications. Disponível em: http://www.telegraphe-chappe.com/chappe/portail. html. Acesso em: 21 jun. 2023.

¹⁵ ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Análise juslaboral do teletrabalho**. Curitiba: Camões, 2008. p. 17.

WINTER, Vera Regina Loureiro; **Teletrabalho:** uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005. p. 63.

A paternidade do teletrabalho, contudo, é atribuída, como já mencionado, à Jack M. Nilles, um investigador da Aerospace Corporation no sul da Califórnia nos Estados Unidos que desenhava naves espaciais para o Departamento de Defesa e para NASA. No início da década de 70, tempos de crise do petróleo, Nilles lança a ideia de inverter a clássica relação entre o local de trabalho e o trabalhador, trazendo o trabalho até o trabalhador. Surge, então, o termo telecommuting ("telecomutação"), que posteriormente passou a se chamar telework, a partir do livro **The telecommunications: transportation tradeoff: options for tomorrow**, decorrente dos resultados obtidos com a experiência realizada por Jack Nilles¹⁶.

Segundo o professor Manuel Pino Estrada, com os meios de comunicação existentes, há a possibilidade de o empregado laborar em seu próprio domicílio ou até mesmo no carro, trem, entre outros, não precisando mais trabalhar na sede principal da empresa, fazendo com que as atividades econômicas cada vez mais se distanciem do modelo de concentração de trabalhadores no mesmo lugar¹⁷.

Nesse cenário, feita a devida contextualização histórica acerca do desenvolvimento tecnológico e do surgimento do teletrabalho, passa-se ao estudo do conceito desse instituto e de suas características.

2.1 Conceito e modalidades

Primeiramente, infere-se que o teletrabalho é uma atividade proporcionada pela tecnologia e que somente ocorre em virtude desta. A doutrina não é unânime no que tange a sua conceituação. Várias definições acerca de teletrabalho são encontradas, pois se trata de um instituto que, em face dos contínuos avanços tecnológicos, está em permanente evolução, não havendo, assim, um consenso para uma definição universal.

¹⁶ BRAMANTE, Ivani Contini. Teletrabalho: teledireção, telessubordinação e teledisposição. **Revista LTr:** Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 76, n. 4, p. 391-412, abr. 2012, p. 392.

¹⁷ ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho e direito.** Curitiba: Jurua, 2014. p. 25.

No mesmo sentido, Estrada afirma haver muitas definições referentes ao teletrabalho e aponta três elementos que, segundo ele, estão sempre presentes e são interdependentes uns dos outros:

1) A localização ou espaço físico localizado fora da empresa onde se realize a atividade profissional; 2) a utilização das novas tecnologias informáticas e da comunicação; 3) a mudança na organização e realização do trabalho.¹⁸

Outrossim, conforme Daniela Remião, para que haja teletrabalho, é imperativo que sejam utilizados meios informáticos e de telecomunicação capazes de permitir que o trabalhador se mantenha em contato com a empresa, como também que torne possível o exercício do poder de direção do empresário, porque é a utilização das tecnologias informáticas que permite a descentralização da atividade laboral e a diversificação do lugar de trabalho¹⁹.

Já em relação à etimologia do teletrabalho pelo mundo, Alice Monteiro de Barros assim disserta em seu livro, *in verbis*:

De origem etimológica grega, *tele* significa a distância. O teletrabalho é modalidade especial de trabalho a distância; nos EUA utiliza-se o termo *networking, telecommuting, remote working;* nos países de língua portuguesa emprega-se o termo teletrabalho; nos países de idioma francês, *telétravail*; nos países de idioma espanhol *teletrabajo* e nos de idioma italiano *telelavoro.*²⁰

De forma bastante ampla, Manuel Estrada elucida o conceito de teletrabalho, sendo aquele realizado com ou sem subordinação por meio do uso de antigas e novas formas de telecomunicação em virtude de uma relação de trabalho, permitindo a sua execução a distância, prescindindo da presença física do

¹⁸ ESTRADA, Manuel Martín Pino. O teletrabalho transfronteiriço no direito brasileiro e a globalização. **Revista Consultor Jurídico**. 30 dez. 2002. Disponível em: http://www.conjur.com. br/2002-dez-30/teletrabalho_transfronteirico_direito_brasileiro. Acesso em: 21 jun. 2023.

¹⁹ REMIÃO, Daniela Ervis. Análise juslaboral do teletrabalho nos países do Mercosul e União Europeia: e a inevitável discriminação aos teletrabalhadores. *In:* BARZOTTO, Luciane Cardoso (coordenador). **Trabalho e igualdade:** tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 329-331, p. 325.

²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 2016. p. 213.

trabalhador em lugar específico de trabalho, ou seja, podendo ser executada também tanto na internet bidirecional (*e-mail/blogs*), tridimensional (avatares), como na internet superficial, profunda ou escura segundo a sua realidade²¹.

Superadas as especulações doutrinárias a respeito do conceito de teletrabalho, a Lei n.º 13.467 de 13 de julho de 2017 e demais alterações que a sucederam surgiram conceituando e disciplinando esse fenômeno nos artigos 75-B e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Segundo estes, considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação e com a necessidade de prescrição expressa no instrumento de contrato individual de trabalho²².

O teletrabalho é, portanto, a possibilidade de se trabalhar a distância, por meio do uso de equipamentos tecnológicos e de comunicação. Não é necessariamente um trabalho a domicílio e oferece vantagens e desvantagens como qualquer outro, mas que desconhece fronteiras geográficas ou de idiomas e com a tendência mundial de só vir a crescer.

Aponta-se que o teletrabalho e o trabalho a domicílio apresentam as mesmas características de serem formas de trabalho realizadas a distância e com o objetivo de entrega de resultados. Entretanto, tais institutos não podem ser confundidos, tal como ocorre em uma pequena parcela da doutrina.

Disserta Alice Monteiro de Barros que o teletrabalho distingue-se do trabalho a domicílio tradicional não só por implicar, em geral, a realização de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também porque abrange setores diversos como por exemplo: o tratamento, transmissão e acumulação de informação; atividade de investigação; secretariado, consultoria, assistência técnica e gestão de recursos, além da utilização de

²¹ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 11.

²² BRASIL. **Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 21 out. 2023.

novas tecnologias, como informática e telecomunicações, estas afetas ao setor terciário²³.

Adentrando nas vantagens e desvantagens, Denise Fincato escreve que, apesar de existir alguma margem de variação destas na doutrina, há a certeza de três figuras atingidas, quais sejam: o teletrabalhador, a empresa e a sociedade²⁴.

Em relação ao teletrabalhador, dentre as vantagens que são apontadas em seu favor, a principal consiste na flexibilidade de horário capaz de facilitar-lhe a conciliação das atividades profissionais com os encargos familiares. Em consequência, o teletrabalho poderá ser um meio propício à melhora da qualidade de vida do trabalhador, dispondo este de mais tempo livre devido à redução no tempo e gastos com deslocamentos. Ainda, outra vantagem consiste na possibilidade de o teletrabalho se estender a um contingente humano que enfrenta dificuldade de obter emprego formal, atuando como um meio capaz de contribuir para diminuir a desigualdade de oportunidades.

Já quanto às desvantagens para o trabalhador, tem-se a desorientação inicial devido à quebra de paradigma, a dificuldade de atenção na residência, o aumento das despesas com energia, etc. Cita-se, também, como desvantagem a eliminação da carreira e, consequentemente, de qualquer promoção, menores níveis de proteção social, de tutela sindical e administrativa, além de conflitos familiares na hipótese de o trabalhador não conseguir separar o tempo livre do tempo de trabalho.

Pela análise da figura da empresa/empregador, a utilização do teletrabalho apresenta várias vantagens, entre as quais está a redução do espaço imobiliário, com diminuição dos custos inerentes à aquisição de locais, aluguéis, manutenção e transporte, resultando em uma melhor atenção aos clientes mediante a conexão informática e telemática. Paralelamente a essas vantagens, o teletrabalho gera à empresa a necessidade de investimentos expressivos com equipamentos que se tornam com frequência obsoletos, além da presença física de equipe

²³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 214.

²⁴ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. *In:* STÜRMER, Gilberto (organizador). Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52.

de manutenção. A esses fatos acresce, ainda, a dificuldade de direção e controle dos trabalhadores, dependendo da forma do teletrabalho.

Quanto à sociedade e ao governo, elenca-se que o teletrabalho pode auxiliar na questão de geração de empregos, diminuição nos congestionamentos nas grandes cidades, redução da poluição ambiental, pode gerar uma maior quantidade de empregos nas zonas rurais, redução com os gastos de combustível e uma melhor organização do território com o desenvolvimento dos subúrbios e das regiões rurais. Já dentre as desvantagens, citase a necessidade de mudança na legislação, principalmente trabalhista e a obsolescência das grandes instalações nos centros das grandes cidades.

No tocante às modalidades, destaca-se que há divergência na doutrina a respeito do tema, porém são dois os critérios adotados para a classificação do teletrabalho: o local de onde se presta o serviço e o grau de conexão. No que diz respeito ao local em que a prestação de serviços ocorre, pode ser divisada a seguinte classificação: telecentros, *telecottages*, teletrabalho nômade e, por último, em domicílio²⁵.

Telecentros são lugares de trabalho que podem pertencer a uma ou mais empresas, com instalações adequadas para essa forma de trabalho e podem ser divididos em Centro Satélite e Centro Local de Telesserviço. Os telecentros, quanto à localização, se situam entre o domicílio dos empregados e a sede principal da empresa de maneira geograficamente estratégica.

Já o teletrabalho em *telecottages* é aquele realizado em zonas rurais ou regiões de menor nível de escolaridade e preparo para o trabalho que misturam iniciativa privada e pública com o objetivo de melhorar a qualidade de vida do trabalhador. Tem como característica atrair mão de obra qualificada dos grandes centros urbanos às zonas rurais e, via de regra, são utilizadas instalações públicas ou comunitárias, como salões de Igrejas, escolas ou até mesmo edificações em fazendas, observando sempre que todos devem estar devidamente adequados e informatizados. Refere-se que em países como Inglaterra, Irlanda, Suécia (norte), Noruega,

²⁵ FINCATO, Denise Pires. **A regulamentação do teletrabalho no Brasil:** indicações para uma contratação minimamente segura. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0365_0396.pdf. Acesso em: 21 jun. 2023.

Finlândia, Dinamarca, França e Alemanha essa modalidade vem sendo experimentada com grande sucesso.

Com relação ao teletrabalho nômade, também denominado móvel ou itinerante, destaca-se o fato de o teletrabalhador possuir mobilidade permanente, graças à utilização de equipamentos eletrônicos portáteis, como é o caso dos tablets, notebooks, smartphones, que permitem o labor até mesmo em deslocamento, como, por exemplo, em ônibus, táxis, trens etc. Essa modalidade é caracterizada pela ausência de determinação quanto ao local de onde o teletrabalhador prestará serviços e se pode afirmar que esta é a máxima expressão do teletrabalho, já que o sujeito possui a faculdade de laborar em diversos locais.

Por fim, existe o teletrabalho em domicílio onde, como o nome sugere, o trabalhador realiza suas atividades em seu próprio domicílio ou em ambiente familiar, com o auxílio de mecanismos telemáticos. Nessa modalidade, o teletrabalhador instala, em um local específico de sua residência, com estrutura própria ou cedida pela empresa, uma pequena estação de trabalho com acesso aos meios de comunicação necessários para a realização das suas funções, tais como: telefone, fax, computador, internet, etc. Trata-se da maneira mais comum de teletrabalhar, podendo o empregado estar em sua casa durante todo o período (regime puro) ou fracioná-lo (regime híbrido).

Depreende-se que não se pode falar em local único de trabalho, mas em pontos de trabalho disseminados entre si e variáveis. Ainda, é possível uma combinação das várias modalidades quanto ao lugar de trabalho que podem ser submetidas a uma certa rotação²⁶.

Relativamente ao tipo de conexão existente com o lugar de execução da prestação com a sede principal da empresa, tem-se o teletrabalho *on-line*, *one way line* e *off-line*. Por questões de relevância, será abordado apenas o primeiro tipo de conexão: on-line.

O teletrabalho *on-line*, conectado ou bidirecional, ocorre quando a comunicação e a informação afluem nas duas direções, e de modo constante, imediato e simultâneo. Neste, o computador está inserido em uma rede de comunicação eletrônica com a

²⁶ BRAMANTE, Ivani Contini. Teletrabalho: teledireção, telessubordinação e teledisposição. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 4, p. 391-412, abr. 2012, p. 396.

empresa e possibilita o envio do trabalho, o recebimento do resultado, o controle das tarefas desempenhadas, inclusive, em tempo real. Observa-se, aqui, que a conexão é facilitada por salas de conversação (chats) e o trabalho é desenvolvido em "webspaces" coorporativos (intranets de acesso remoto), sem contar as webcams, que permitem teleconferências com imagens em tempo real, via internet. Em resumo, é o se trata do teletrabalho por excelência.

Por essa forma de teletrabalho é possível, com a criação de uma intranet (exclusiva da empresa) e o fornecimento de senhas de uso pessoal e intransferível, auferir se o teletrabalhador presta trabalho em determinado período da jornada, o que e como o faz. Nessa modalidade é possível a visualização de uma forma de trabalho subordinado a distância, muito fiel à caracterização clássica da relação de emprego.

Passa-se à análise da regulamentação do teletrabalho pela redação do parágrafo único do artigo 6º da CLT, introduzido pela Lei nº 12.551/2011, que, dentro da evolução histórica do instituto no Brasil, é considerado um marco, pois a partir dele o teletrabalho passou a ter espaço na legislação trabalhista brasileira, ainda que com lacunas²⁷.

2.2 Regulamentação do Teletrabalho pela redação do artigo 6° da CLT (Lei n.º 12.551/2011)

A Consolidação das Leis Trabalhistas, concebida na década de 1940, naturalmente não possuía regra específica sobre as novas formas de prestação laborativa, vinculadas aos inovadores meios tecnológicos. Apenas se reportava ao tradicional trabalho no domicílio no antigo texto de seu artigo 6°, como segue: "Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego", reportando-se

²⁷ Frisa-se que há divergência na doutrina brasileira quanto ao primeiro marco normativo disciplinando o fenômeno: se o art. 6º da CLT, com a redação dada pela Lei n.º 12.511/11, ou se a Lei n.º 13.467/17, pela inclusão dos arts. 75-A a E à CLT.

também às situações laborativas externas ao ambiente físico empresarial (art. 62, l ²⁸, CLT) ²⁹.

Como é percebido, as definições supracitadas apresentam a descrição do empregado em domicílio, porém, conforme os estudos a respeito dos conceitos e classificações, esta acepção não abrange totalmente o teletrabalho.

Com o advento da Lei n.º 12.551 de 16 de dezembro de 2011, o artigo 6º ganhou uma forma mais "moderna", como segue:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.³⁰

Nota-se que tal proposição buscou ampliar o alcance da antiga redação do artigo 6º da CLT aos trabalhadores a distância e equiparar os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão aos meios pessoais e diretos; configurando aqueles, também, forma de subordinação.

Pode-se afirmar que as alterações trazidas pela referida Lei revelam apenas o início de uma regulamentação para o instituto do teletrabalho, haja vista a necessidade de regulamentar a atividade como um todo. O parágrafo único do artigo 6º da CLT concedeu segurança jurídica no que diz respeito à caracterização do vínculo de emprego do teletrabalhador, deixando à luz do entendimento dos magistrados questões como controle de

²⁸ Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados: [...]

BRASIL. **Decreto-lei n° 5.451, de 1° de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm, Acesso em: 21 jun. 2023.

²⁹ DELGADO, Maurício José Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1024.

³⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 6º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 21 jun. 2023.

jornada, privacidade e responsabilidade sobre equipamentos de trabalho etc. Posto isso, a Lei equiparou, mas não se preocupou em legislar questões como saúde e segurança, deixando brecha para uma posterior regulamentação específica da modalidade.

Dando prosseguimento ao estudo, a discussão tomou uma nova proporção com a Reforma Trabalhista, Lei n.º 13.467 de 13 de julho de 2017, que regulamentou o instituto do teletrabalho de forma mais completa.

3. REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO PELA LEI N.º 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA)

Sabe-se que a Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, alterou profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e dentre as alterações, destaca-se a nova disciplina do teletrabalho, por meio da criação do Capítulo II-A, com o acréscimo dos artigos 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E³¹.

³¹ Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado: § 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. § 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 21 jun. de 2023.

Houve, ainda, duas outras referências ao teletrabalho dispostas no texto reformado da CLT, a saber: os artigos 62, III e 611-A, VIII. O primeiro para localizar o teletrabalho entre as formas de prestação de serviço subordinado excluídas do controle da duração de jornada e, o segundo, para dizê-lo tema factível de negociação coletiva³².

Nesse sentido, o teletrabalho, antes previsto apenas no art. 6°, parágrafo único da CLT, passou a ser amplamente regulamentado nos supramencionados artigos de forma que não há diferenças entre o trabalho realizado nas dependências da empresa e o executado a distância³³.

Em síntese, pode-se elencar os seguintes elementos e peculiaridades trazidos pela Lei n.º 13.467/2017 que passou a acomodar a normatização do teletrabalho em um capítulo próprio:

- a. O regime de teletrabalho observará algumas características: o trabalho é prestado fora das dependências do empregador, ou seja, a distância, sem que se caracterize como trabalho externo; o empregado deverá se valer da utilização de tecnologia da informação/comunicação e a formalização do contrato de trabalho, nesta condição, deve ocorrer de forma expressa e por escrito;
- b. Os empregados em regime de teletrabalho não estão sujeitos às normas previstas no Capítulo II da CLT, que trata da duração do trabalho. De outro lado, a jornada de trabalho será enquadrada no art. 62, III, da CLT, ou seja, não ficará submetido a controle de jornada, não fazendo jus, por exemplo, ao adicional noturno, à hora extra, a intervalos, etc;
- c. A convenção e o acordo coletivo de trabalho passam a ter força de lei quando dispuserem sobre o teletrabalho;

³² FINCATO, Denise; STÜRMER, Gilberto. Teletrabalho em tempos de calamidade por Covid19: impacto das medidas trabalhistas de urgência. *In:* BELMONTE, Alexandre Agra (Coord.); MARTINEZ, Luciano (Coord.); MARANHÃO, Ney (Coord.). O direito do trabalho na crise da COVID-19. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 346.

³³ FERREIRA, Priscila. Direito do trabalho. São Paulo: Editora Rideel, 2021. p. 42.

- d. O fato de se deslocar à empresa para algumas atividades específicas não retira caracterização de atividade como de teletrabalho;
- e. A adoção do regime decorrerá de mútuo acordo contido em aditivo contratual (expresso e escrito). Já a alteração pelo empregador do regime de teletrabalho para trabalho presencial não pressupõe mútuo acordo, mas aviso prévio mínimo de 15 dias a fim de permitir tempo de "transição";
- f. Ficou atribuído às partes o poder-dever de dispor acerca da aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos e infraestrutura para o teletrabalho bem como seu reembolso. Ainda, tais utilidades deverão estar previstas em contrato escrito e não serão consideradas verbas de natureza salarial nem integrarão a remuneração do trabalhador;
- g. Por fim, o empregado deve ser instruído de maneira expressa e ostensiva acerca das precauções que deverá tomar para fins de evitar doenças e acidentes de trabalho e assinará termo de responsabilidade comprometendose a seguir as instruções fornecidas.

Sem adentrar nas polêmicas e discussões que ocorreram com a regulação do teletrabalho em âmbito nacional pela Lei da Reforma Trabalhista, constata-se que várias foram as novidades trazidas pelo legislador a respeito do tema.

A despeito disso, torna-se necessário tratar das mudanças legislativas que ocorreram até o presente momento sobre a matéria, assunto este que será abordado no tópico a seguir.

3.1 Alterações trazidas pela MP n.º 1.108/2022 (Lei n.º 14.442/2022)

A Medida Provisória n.º 1.108, publicada no Diário Oficial da União em 28/03/2022 e posteriormente convertida na Lei n.º 14.442/2022, modificou o inciso III, do artigo 62, bem como o "caput" do artigo 75-B e o seu parágrafo único, transformando-o em § 1º e acrescentando ao seu regramento os §§ 2º ao 9º. Ainda,

alterou o "caput" do artigo 75-C e incluiu o § 3º neste, como também acrescentou o novo artigo 75-F, todos da CLT.

Passa-se agora à análise das alterações com os respectivos grifos para uma melhor diferenciação do que fora acrescentado aos novos dispositivos:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por **produção ou tarefa**. (Redação dada pela Lei nº 14.442, de 2022) [...]

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho **ou trabalho remoto** a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira **preponderante ou não**, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo. (Redação dada pela Lei nº 14.442, de 2022)

§ 1º O comparecimento, **ainda que de modo habitual**, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho **ou trabalho remoto**. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022) § 2º O empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022) (grifo nosso)³⁴.

Para uma melhor compreensão, a nova redação do inciso III, do artigo 62 deve ser lida em conjunto com o artigo 75-B, §§ 1º e 2º, ambos da legislação trabalhista. A conclusão que se chega a partir da leitura dos dispositivos supracitados é a de que, hoje, no ordenamento brasileiro há 3 (três) tipos de teletrabalhadores:

- a. o teletrabalhador cujo salário é fixado por unidade de tempo, chamado de jornada, seja por hora, dia, quinzena ou mês;
- b. o teletrabalhador cujo salário é fixado por unidade de obra, chamado de produção, ou seja, é a comissão, a peça;

³⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

c. por fim, o teletrabalhador cujo salário é fixado por tarefa ou também chamado "salário tarefa" que é aquele que, segundo Arnaldo Süssekind, seria um misto das características dos dois anteriores, ou seja, o da jornada com o da produção. Nessa categoria, o trabalhador ganharia um percentual pelo que produz e um fixo pela produção mínima.

Com essas alterações, o teletrabalho ou trabalho remoto por jornada não está mais enquadrado no inciso III do artigo 62 da CLT, o que vale dizer que deverá haver o controle de horário por parte do empregador e, por consequência, o trabalhador fará jus ao direito à hora extra, noturna, adicional noturno, intervalo intrajornada e interjornada.

Em verdade, rompeu-se com a lógica anteriormente posta de que quem trabalhava na modalidade de teletrabalho estava fora do controle de jornada, indo ao encontro da doutrina e jurisprudência que apontavam no mesmo sentido da possibilidade de controle da jornada do teletrabalhador. Hoje, apenas na hipótese de "produção ou tarefa" é que não serão aplicáveis as regras sobre a duração do trabalho previstas na CLT conforme dispõe o § 3º do 75-B35.

Dando continuidade à análise das mudanças nos mencionados artigos, o legislador inter-relacionou os termos "teletrabalho" e "trabalho remoto", atribuindo aos institutos o mesmo conceito. Além disso, o critério da preponderância das atividades do teletrabalhador fora das dependências do empregador para a caracterização do trabalho remoto, antes previsto no antigo "caput" do art. 75-B, não existe mais a partir da inclusão no novo dispositivo da locução "ou não" após o termo "preponderante". Com isso, deixou para trás a ideia inicial do aspecto quantitativo de maneira remota para configurar a modalidade³⁶.

³⁵ Art. 75-B. [...] § 3° Na hipótese da prestação de serviços em regime de teletrabalho ou trabalho remoto por **produção ou tarefa**, **não se aplicará** o disposto no Capítulo II do Título II desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022) [Grifo nosso]. BRASIL. **Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

³⁶ KROST, Oscar. **Primeiras linhas sobre o "teletrabalho" na legislação de Brasil e Uruguai:** progressos, pero no tanto. Disponível em: https://direitodotrabalhocritico. com/2022/11/27/primeiras-linhas-sobre-o-teletrabalho-na-legislacao-de-brasil-e-uruguai-progressos-pero-no-tanto/. Acesso em: 08 ago. 2023.

Nesse sentido, Martinez³⁷ salienta que o teletrabalho não se desnaturará pela eventual ou habitual necessidade de comparecimento à sede da empresa para a realização de atividades específicas que exijam a sua presença física, nos termos do § 1º do art. 75-B da CLT.

Em relação aos demais parágrafos³⁸ inseridos no artigo 75-B uma leitura atenta é suficiente para sua compreensão. Em resumo, destacam-se as seguintes novidades:

- a. O § 4º deixa expresso que o regime de teletrabalho ou trabalho remoto não se confunde e nem se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teleatendimento. Dessa forma, não poderia o teletrabalhador invocar em seu favor os tratamentos diferenciados da categoria, tais como jornada reduzida e intervalos diferenciados;
- b. O§5º menciona que o uso dos equipamentos tecnológicos e de informática, fora da jornada de trabalho normal, não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em contrário;
- c. O § 6º permite a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes;

³⁷ MARTINEZ, L. Curso de Direito do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book, p. 762-763.

^{38 [...] §} 4° O regime de teletrabalho ou trabalho remoto não se confunde nem se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teleatendimento. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)

^{§ 5}º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, bem como de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)

^{§ 6}º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)

^{§ 7}º Aos empregados em regime de teletrabalho aplicam-se as disposições previstas na legislação local e nas convenções e nos acordos coletivos de trabalho relativas à base territorial do estabelecimento de lotação do empregado. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)

^{§ 8}º Ao contrato de trabalho do empregado admitido no Brasil que optar pela realização de teletrabalho fora do território nacional aplica-se a legislação brasileira, excetuadas as disposições constantes da Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)

^{§ 9}º Acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

- d. Já o § 7°, dispõe que, independentemente de onde seja prestado o serviço, toda a sistemática de vantagens e restrições ditadas pelos instrumentos coletivos negociados levará em conta a base territorial do estabelecimento de lotação do empregado, vale dizer, o estabelecimento ao qual o empregado está vinculado contratualmente. Em verdade, trata-se de uma exceção ao princípio da "lex loci executionis";
- e. Por fim, acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais.

Seguindo com o estudo das mudanças introduzidas pela Medida Provisória n.º 1.108, de 2022, posteriormente convertida na Lei n.º 14.442, de 2022, o art. 75-C e seu parágrafo 3º assim passou a dispor:

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do **instrumento** de contrato individual de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 14.442, de 2022) (grifo nosso).

[...]

§ 3º O empregador não será responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, na hipótese de o empregado optar pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)³⁹.

Segundo Martinez, dizer que a prestação na modalidade de teletrabalho deve constar expressamente do instrumento de contrato individual de trabalho, equivale a afirmar que o ajuste será necessariamente por escrito. Grifa-se a palavra "instrumento", pois fora um acréscimo inserido pela MP n.º 1.108 numa alusão à existência de um documento que materializa um acordo⁴⁰.

³⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

⁴⁰ MARTINEZ, L. Curso de direito do trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. p. 762-767.

Ademais, conforme já visto, a forma expressa escrita dessa modalidade se justifica em razão da quantidade de temas que devem ser regrados de maneira inequívoca entre as partes. No mesmo sentido, explicitam Denise Fincato e Gilberto Stürmer que, na avença, deve-se registrar com a maior exatidão possível as atividades que serão realizadas pelo empregado em regime de teletrabalho⁴¹.

Em relação à última novidade introduzida pela Lei n.º 14.442, o art. 75-F da CLT prevê importante norma de proteção social assim disposta:

Art. 75-F. Os empregadores deverão dar prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados com filhos ou criança sob guarda judicial até 4 (quatro) anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto. (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)⁴².

Frisa-se que a questão da prioridade a ser concedida àquelas categorias de trabalhadores não se trata apenas de uma mera faculdade e sim de um dever imposto aos empregadores. Além disso, segundo leciona Martinez⁴³, esse assunto voltou à pauta normativa e, no mesmo ano de 2022, o art. 7º da Lei n. 14.457/2022⁴⁴ que instituiu o "Programa Emprega + Mulheres", aumentou a proteção social da referida norma estendendo a prioridade às empregadas e aos empregados com filho, enteado

⁴¹ FINCATO, Denise; STÜRMER, Gilberto. Teletrabalho em tempos de calamidade por Covid19: impacto das medidas trabalhistas de urgência. *In:* BELMONTE, Alexandre Agra (Coord.); MARTINEZ, Luciano (Coord.); MARANHÃO, Ney (Coord.**). O direito do trabalho na crise da COVID-19.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 349.

⁴² BRASIL. **Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

⁴³ MARTINEZ, L. Curso de direito do trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. p. 787.

⁴⁴ Art. 7º Na alocação de vagas para as atividades que possam ser efetuadas por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, nos termos do Capítulo II-A do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, os empregadores deverão conferir prioridade:

I - às empregadas e aos empregados com filho, enteado ou criança sob guarda judicial com até 6 (seis) anos de idade; e

II - às empregadas e aos empregados com filho, enteado ou pessoa sob guarda judicial com deficiência, sem limite de idade.

BRASIL. **Lei n.º 14.457, de 21 de setembro de 2022.** Institui o Programa Emprega + Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14457.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

ou criança sob guarda judicial com até 6 (seis) anos de idade e às empregadas e aos empregados com filho, enteado ou pessoa sob guarda judicial com deficiência, sem limite de idade. Essas foram as relevantes mudanças introduzidas pela nova Lei.

Passa-se, agora, a uma breve análise do que dispõe a legislação municipal da cidade de Porto Alegre a respeito do tema, pincelando os seus principais pontos.

4. A REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO EM ÂMBITO MUNICIPAL (DECRETO N.º 21.143/2021)

Sabe-se que a pandemia da Covid-19 levou o mundo a uma rápida adaptação, acelerando a adesão de empresas e outras organizações públicas a diversas medidas de prevenção como, por exemplo, o incentivo das atividades remotas por intermédio principalmente do teletrabalho ou do trabalho híbrido.

No âmbito da Administração Pública Municipal de Porto Alegre não foi diferente. A pandemia evidenciou as potencialidades das atividades laborais exercidas remotamente e, nesse contexto, fora publicado no Diário Oficial de Porto Alegre (Dopa), em 31 de agosto de 2021, o Decreto n.º 21.143 dispondo sobre o desempenho de atividades em modalidade de teletrabalho no âmbito dos órgãos das Administrações Direta, Autárquica e Fundacional do Município.

Com relação à novidade, o Senhor André Barbosa, Secretário de Administração e Patrimônio do Município de Porto Alegre, declarou à época ser o teletrabalho "um benefício para o servidor, que recebe também uma carga de responsabilidade maior". Ainda, continua afirmando que: "O 'normal' não existirá mais. É um caminho sem volta. O teletrabalho veio para ficar".⁴⁵

No que se refere às novas disposições trazidas pelo Decreto n.º 21.143/2021, que adotou de maneira definitiva o teletrabalho na Prefeitura de Porto Alegre, observa-se que houve a regulamentação de pertinentes pontos sobre o tema.

⁴⁵ BARBOSA, André. **Teletrabalho:** modalidade inovadora que veio para ficar. Disponível em: https://prefeitura.poa.br/smap/noticias/artigo-teletrabalho-modalidade-inovadora-que-veio-para-ficar. Acesso em: 02 ago. 2023.

De início, em seu art. 1º, o Decreto delimita sua aplicabilidade aos servidores efetivos e comissionados em exercício nos órgãos das Administrações Direta, Autárquica e Fundacional do Município. Além disso, atribui uma faculdade aos servidores ao dispor que estes "poderão ser autorizados" a desempenhar atividades em modalidade de teletrabalho, ideia esta que é reforçada no §1º do seu art. 4º46 com o acréscimo de que a adesão atenderá a critérios de conveniência e oportunidade da Administração Municipal.

O art. 2º traz um conceito de teletrabalho muito similar à antiga redação do art. 75-B da CLT, incluído pela Lei da Reforma Trabalhista de 2017, no sentido de o desempenho das atividades ocorrerem preponderantemente fora das dependências dos órgãos municipais, ou seja, de forma remota, com a utilização de recursos tecnológicos de informação e de comunicação. Ainda, seu parágrafo único também trouxe o adendo de que não se caracteriza como teletrabalho as atividades que, por sua natureza, configuram-se como sendo trabalho externo.

Já o art. 3º trata de maneira muito pertinente, em seus incisos, dos objetivos da autorização para o teletrabalho, os quais seguem listados:

- a. promover a cultura orientada a resultados, com foco na modernização administrativa e no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade;
- b. contribuir para o comprometimento dos participantes com os objetivos da Administração Municipal;
- c. estimular o desenvolvimento do trabalho criativo, da inovação e da cultura de governo digital;
- d. contribuir com a redução de custos no poder público.

Salienta-se que a redução de custos foi objeto de análise no tópico "2.2" do presente artigo ao tratar das vantagens da utilização do teletrabalho a partir da análise da figura da

⁴⁶ Art. 4°, § 1° A adesão do servidor ao teletrabalho será facultativa e atenderá a critérios de conveniência e oportunidade da Administração Municipal.

PORTO ALEGRE. **Decreto n.º 21.143, de 31 de agosto de 2021.** Dispõe sobre o desempenho de atividades em modalidade de teletrabalho, no âmbito dos órgãos das Administrações Direta, Autárquica e Fundacional do Município. Disponível em: https://dopaonlineupload.procempa.com.br/dopaonlineupload/4075_ce_333921_1.pdf. Acesso em: 02 ago. 2023.

empresa/empregador. No mesmo sentido, o Senhor Secretário de Administração e Patrimônio, André Barbosa, aduz que, com a adoção da nova modalidade, "Reduziremos espaço físico, acomodando secretarias em prédios próprios, enxugando a máquina pública, cortando gastos com aluguel, manutenção, vale-transporte, luz e água." ⁴⁷

Seguindo com a análise do Decreto n.º 21.143, o seu Capítulo II trata da adesão ao teletrabalho e em seu art. 4º, que inaugura esse tema, está disposto que os órgãos municipais adotantes da modalidade de teletrabalho deverão editar Instrução Normativa (IN) própria conferindo operabilidade aos preceitos contidos no Diploma.

Cita-se, como exemplo, as INs n.º 012/2021 que define as regras de teletrabalho no âmbito da Procuradoria-Geral do Município e n.º 018/2021 que dispõe sobre a adoção do trabalho remoto no âmbito da Secretaria Municipal de Administração e Patrimônio (SMAP).

Por sua vez, o Diploma legal, no seu art. 5°, traz importante adendo ao disciplinar os requisitos autorizadores para o cumprimento da jornada na modalidade de teletrabalho, como por exemplo, a anuência da chefia imediata, bem assim o seu art. 14 trata dos deveres do servidor em teletrabalho, ambos com rol bastante extenso.

O art. 6º prevê a quais servidores é vedada a adesão ao trabalho remoto, quais sejam: os que apresentem contraindicações por motivo de saúde, constatadas em perícia médica e cujo desempenho de atividades de forma remota possa ocasionar prejuízos ao serviço público.

Por seu turno, o art. 12 define que a efetividade do servidor em teletrabalho será aferida pelo alcance das metas de desempenho estipuladas. No mesmo sentido, o art. 7º prevê a obrigatoriedade de elaboração de um plano de trabalho individualizado contendo as metas de desempenho que deverão ser alcançadas pelo servidor em teletrabalho e, por fim, o art. 8º elenca tais metas em quantitativas, por tempo de resposta e qualitativas.

⁴⁷ BARBOSA, André. **Teletrabalho:** modalidade inovadora que veio para ficar. Disponível em: https://prefeitura.poa.br/smap/noticias/artigo-teletrabalho-modalidade-inovadora-que-veio-para-ficar. Acesso em: 02 ago. 2023.

Tanto o art. 17 quanto o § 2º do art. 12, ambos do aludido Diploma, dispõem a respeito dos direitos não extensíveis ao servidor em teletrabalho que englobam a percepção de gratificação por serviço extraordinário e de adicional noturno, bem como a formação de banco de horas.

A partir destas disposições, o Decreto pressupõe que não há compatibilidade de controle da jornada no regime de teletrabalho, adotando-se de maneira similar a modalidade da produção ou tarefa prevista no diploma celetista, que igualmente está fora do controle de jornada por força do já mencionado inciso III do art. 62 da CLT.

Relativamente ao art. 16, este assegura ao servidor os mesmos direitos, benefícios, gratificações e vantagens que são previstos para sua atividade quando realizada de forma presencial. Apenas faz o adendo, em seu § 1°, de que tal dispositivo não será aplicado aos benefícios cujas concessões sejam incompatíveis com o desempenho de atividades à distância.

O art. 15 necessita ser analisado com cautela. Segundo o dispositivo, compete exclusivamente ao servidor providenciar a estrutura física, ergonômica e tecnológica necessária à realização do teletrabalho, mediante uso de equipamentos adequados, bem como, conforme seu § 1º, deve declarar, no Termo de Adesão, que as instalações em que executará o trabalho atendem às referidas exigências.

Nota-se que há relevante diferença em comparação ao que dispôs o anteriormente estudado art. 75-D, da CLT no sentido de que, na legislação trabalhista, as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição ou fornecimento dos equipamentos e da infraestrutura necessários serão previstas em contrato escrito. Do mesmo modo, diferente do disposto no art. 75-E do mesmo Diploma legal que atribuiu a função de instruir os empregados quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho ao próprio empregador, incumbindo ao empregado assinar termo de responsabilidade, comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas.

Quis a Administração Pública Municipal, em verdade, se eximir de qualquer responsabilidade decorrente de eventual inadequação da estrutura ergonômica do ambiente de trabalho

do servidor. Inclusive, a declaração de que o ambiente de trabalho atende às exigências do art. 15 do Decreto, deverá constar na Solicitação de Adesão ao Teletrabalho, documento este que é requisito para que seja o servidor autorizado a realizar o trabalho remoto conforme inciso II do art. 5º do Decreto municipal.

O art. 22 preceitua que o encerramento da autorização para o teletrabalho poderá ocorrer a pedido ou de ofício, devendo este se dar por conveniência da Administração e a qualquer tempo, sendo apenas necessário o prévio comunicado ao servidor com prazo mínimo de antecedência de 2 (dois) dias úteis.

Tempo esse que se considera exíguo, semelhante ao previsto no art. 4°, § 2° da MP 927/2020⁴⁸, ora não mais vigente, que dispunha sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública. Nota-se, portanto, um regramento semelhante ao que fora dirigido a situações calamitosas, o que evidencia o princípio da supremacia do interesse público e suas prerrogativas administrativas.

Comparando tal disposição com o referido § 2º do art. 75-C, que previu a possibilidade de alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, porém garantido um prazo de transição mínimo de 15 (quinze) dias, notase importante diferença entre os dispositivos no que se refere aos prazos para o retorno às atividades presenciais.

Por fim, o art. 13 e o § 2°, do art .11 preveem significativa norma de caráter social no sentido de que a modalidade de teletrabalho não deve obstruir os convívios social e laboral e a participação do servidor no órgão, nem embaraçar o direito ao tempo livre. Por conseguinte, deverá ocorrer o comparecimento presencial

⁴⁸ Art. 4º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

^{§ 2}º A alteração de que trata o caput será notificada ao empregado com antecedência de, no mínimo, **quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico**. (Grifo nosso). BRASIL. **Medida Provisória nº 927/2020, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

periódico estipulado pelo órgão de lotação a fim de vivenciar a cultura organizacional, bem como com o intuito de evitar a perda total de vínculos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por finalidade apresentar um estudo sobre o teletrabalho, com ênfase nas suas características, nas regulamentações e nas recentes modificações legislativas do instituto.

Observa-se que o surgimento do teletrabalho está estritamente relacionado ao avanço das tecnologias de informação e comunicação, ocorrido com maior intensidade na chamada Revolução Informacional, em meados do século XX.

Dentre os benefícios levantados pela doutrina no labor em teletrabalho, destacam-se: a flexibilidade de horários capaz de facilitar a conciliação das atividades profissionais com os encargos familiares, a melhoria na qualidade e mais tempo livre devido à redução no tempo e gastos com deslocamentos, bem como a contribuição com a redução de custos em empresas e/ ou órgãos públicos.

Com relação à regulamentação do instituto, notou-se um princípio de normatização com a alteração do artigo 6° da CLT, promovida pela Lei n.º 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Mas apenas a partir de 2017 com a Lei n.º 13.467, denominada Reforma Trabalhista, é que o teletrabalho recebeu uma disciplina mais detalhada, para além de mera previsão, pela criação do Capítulo II-A e inclusão dos artigos 75-A a E à CLT.

Depreende-se que as recentes alterações legais promovidas pela Medida Provisória nº 1.108/22, convertida na Lei nº 14.442/22, modificaram de maneira importante a previsão do fenômeno. Passou a existir 3 (três) tipos de teletrabalhadores na legislação trabalhista, quais sejam: o teletrabalhador cujo salário é fixado por unidade de tempo, chamado pela CLT de jornada; o teletrabalhador cujo salário é fixado por unidade de obra, chamado de produção; e o teletrabalhador cujo salário é fixado por tarefa.

A partir dessa modificação, o teletrabalho ou trabalho remoto na modalidade "por jornada" não está mais enquadrado no inciso III do artigo 62 da CLT, o que vale dizer que deverá haver o controle de horário por parte do empregador. A nova disposição ratificou ser possível quantificar e controlar a jornada de quem presta serviços à distância, rompendo-se se com a lógica anteriormente posta de que quem trabalhava na modalidade de teletrabalho estava fora do controle de jornada.

Destaca-se, também, a nova previsão do artigo 75-F da CLT introduzida pela Lei n.º 14.442 que previu importante norma de proteção social. Determinou o dispositivo que, na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas remotamente, deve o empregador dar prioridade às categorias de trabalhadores com deficiência e com filhos ou criança sob guarda judicial.

Ademais, com a publicação do Decreto 21.143/2021, passouse a adotar de maneira definitiva o teletrabalho na Prefeitura de Porto Alegre. O novo diploma legal trouxe disposições bastante pertinentes sobre as atividades a serem realizadas na nova modalidade no âmbito dos órgãos das Administrações Direta, Autárquica e Fundacional do Município.

Conforme analisado, a adesão será facultativa e atenderá a critérios de conveniência e oportunidade da Administração Municipal. Além disso, cita-se como exemplo dos requisitos para o servidor que optar pelo trabalho remoto, a anuência da chefia imediata, assinatura do termo de adesão, bem como cumprir com requisitos pré-estipulados.

Destarte, salienta-se que o Decreto municipal surgiu num contexto de pandemia no qual foi possível constatar inúmeras mudanças na forma de prestação do trabalho, obrigando uma adaptação mais rápida de todos. A pandemia acelerou a adesão de empresas e outras organizações ao trabalho remoto, evidenciando as potencialidades das atividades laborais exercidas nesta modalidade e no âmbito da Administração Pública Municipal de Porto Alegre não foi diferente.

O Poder Público Municipal bem acompanhou essa evolução sabidamente benéfica a todos os envolvidos, empregados/ empresas, servidores e o próprio Ente Público, dando concretude ao princípio constitucional da eficiência.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, André. **Teletrabalho:** modalidade inovadora que veio para ficar. Disponível em: https://prefeitura.poa.br/smap/noticias/artigo-teletrabalho-modalidade-inovadora-que-veio-para-ficar. Acesso em: 02 ago. 2023.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRAMANTE, Ivani Contini. Teletrabalho: teledireção, telessubordinação e teledisposição. **Revista LTr:** Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 76, n. 4, p. 391-412, abr. 2012.

BRASIL. **Decreto-lei n° 5.451, de 1° de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 21 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 21 jun. de 2023.

BRASIL. **Lei n.º 14.457, de 21 de setembro de 2022.** Institui o Programa Emprega + Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14457.htm, Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927/2020, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol.1. Trad. Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício José Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Análise juslaboral do teletrabalho**. Curitiba: Camões, 2008.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. O teletrabalho transfronteiriço no direito brasileiro e a globalização. **Revista Consultor Jurídico**. 30 dez. 2002. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho_transfronteirico_direito_brasileiro. Acesso em: 21 jun. 2023.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho e direito.** Curitiba: Jurua, 2014.

FERREIRA, Priscila. Direito do trabalho. São Paulo: Editora Rideel, 2021.

FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. *In:* STÜRMER, Gilberto (organizador). Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FINCATO, Denise Pires. **A regulamentação do teletrabalho no Brasil:** indicações para uma contratação minimamente segura. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0365_0396.pdf. Acesso em: 21 jun. 2023.

FINCATO, Denise; STÜRMER, Gilberto. Teletrabalho em tempos de calamidade por Covid19: impacto das medidas trabalhistas de urgência. *In:* BELMONTE, Alexandre Agra (Coord.); MARTINEZ, Luciano (Coord.); MARANHÃO, Ney (Coord.). O direito do trabalho na crise da COVID-19. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KROST, Oscar. **Primeiras linhas sobre o "teletrabalho" na legislação de Brasil e Uruguai:** progressos, pero no tanto. Disponível em: https://direitodotrabalhocritico.com/2022/11/27/primeiras-linhas-sobre-o-teletrabalho-na-legislacao-de-brasil-e-uruguai-progressos-pero-no-tanto/. Acesso em: 08 ago. 2023._

MARTINEZ, L. Curso de direito do trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 40. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NILLES, Jack M. **Fazendo do teletrabalho uma realidade:** um guia para telegerentes e teletrabalhadores. Sao Paulo: Futura, 1997.

PORTO ALEGRE. **Decreto n.º 21.143, de 31 de agosto de 2021.** Dispõe sobre o desempenho de atividades em modalidade de teletrabalho, no âmbito dos órgãos das Administrações Direta, Autárquica e Fundacional do Município. Disponível em: https://dopaonlineupload.procempa.com. br/dopaonlineupload/4075_ce_333921_1.pdf._Acesso em: 02 ago. 2023.

REMIÃO, Daniela Ervis. Análise juslaboral do teletrabalho nos países do Mercosul e União Europeia: e a inevitável discriminação aos teletrabalhadores. *In:* BARZOTTO, Luciane Cardoso (coordenador). **Trabalho e igualdade:** tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 329-331.

ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e Internet:** aspectos das novas tendências das relações de trabalho na "era informatizada". São Paulo: Leud, 2005.

SILVA, Wilker Jeymisson Gomes da. Os impactos da evolução tecnológica nos direitos trabalhistas: o descompasso da lei em relação ao fato social. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 106, n. 980, jun. 2017, p. 187-204.

TÉLÉGRAPHE-CHAPPE.COM. Le télégraphe Chappe et la naissance des télécommunications. Disponível em: http://www.telegraphe-chappe.com/chappe/portail.html. Acesso em: 21 jun. 2023.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho:** uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LINDB: UMA ANÁLISE À LUZ DA ADI 6421/DF

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 28 OF THE LINDB: AN ANALYSIS OF ADI 6421/DF

Maisson Patrick da Silva Marques¹

Resumo: A presente publicação tem como objetivo realizar uma análise detalhada acerca da (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), explorando os principais argumentos em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6421. A controvérsia gira em torno da responsabilização pessoal dos agentes públicos em casos de dolo ou erro grosseiro, em contrapartida ao que dispõe o comando constitucional do artigo 37, \$6°, que disciplina a sua responsabilização subjetiva, de forma regressiva, em caso de dolo ou culpa. Questiona-se a interpretação e conciliação dessas duas normativas, e a sua conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Ao final desta análise, pretende-se contribuir com uma perspectiva adicional para o debate, incorporando novos elementos e considerações que possam enriquecer a discussão em torno dessa importante questão jurídica.

Palavras-chave: LINDB; artigo 28; constitucionalidade; culpa; erro grosseiro.

Abstract: The aim of this publication is to carry out a detailed analysis of the (in)constitutionality of article 28 of the Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), exploring the main arguments under discussion in the Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6421. The controversy revolves around the personal liability of civil servants in cases of wilful misconduct or gross error, as opposed to the constitutional command in article 37, paragraph 6, which regulates the civil servant's subjective liability, in a regressive manner, in cases of wilful misconduct or fault. The problem is how to interpret and

¹ Graduado em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Residente Jurídico da Procuradoria do Município de Porto Alegre.

reconcile these two rules, and whether they are in line with the fundamental principles of the Brazilian legal system. At the of this analysis, the aim is to contribute with an additional perspective to the debate, incorporating new elements and considerations that can enrich the discussion around this important legal issue.

Keywords: LINDB; article 28; constitutionality; guilt; gross error.

1. INTRODUÇÃO

Percebe-se, como distintiva marca do processo de redemocratização no Brasil, uma necessária reação antagônica aos sombrios anos sob o jugo de um regime ditatorial. Como reflexo, "os órgãos de controle sobre os órgãos da administração se tornaram mais fortes e ativos" (Sundfeld; Neves, 2023, p. 50). Decorreu daí a incumbência de instituir no arcabouço jurídico nacional dispositivos de supervisão sobre o Estado².

Para além da mera controvérsia acerca das causas e efeitos, isto é, se a jovem democracia se mostrou ineficaz no combate a administradores negligentes, ou se seus institutos possibilitaram o início da repressão de práticas há muito arraigadas no âmbito estatal, são inegáveis os seus efeitos colaterais, dentre os quais está a aparente saturação do controle sobre a esfera pública (Sundfeld; Neves, 2023).

Nesse contexto, é possível identificar como pano de fundo uma premissa equivocada de que, tal como expressa por Dionísio (2019, p.9), "quanto mais rigoroso for o controle exercido pelos representantes da sociedade, melhor será para o interesse público". Sob essa visão tradicional, o controle é sempre interpretado como benéfico para a sociedade, enquanto a liberdade de atuação dos gestores é vista como uma das principais fontes de irregularidades e corrupção.

Os efeitos transversais dessa hiper-regulamentação foram notórios: o sistema resultante, marcado por excessiva burocracia, propiciou a disseminação da corrupção, tornando-se, em certa medida, um dos fundamentos legais desse fenômeno (Mairal, 2018).

² Exemplos mais conhecidos são a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e a Lei de Improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).

Além disso, o controlador passou a desempenhar, em última análise, o papel de gestor público. Isso se deve ao fato de que os administradores da coisa pública passaram a agir constantemente na tentativa de antecipar as expectativas dos tribunais, adotando um papel de "administrador médium" (Ribeiro, 2018). Essa postura é alimentada pelo temor de enfrentar um controle ad aeternum, o que muitas vezes resulta em omissões decisórias e de inovação.

Nesse sentido, é desaconselhável que o gestor público se aventure a inovar ou a tomar decisões arrojadas, temendo ser responsabilizado posteriormente. Tal fenômeno, conhecido como "paralisia decisória" ou "apagão das canetas" (Guimarães, 2016) é uma realidade que permeia a administração pública cotidiana, limitando a capacidade de ação e inovação dos agentes públicos.

Evidentemente, o excesso de punições dirigidas aos maus gestores resultou na prejudicial redução da segurança jurídica, tornando-se um desafio para o administrador bem-intencionado buscar inovações. A criminalização do erro (Maffini; Ramos, 2020), inibe qualquer abordagem baseada na busca constante de aprimoramento por meio da tentativa.

Nesse cenário, observa-se que "sinais de ceticismo ou de reação à expansão dos controladores se desenharam no direito administrativo: parte da literatura passou a investigar a atividade das instituições de controle com olhos mais críticos" (Sundfeld; Neves, 2023, p. 52).

Por conseguinte, a Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, também chamada de "nova LINDB ou Lei de Segurança Jurídica para a Inovação Pública" (Sundfeld; Neves, 2023, p. 47) foi promulgada com o objetivo de estabelecer um ambiente propício para o desenvolvimento de bons administradores, inserindo dispositivos novos na LINDB que objetivaram aumentar a segurança jurídica na criação, interpretação e aplicação do direito público e aproximá-lo da realidade dos gestores e gestoras brasileiras, criando um cenário de fomento à inovação na administração pública (Palma, 2020).

Dentre as alterações significativas trazidas por essa legislação, merece destaque a reformulação do artigo 28 da LINDB, que estabelece que o agente público somente responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas nos casos de **dolo ou erro grosseiro**.

Entretanto, essa mudança não ocorreu sem oposição. Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6421 foi apresentada em 15 de maio de 2020 pelo partido político Rede Sustentabilidade, e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com o intuito de contestar a Medida Provisória (MP) 966/2020 e textos correspondentes, a saber, o artigo 28 do Decreto-Lei n. 4.657/42, com redação dada pela Lei n. 13.655/18, e os artigos 12 e 14 do Decreto 9.830/2019, que regulamenta a referida norma.

Assim, a discussão sobre a (in)constitucionalidade do artigo 28 da LINDB adquire relevância, tornando-se objeto de um debate que concilia a necessidade de responsabilização dos agentes públicos com a busca por um ambiente que promova eficiência e inovação na administração pública. Neste contexto, torna-se fundamental analisar os argumentos apresentados na ADI 6421 e explorar os aspectos constitucionais envolvidos, visando a uma conclusão fundamentada e equilibrada sobre essa questão premente no direito administrativo brasileiro.

2. A LEI DE SEGURANÇA JURÍDICA PARA A INOVAÇÃO PÚBLICA – LEI N. 13.655/2018

Inicialmente promulgada como Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) por meio do decreto n. 4.657/1942, a norma tinha o propósito de estabelecer princípios gerais sobre o direito privado no Brasil. No entanto, sua abrangência ultrapassou os limites do direito privado, tornando-se efetivamente uma norma de *sobredireito*, com incidência transversal, inclusive, sobre o direito púbico (Palma, 2020). Tanto é assim que, por intermédio da Lei n.º 12.376/2010, foi renomeada como "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro".

Em 2015, o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 349/2015, que culminou na promulgação da Lei n. 13.655/2018, Lei de Segurança Jurídica para a Inovação Pública, foi apresentado. Seu objetivo fundamental é proporcionar maior segurança jurídica para fomentar um ambiente propício à inovação no âmbito público (Palma, 2020).

Isso se tornou necessário porque o cenário de saturação regulatória gerou sensíveis reflexos e distorções no modelo administrativo brasileiro. Em última análise, observa-se que o controlador, em muitas situações, assume o papel administrativo, uma vez que o gestor, desprovido da necessária segurança jurídica, se submete, de maneira acrítica, à orientação imposta pelo controlador. Isso, no entanto, vai de encontro à própria lógica do Direito Administrativo, pois "no Brasil, a teoria mais difundida é a da insindicabilidade do mérito administrativo, segundo a qual o conteúdo da decisão administrativa não pode ser revisado pelo controlador" (Palma, 2020, p. 20).

Se o administrador público se encontra mais próximo da realidade fática, é incumbência sua tomar a decisão mais apropriada. No entanto, nesse cenário, o gestor se afasta de sua realidade administrativa e age como mero executor fiel. Precautela-se ao buscar o maior número possível de pareceres, mesmo quando tecnicamente dispensáveis, tornando o processo decisório excessivamente complexo, tudo com o intuito de evitar que futuras decisões possam questionar sua tomada de posição. Por sua vez, o parecerista, inevitavelmente, alinha-se, pelos mesmos motivos, com a jurisprudência mais firmada nos órgãos de controle, abstendo-se de inovar ou adaptar a demanda gerada à realidade fática.

Esse controlador que, mesmo distante da realidade administrativa, vezes assume o papel de gestão, é causa de alguns reflexos problemáticos. Primeiro, não raras vezes se observa que na estrutura do Direito Administrativo Sancionador está uma base demasiadamente principiológica. Nesse sentido "Não raro, controladores reputam a decisão administrativa válida ou inválida com base em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados" (Palma, 2020, p. 8). De fato, quando distante do caso concreto, tudo parece semelhante e resolúvel por cláusulas gerais. A abordagem excessivamente genérica pode negligenciar as nuances e peculiaridades essenciais de cada situação específica, resultando em uma compreensão inadequada das complexidades inerentes às questões administrativas.

Um exemplo ilustrativo dessa abordagem pode ser encontrado na jurisprudência do Tribunal de Contas, que utiliza a figura do "homem médio" como critério para avaliar o cumprimento do dever de cuidado, filtrando os atos que são passíveis de responsabilização quando descumpridos os contornos de zelo e cuidado esperados do homem comum³⁴.

Além disso, verifica-se uma lacuna significativa entre a avaliação realizada pelo órgão controlador e as repercussões práticas das decisões administrativas, negligenciando as implicações reais das ações em questão (Palma, 2020). Ao menosprezar as ramificações concretas das condutas dos gestores, o sistema de controle não apenas deixa de promover a efetividade e equidade necessárias para uma administração equilibrada e eficaz, mas também desconsidera a interação complexa e multifacetada envolvida na prática administrativa. A excessiva ênfase na aplicação rigorosa de preceitos abstratos resulta, portanto, em uma abordagem que se desvincula das nuances e particularidades que permeiam o âmbito administrativo.

Nesse contexto, a obra de Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, **Contratações públicas e seu controle**, é tido como o pilar da Lei n. 13. 655/2018. Cita-se como as grandes diretrizes da obra:

1) impedir que consequências concretas sejam extraídas a partir de normas de alta indeterminação jurídica, de modo superficial e sem mensurar os efeitos decorrentes; (2) tutelar os atos jurídicos perfeitos, evitando que novasinterpretações em momento futuro levem à revisão de decisões públicas ou à responsabilização dos gestores que a tomaram; (3) soluções negociadas podem ser mais efetivas em uma plêiade de casos concretos; (4) aquele que sofrer os efeitos negativos gerados pela existência, demora ou custos de processos deve ser compensado; e (5) os regulamentos, principal fonte de direitos

³ O conceito aplicado é importado do direito civil, o qual conforme Sérgio Cavalieri Filho (2001): "a conduta culposa deve ser aferida pelo que ordinariamente acontece, não pelo que extraordinariamente possa ocorrer. Jamais poderá ser exigido do agente um cuidado tão extremo que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum".

⁴ Nesse sentido, "Tampouco restou demonstrada uma conduta dolosa por parte do recorrente, uma vez que não há elementos que indiquem que ele quis executar a ação objetivando o resultado obtido. Igualmente, não se pode falar, ante o que consta nos autos, que o responsável teve um desvio culposo de conduta decorrente de falta de cuidado, nem mesmo que sua conduta se afastou do esperado do homem médio (gestor médio), como já se concluiu anteriormente".

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 006.662/2000-3, Acórdão nº 1.590/2019** - **Plenário**. Relatora: Min. Ana Arraes, 10 de julho de 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2349623. Acesso em: 23 out. 2023.

e obrigações, precisam ser editados mediante prévia consulta pública (Palma, 2020, p. 10).

Em 09 de julho de 2015 teve início o processo legislativo, com o fundamental apoio do senador Antônio Anastasia, com a sua promulgação no ano de 2018. Contudo, não sem enfrentar resistência dos órgãos de controle, sobretudo o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União. Sob essa influência, o então presidente Michel Temer, no exercício de seu poder como chefe do executivo, vetou diversos pontos do Projeto de Lei, com destaque para aquele que detalhava o que não seria considerado erro grosseiro, presente no parágrafo 1° do artigo 28⁵.

Por outro lado, permaneceu na nova LINDB uma das principais premissas do novo diploma: o controlador, ao assumir indiretamente o papel de gestor, não apenas exerce o controle, mas também arca com os ônus inerentes à atividade administrativa, incluindo a obrigação de considerar as circunstâncias fáticas da gestão pública ao interpretar as normas (Palma, 2020).

O artigo 20 da LINDB reforça a necessidade de considerar as implicações práticas das decisões tomadas nas esferas administrativa, de controle e judicial. Ressalta-se, assim, a importância de não se basear unicamente em conceitos abstratos, mas sim nas consequências tangíveis e práticas de tais decisões, sublinhando a importância da aplicação da lei em contextos reais e concretos.

No que tange ao parágrafo único do artigo 21 da LINDB, ao impor ao gestor a responsabilidade de respeitar a proporcionalidade ao invalidar atos administrativos e de indicar condições para a regularização de forma justa e equitativa, a legislação reconhece a importância de evitar impor ônus ou perdas desproporcionais àqueles afetados pelas decisões administrativas. Isso enfatiza a necessidade de uma abordagem equilibrada e justa, levando em consideração as nuances específicas de cada caso e garantindo que as medidas adotadas sejam proporcionais e razoáveis.

⁵ Tratava-se, nos termos explícitos no Parecer da Sociedade Brasileira de Direito Público, o objetivo era evitar o chamado "crime de hermenêutica", ou seja, que decisões baseadas em interpretações aceitas por parte da doutrina ou jurisprudência fossem consideradas como erro grosseiro.

Além disso, o artigo 22 da LINDB, ao consagrar a primazia da realidade na interpretação das normas sobre gestão pública, destaca a importância de levar em conta os desafios e obstáculos reais enfrentados pelos administradores no contexto prático. Isso demonstra um reconhecimento claro de que as decisões devem ser informadas pela compreensão abrangente das circunstâncias em que eles operam.

Em síntese, essas disposições exemplificam como a Lei de Segurança Jurídica para a Inovação Pública atribui ao controlador a responsabilidade de considerar a realidade factual ao assumir o papel de gestor, evitando decisões baseadas unicamente em abstrações.

Um raciocínio semelhante pode ser aplicado ao artigo 28 da LINDB, que estabelece critérios para a graduação da culpa, transferindo ao controlador a incumbência de avaliar, com base nos preceitos relevantes, a natureza do erro cometido, afastandose de uma abordagem genérica e aproximando-se de uma análise contextual e mais aprofundada.

3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NÚMERO 6421/DF

Em 13 de maio de 2020, foi promulgada a Medida Provisória n. 966, que estabelecia o regime de responsabilização dos agentes públicos por suas ações ou omissões no contexto da pandemia de COVID-19.

Em resposta, o partido Rede Sustentabilidade, com adesão do Partido Democrático Trabalhista, interpôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6421, buscando, em caráter cautelar, a suspensão da referida Medida Provisória, bem como dos dispositivos equivalentes, notadamente o artigo 28 do Decreto-Lei n. 4.657/42, com as alterações introduzidas pela Lei n. 13.655/2018, e os artigos 12 e 14 do Decreto 9.830/2019, com posterior julgamento da ADI no sentido de declarar sua inconstitucionalidade. Outrossim, formulou pedido de interpretação conforme a Constituição para excluir a hipótese de incidência em situações que envolvam o ressarcimento ao erário.

Entretanto, em 11 de setembro de 2020, a Medida Provisória n. 966/2020, cujo prazo já havia sido prorrogado em julho de 2020, perdeu sua validade, pois não foi convertida em lei no prazo que se refere o artigo 62, parágrafos 3°, 4° e 7° da CF. Apesar disso, a discussão acerca da (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) perdura, constituindo o foco central do presente artigo.

Recentemente, o Relator Ministro Roberto Barroso deferiu o ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA, ao Sindicato Nacional dos Auditores e Técnicos Federais de Finanças e Controle – Unacon Sindical e à Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, enriquecendo o debate.

Mais do que isso, em 22 de setembro de 2023 o Relator proferiu decisão monocrática, votando pela **improcedência** do pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da LINDB e dos artigos 12 e 14 do Decreto n. 9830/2019, fixando a seguinte tese de julgamento:

Compete ao legislador ordinário dimensionar o conceito de culpa previsto no art. 37, § 6°, da CF, respeitado o princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente; 2. Estão abrangidas pela ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2023).

Apesar desse passo significativo em direção à constitucionalidade dos diplomas normativos, o processo aguarda o devido trâmite em respeito à cláusula de reserva de plenário⁶, o que mantém a discussão em curso no cenário jurídico brasileiro.

Dentro dos vários pontos levantados, ao presente trabalho interessa especialmente na controvérsia sobre se o artigo 28 da LINDB contraria a norma paradigmática estabelecida no artigo 37, §6°, da Constituição Federal, ao restringir, de forma alegadamente

⁶ Isso porque, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público" (Brasil, 1988).

injustificada, o conceito ali expresso. As normas alegadamente conflitantes são as seguintes:

Artigo 28 da LINDB: O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (BRASIL, 2018).

Artigo 37 da Constituição Federal: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

De forma adicional, analisar-se-á, se a alegação do Unacon Sindical⁷ de que, de forma colateral, a Nova LINDB é um movimento em direção à impunidade, afrontando, assim, aos princípios constitucionais administrativos, sobretudo o da eficiência e o da moralidade administrativa.

3.1 Da constitucionalidade do artigo 28 da LINDB em face do artigo 37, parágrafo 6° da Constituição Federal

No Direito Público Brasileiro, coexistem diversas categorias de responsabilização dos agentes públicos, abrangendo a responsabilidade administrativa, civil, penal, político-administrativa por improbidade administrativa, fiscal, eleitoral, entre outras (Maffini; Ramos, 2020).

Por exemplo, o reconhecimento da invalidade de atos administrativos devido a eventuais equívocos cometidos pelo gestor é um raciocínio que encontra origem no direito civil, mais especificamente nateoria dos defeitos do negócio jurídico (Dionísio, 2019). Além disso, a eventual exclusão da responsabilidade do

⁷ Conforme se depreende da manifestação no evento 9, de pedido de ingresso como *amicus curiae*, nos autos da ADI n.º 6421/DF.

agente público representa uma consequência jurídica do erro, inspirada no Direito Penal (ibidem).

No entanto, é imperativo exercer cautela ao aplicar conceitos e preceitos de outros campos de conhecimento, a fim de preservar a autonomia do direito administrativo, uma disciplina com suas próprias peculiaridades intrínsecas.

Com efeito, o administrador público é confrontado com uma realidade singular, não passível de uma mera transposição da responsabilidade civil para o âmbito administrativo, sem considerar as amplas dificuldades que ele enfrentada, investido de poder decisório e encarregado de lidar com questões intrincadas no domínio do direito público.

O gestor encontra-se sujeito a princípios inaplicáveis a situações particulares. A indisponibilidade do interesse público e a legalidade representam exemplos evidentes das restrições decisórias e da necessidade de celebrar compromissos⁸.

Adicionalmente a essas restrições inerentes, a resolução de questões trazidas ao administrador estatal frequentemente não se enquadra em respostas prontas, exigindo, portanto, a tomada de decisões ponderadas.

O âmbito da Procuradoria Municipal de Porto Alegre, constata-se a prática recorrente de resolução de demandas por intermédio de negociações, especialmente em matérias concernentes a assuntos de interesse público, empreitadas de engenharia e realocação de núcleos familiares. Tais temáticas, intrinsecamente complexas, demandam ponderações de alta sensibilidade. No contexto da insegurança jurídica que envolve o administrador público, imerso em um arcabouço normativo concebido primordialmente para coibir condutas deletérias de gestão, em detrimento de prover diretrizes claras para os agentes de boa-fé, emerge a questão premente: quem, afinal, se disporia a encarregar-se de tamanho encargo?

Incontestável é a constatação de que um procurador do município que encabece uma negociação relacionada a um empreendimento público não poderá dispor, de pronto, de todo

⁸ A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu artigo 26, tenta fortalecer essa possibilidade no âmbito da administração pública.

o conhecimento necessário para suprir eventualidades de cunho negocial. Equívocos, por conseguinte, se tornam praticamente inevitáveis, e ao enquadrar todos sob a mesma égide, negligenciase a dificuldade intrínseca à gestão estatal, relegando a culpa a um plano essencialmente objetivo. Cumpre ressaltar que o fardo decorrente de estar sujeito a escrutínios e suspeitas públicas por si só já se constitui em uma forma de penalidade⁹.

Nesse mesmo sentido, a questão que serve como pano de fundo, ou seja, a ADI 6421/DF que originalmente questionava a Constitucionalidade da MP 6421, ressalta a importância de preservar a integridade do direito administrativo como um campo autônomo e coeso. No contexto da administração pública, e isso se tornou ainda mais evidente durante a pandemia do COVID-19, a demora na tomada de decisões por parte do administrador, ou sua inação, frequentemente pode ser tão prejudicial quanto uma má ação, destacando a complexidade da gestão pública em situações de crise.

Em suma, a prática administrativa não aguarda que o administrador realize estudos exaustivos ou preveja todas as possíveis consequências de sua decisão, muito mais do que em outros ramos do direito. É comum que algumas finalidades da Administração Pública somente serão atingidas através do método de tentativa e erro (Maffini; Ramos, 2020).

A inevitabilidade de erros deve ser reconhecida, sendo crucial distinguir aqueles que são justificáveis dos inaceitáveis, como já desenvolvido no direito penal. Esse discernimento é fundamentado no princípio constitucional da culpabilidade, consagrado no inciso LVII do artigo 5° da Constituição Federal. Em última análise, isso se traduz em reconhecer o "direito ao erro" do administrador público, conceito desenvolvido por Pedro de Hollanda Dionísio e que, pela clareza dos argumentos, merece destaque:

⁹ A trágica morte do reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, após sua breve detenção durante a investigação conduzida na operação "Ouvidos Moucos", destaca de maneira contundente as graves consequências pessoais e emocionais que podem resultar da exposição a procedimentos legais e acusações infundadas. Sobre o assunto: G1 SANTA CATARINA. **Morte de reitor da UFSC completa um ano:** relatório da PF sobre a Ouvidos Moucos segue com o MPF. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2018/10/02/morte-de-reitor-da-ufsc-completa-um-ano-relatorio-da-pf-sobre-a-ouvidos-moucos-segue-com-o-mpf.ghtml. Acesso em: 23 out. 2023.

Em ambas as esferas [civil e administrativa], a existência de um espaço de tolerância jurídica – ou de não responsabilidade – ao cometimento de equívocos por parte do administrador público se justifica, em primeiro lugar, por meio de um argumento simples, composto de duas premissas e uma conclusão:

A primeira premissa consiste no fato de que a evitabilidade é requisito essencial para a presença de culpa ou dolo do agente. Nas hipóteses em que o gestor público incorre em erro inevitável, necessariamente não tem preenchido o elemento subjetivo.

Como segunda, ver-se-á que a responsabilidade pessoal do administrador público brasileiro tem natureza subjetiva. Isso quer dizer que, tanto na esfera civil, quanto na administrativa, é exigida a demonstração de culpa *latu sensu* para que ele possa ser pessoalmente responsabilizado por ilícitos cometidos no exercício de suas funções.

A conclusão, extraída por dedução das duas premissas acima mencionadas, é a existência de um espaço de tolerância jurídica ao menos nos casos em que o gesto comete um equívoco que razoavelmente não poderia evitar, hipótese em que restará ausente o elemento subjetivo e, consequentemente, eliminada a sua responsabilidade pessoal. (Dionísio, 2019, p. 77-78)

Observa-se, contudo, que o tema é negligenciado na prática dos órgãos de controle. Mais do que isso, nas palavras de Rafael Maffini e Rafael Ramos (2020, p. 210):

[...] há certa promiscuidade interpretativa quanto à ocorrência de infrações de maior gravidade. Com efeito, ora por desconhecimento ora por deliberada intenção de agravamento dos modos de responsabilização dos agentes públicos, não é raro que órgãos de controle e mesmo certos setores da Administração Pública interpretem todo e qualquer comportamento como improbidade administrativa, crime contra a Administração Pública, ou outras espécies de infração.

Essa falta de individualização das peculiaridades do direito administrativo se manifesta de maneira evidente, pois, muitas vezes, as particularidades do administrador não são devidamente consideradas. O resultado disso é uma **tendência para objetivar a culpa**, ancorada na vagueza dos conceitos jurídicos aplicados.

Buscando uma nova perspectiva, a Lei n. 13.655/2018 introduziu mudanças significativas no ordenamento jurídico brasilei-

ro, conforme amplamente delimitado no ponto 2 deste trabalho. Buscou-se estabelecer disposições relacionadas à segurança jurídica e à eficiência na criação e aplicação do direito público, realocando ao controlador o ônus de considerar as particularidades em que o administrador está inserido quando aquele, em última análise, decide como se dar a gestão pública (Palma, 2020).

A densificação do conceito de culpa, conforme consagrado no artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), transcende meramente uma medida legislativa desprovida de fundamentação. Ao contrário, essa evolução normativa representa um esforço concertado para dar voz a demandas de longa data, expressas tanto no âmbito acadêmico quanto na prática cotidiana da gestão pública.

Nesse sentido, uma análise imparcial do contexto prático que envolveu a formulação dessa legislação evidencia que sua motivação não reside em um complô para promover a impunidade, como equivocadamente alegado por alguns.

De igual modo, revela-se destituída de sustentação a alegação de que a consolidação desse conceito ampliado de culpa representa uma afronta ao imperativo constitucional estabelecido no artigo 37, §6° da Carta Magna.

No que tange especificamente ao conceito de erro grosseiro, trata-se de uma noção há muito consagrada no direito brasileiro, podendo ser interpretada, em outros termos, como culpa grave. Trata-se, conforme a melhor doutrina, de um equívoco que seria perceptível mesmo por um indivíduo com um nível de atenção inferior ao usual (Venosa, 2008).

Nessa perspectiva, nas palavras de Binenbojm e Cyrino (2018, p. 14): "com os olhos no art. 37, §6°, verifica-se que o constituinte adotou um conceito amplo ao se referir à culpa, mas não fechou questão sobre o grau ou intensidade de sua incidência para a configuração da responsabilidade do agente público". Em outras palavras, erro grosseiro é um código dogmático que exprime como a culpa deve ser valorada para que o agente público possa ser responsabilizado.

Vale ressaltar que esse entendimento encontra respaldo na legislação brasileira, conforme mencionado nos autos da N.

6421 pelo Ministro Relator: "Este Tribunal, mesmo antes da Lei nº 13.655/2018, que incluiu o dispositivo impugnado na LINDB, entendia possível diferenciar, em determinadas hipóteses, o grau de culpa do agente público. É o caso da responsabilização de pareceristas" (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2023).

Nessa linha de raciocínio, os defensores da viabilidade de adotar o conceito de culpa grave, conforme estabelecido no artigo 28 da Lei n. 13.655/2018, parecem apontar na direção correta, uma vez que essa abordagem não apenas está em conformidade com a Constituição Federal e o ordenamento jurídico vigente, como também traz benefícios consideráveis para o sistema jurídico e para a prática administrativa.

Isso se deve ao fato de que essa abordagem proporciona uma maior segurança jurídica ao definir de maneira mais precisa os parâmetros da responsabilidade administrativa, evitando interpretações excessivamente subjetivas e arbitrárias. Desse modo, tanto os agentes públicos quanto a sociedade em geral podem obter um entendimento mais claro sobre o que constitui erro grosseiro, fomentando a previsibilidade e a estabilidade no âmbito do direito administrativo.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o Decreto n. 9.830/2019 oferece esclarecimentos adicionais sobre o que caracteriza o erro grosseiro, conforme a redação do seu artigo 12, parágrafo 1°, que define o erro grosseiro como algo "manifesto, evidente e inescusável praticado com **culpa grave**" (Brasil, 2019, Grifo nosso), sendo caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. Além disso, o parágrafo 4° do mesmo artigo considera a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público na eventual responsabilização deste.

Nesse contexto, Pedro de Hollanda Dionísio destaca critérios adicionais que podem orientar a classificação do erro do gestor, de modo a distinguir condutas que ensejam a responsabilização civil e administrativa daquelas que são inerentes à prática de gerência da coisa pública. A atenção deve se voltar para: a) elementos de diligência, que consistem na análise da urgência da decisão a ser tomada, da importância da decisão e da presença de circunstâncias fáticas que tenham limitado a ação administrativa

no caso concreto; b) exigências do cargo ocupado, uma vez que "quanto menos próximo for o equívoco cometido pelo gestor das funções e conhecimentos exigidos pelo cargo ocupado, maior será o espaço de tolerância jurídica" (Dionísio, 2019, p. 144); c) grau de incerteza fática ou jurídica envolvida na decisão; e d) grau de aderência da decisão em relação às informações coletadas, uma vez que "quanto mais coerente for a decisão em relação às informações obtidas, maior também deverá ser o espaço de tolerância ao cometimento de equívocos" (ibidem, p. 151).

O intento reside, desse modo, na realização do exposto na segunda seção deste estudo, incumbindo ao controlador o ônus de não apenas justificar a presença da culpa em termos genéricos ao analisar o caso concreto, mas sim de fundamentar por que, à luz das circunstâncias factuais, essa é tipificada como uma modalidade de culpa grave.

Assim, não parece haver obstáculos constitucionais ou legais que impeçam o legislador de aplicar um conceito de culpa grave, já amplamente aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa abordagem, ao oferecer uma avaliação mais precisa da conduta dos agentes públicos, contribui para a justiça e a transparência no tratamento das questões de responsabilidade administrativa, promovendo uma maior segurança jurídica e eficiência na administração pública.

Além disso, é imperioso ressaltar que a Constituição Federal não apresenta uma definição explícita do conceito de culpa. Assim sendo, questionar a conformidade do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com a Carta Magna se mostra formalmente inadequado, dado que esta não trata de maneira específica desse assunto. Nesse ponto, convém destacar a lacuna normativa existente, uma vez que não há disposição constitucional que estabeleça de forma inequívoca os elementos dogmáticos da culpa aplicáveis ao administrador público.

Dessa forma, não há motivos jurídicos para que o ordenamento administrativo sancionador não possa reconhecer, em suas disposições, um caráter necessariamente subjetivo à responsabilidade pessoal do administrador, em um grau coerente com as necessidades práticas de sua atuação em um contexto singular.

Gustavo Binenbojm e Pedro de Hollanda Dionísio (2021) explicam que, devido às peculiaridades do direito administrativo, é necessário seguir alguns passos adicionais para a responsabilização do gestor público. Primeiramente, é essencial identificar o equívoco. Em seguida, deve-se analisar os efeitos decorrentes da desconstituição dos efeitos da atuação administrativa e, por fim, avaliar a responsabilização dos agentes públicos envolvidos.

A diferença de objetivos entre esses passos determina uma relativa autonomia entre as questões analisadas, fornecendo uma real dimensão das variáveis presentes apenas no âmbito do direito administrativo sancionador. Nesse sentido, nem sempre a ocorrência de um equívoco ensejará a responsabilização do agente, ou mesmo a invalidação do ato, devendo-se sempre ter em mente que um dos pilares do direito administrativo é a supremacia do interesse público.

Portanto, o Direito Administrativo não é impedido de estabelecer normas específicas para responsabilizar os agentes públicos, garantindo flexibilidade para lidar com as complexidades da gestão pública. Essa adaptabilidade equilibra a responsabilização dos agentes públicos e a eficiência administrativa, evitando uma rigidez excessiva que poderia promover a ineficiência gestorial.

É crucial salientar que não existe uma hierarquia definida entre o Código Civil, o Código Penal e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), justificando a consideração das particularidades enfrentadas pelos gestores ao lidar com questões de interesse público.

Assim, a inclusão do critério de "erro grosseiro" na LINDB é uma medida fundamentada e essencial para acomodar as particularidades do ambiente administrativo nacional. Em um contexto em que as decisões são influenciadas por uma gama de variáveis e complexidades, essa medida não apenas procura salvaguardar os gestores com boas intenções, permitindo que assumam riscos calculados em prol do interesse público, mas também almeja fortalecer a estabilidade jurídica no âmbito da administração pública. Tudo isso é feito sem comprometer o sistema de responsabilização já estabelecido para garantir que os

agentes públicos sejam responsabilizados devidamente em casos de dolo ou culpa grave.

3.2. Da constitucionalidade do artigo 28 da LINDB em face dos princípios gerais da administração pública

O tema levantado nos autos da ADI 6421/DF pelo Sindicato Nacional dos Auditores e Técnicos Federais de Finanças e Controle – Unacon Sindical, admitido como *amicus curiae*, aborda a alegada afronta que a nova normativa trazida pela Lei n. 13.655/2018 possui em relação aos princípios da eficiência e moralidade, expressamente previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Argumenta-se que a redação do artigo 28 da LINDB restringiria a responsabilização dos agentes públicos envolvidos, comprometendo a eficiência administrativa.

A análise desse ponto amplia o debate anterior, destacando a dissonância entre a retórica adotada pelos órgãos de controle e a prática administrativa.

Introduzido no *caput* do artigo 37 de maneira expressa pela Emenda Constitucional n° 19/98, o princípio da eficiência é consequência da implantação do modelo de administração gerencial (Alexandrino; Paulo, 2020), pretendendo-se que fosse o modelo substituto o padrão tradicional da "administração burocrática", cujo ênfase maior recai sobre o princípio da legalidade. **O novo modelo buscava aproximar a gestão pública dos princípios do setor privado**.

Por sua vez, o princípio da moralidade torna jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da administração pública (Alexandrino; Paulo, 2020). Difere da moralidade comum justamente por ser jurídica, possibilitando a invalidação de atos que sejam praticados sem a sua observância.

Considerando o exposto, percebe-se que tais conceitos estão perfeitamente alinhados com as justificativas que embasam a Nova LINDB. A consideração da realidade factual e a salvaguarda do administrador diligente, conforme discorrido ao longo desta análise de forma abrangente, constituem os pilares fundamentais da nova legislação. O problema reside no fato de que o assunto

é abordado sob uma premissa equivocada, que visa restringir a atuação do gestor iníquo, como se este fosse a norma. Como bem destacou Iuliana de Palma:

A nova LINDB foi construída tendo em vista o gestor público honesto. Trata-se de um ponto de partida diametralmente oposto das leis de controle — em grande medida, o rigor dos textos se justifica pelo fato de terem sido escritos com o agente ímprobo em mente (Palma, 2020, p. 28).

Além disso, essa visão simplista desconsidera que o próprio controle público, apesar de ser essencial para o bom funcionamento da Administração Pública, é passível de disfunções que, por si só, afrontam a eficiência e a moralidade administrativas.

Em primeiro lugar, não se pode negligenciar o ônus decorrente da existência de sobreposições de esferas de controle sobre a Administração. Deixa-se à margem da análise os encargos associados a um sistema de controle extenso, fenômeno conhecido na literatura como "accountability overload" ou sobrecarga de responsabilização (Dionísio, 2019, p. 10). Conforme assinala Carlos Ari Sundfeld: "do ponto de vista econômico, tal movimento pode induzir à paralisação das ações dos gestores públicos, inclusive no contexto de empreendimentos de infraestrutura, resultando na redução dos investimentos" (2023, p. 52).

A isso se soma o fato de que, como evidenciado por Héctor A. Mairal, o excesso de rigidez da maquinaria estatal, paradoxalmente, facilita a proliferação de gestores ineficazes, uma vez que as dificuldades para a concretização de ações são ampliadas a tal ponto que possibilitam que maus tirem vantagem da situação (Mairal, 2018).

Este é um exemplo ilustrativo do panorama atual do sistema de controle nacional. Conceitos vagos, aliados a um controle excessivo, têm como efeito colateral a criação de um ambiente propício à disseminação da corrupção e da ineficiência da máquina pública.

E, um pouco além disso, como medir a **eficiência** do próprio sistema, que se legitima pela sua atuação? Conforme informa-

ções prestadas pelo TCU¹⁰, o órgão "a cada 1 real investido para seu funcionamento, o TCU retornou 36,95 reais para a sociedade em 2022".

Contudo, conforme estudo desenvolvido por Rafael Simões (apud Rosilho, 2023), o TCU não dispõe de informações prontas "sobre a proporção (taxa percentual) do ressarcimento obtido aos cofres públicos decorrente da cobrança/arrecadação de acórdãos", bem como que, entre 2017 e 2021, efetivamente ingressou aos cofres públicos da União apenas 1,71% das condenações perpetradas pelo Tribunal.

Esses dados ressaltam uma realidade importante: a eficiência do sistema de controle não deve ser medida apenas pela quantidade de sanções impostas ou valores ressarcidos, mas também, e sobretudo, pela sua capacidade de promover melhorias efetivas na gestão pública.

Outrossim, necessário pontuar que os argumentos apresentados anteriormente não devem ser interpretados como uma tentativa de promover uma proteção deficiente aos agentes públicos, contrariando os princípios basilares de "accountability" e transparência. Ao contrário, é essencial ressaltar a necessidade de equilíbrio entre a garantia de responsabilização efetiva e a promoção de um ambiente propício para a atuação justa e eficiente dos administradores.

O apelo reside em evitar a aplicação mecânica de conceitos jurídicos preestabelecidos e considerar atentamente o contexto em que se realiza a tomada de decisão por parte do administrador. Tal abordagem não implica uma ausência de responsabilização. Esta continuará a ser aplicada, desde que se cumpra o encargo de fundamentar de maneira consistente as razões pelas quais a culpa foi qualificada como grave.

Ademais, a existência de uma legislação que proteja o gestor de boa-fé de forma alguma impede que outros diplomas normativos continuem desempenhando seu papel de combate aos negligentes. A legislação administrativa sancionadora já estabelece medidas para responsabilizar os maus gestores, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa.

^{10 #}TCUemNúmeros. **Números de 2022.** Disponível: https://sites.tcu.gov.br/tcu-emnumeros/. Acesso em: 23 out. 2023.

O propósito da Lei n. 13.655/2018 é justamente o oposto e necessário: busca conferir maior segurança jurídica, protegendo os administradores públicos bem-intencionados. Como ressaltado por Gustavo Binenbojm e André Cyrino: "O artigo 28 da LINDB tem o propósito de proteger o gestor com boas motivações. Para que ele possa assumir o risco de tomar decisões e dormir tranquilo. Em relação ao administrador negligente [grifei], os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa continuam a lidar com esse assunto" (2018, p. 206).

Em síntese, alinha-se à posição defendida pelo Ministro Barroso nos autos da ADI 6421/DF de que é essencial observar o princípio da proporcionalidade, particularmente em sua dimensão de proibição de proteção insuficiente. Não se advoga em contrário (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2023).

A dualidade inerente ao princípio da proporcionalidade, que compreende tanto a proibição do excesso quanto a proteção insuficiente, deve ser tratada com prudência ao considerar a implementação de regulamentações que buscam equilibrar a responsabilidade administrativa com a complexa realidade enfrentada pelos agentes públicos. A aplicação criteriosa desses conceitos no contexto normativo e constitucional contribui para a construção de um ambiente jurídico equitativo e consistente, fomentando a integridade e a eficiência na prática da administração pública.

Contudo, é crucial reconhecer que o controle e a responsabilização dos agentes públicos não devem ser abordados de forma simplista, presumindo que um escrutínio mais rigoroso resulte sempre em uma administração mais eficaz. O equilíbrio entre a responsabilização dos gestores negligentes e a proteção dos bem-intencionados é essencial para garantir uma administração pública competente e ética.

Nesse contexto, a Lei n. 13.655/2018, ao introduzir o artigo 28 na LINDB, busca exatamente esse equilíbrio, resguardando os administradores públicos que atuam com honestidade e assumem riscos calculados em prol do interesse público. Essa salvaguarda não implica impunidade, uma vez que os negligentes permanecem sujeitos a responsabilização, tanto nos termos da LINDB quanto por intermédio de outras normas e leis pertinentes ao assunto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise minuciosa sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) à luz do artigo 37, § 6° da Constituição Federal, surge uma compreensão crucial. A densificação do conceito de culpa previsto na Constituição Federal não é apenas justificável, mas também imperativa, sendo perfeitamente alinhada com a ordem jurídica brasileira. É fundamental que o controlador, ao desempenhar o seu papel, leve em consideração as particularidades práticas enfrentadas pelo gestor.

Primeiramente, é importante ressaltar que a Constituição Federal não fornece uma definição explícita do conceito de culpa. Portanto, não há qualquer impedimento constitucional para que o direito administrativo sancionador elabore o seu próprio conceito de responsabilização, adaptado às complexidades e especificidades da gestão pública.

Até porque o contexto decisório do administrador público é singular. A tomada de decisões no âmbito da administração pública frequentemente envolve uma ampla gama de variáveis e complexidades inexistentes no setor privado, o que torna inadequado aplicar um conceito de culpa genérico, desprovido de considerações contextuais. Nesse sentido, a densificação do conceito de culpa no direito administrativo sancionador é não apenas admissível, mas também necessária para promover uma administração pública eficiente e ética.

Além disso, a redação conferida pela Lei n. 13.655/2018 não viola os postulados da moralidade e da eficiência. Ao revés, almeja-se atingir um equilíbrio entre a responsabilização dos gestores negligentes e a proteção dos diligentes. A reprovação daqueles que incorrem em condutas irregulares é indispensável para a preservação da integridade no âmbito da gestão pública. Todavia, é de igual importância compreender e resguardar quem age de boa-fé, assumindo riscos calculados em favor da inovação e do interesse coletivo.

Esta salvaguarda não importa em imunidade, uma vez que os administradores negligentes continuam sujeitos a responsabilização, seja nos termos preconizados pela Lei de Introdução às Normas

do Direito Brasileiro (LINDB), seja mediante o emprego de outras disposições normativas e jurídicas correlatas ao tema.

Acrescenta-se, ademais, que se propõe, como derradeiro ponto, uma modificação na errônea compreensão de que uma maior quantidade de condenações resulta inevitavelmente em uma situação mais favorável, ideia que não encontra respaldo na realidade prática. O excesso de controle desencadeia processos burocráticos, estagnação na tomada de decisões e despesas substanciais, tanto de natureza financeira quanto administrativa. Torna-se imprescindível reconhecer que a eficácia do sistema de monitoramento não deve ser avaliada unicamente com base no número de penalidades impostas, mas sim pela capacidade de promover aprimoramentos eficazes na gestão pública.

Dessa forma, é imperativo que o responsável pelo controle exerça sua função quando necessário, de modo que o gestor probo possa dispor de espaço para decidir e inovar com respaldo jurídico, enquanto o negligente seja devidamente sancionado. É vital que cada elemento seja alocado em sua devida esfera de atuação, a fim de promover um sistema jurídico equilibrado e uma administração pública eficaz.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

APLICAÇÃO dos novos dispositivos da LINDB pelo TCU: sumário executivo. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Sumario-LINDB-pelo-TCU.pdf. Acesso em: set. 2023.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018), 2018.

BINENBOJM, Gustavo; DIONISIO, Pedro de Hollanda. Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: out. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 9.830, de 04 de setembro de 1942.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acessado em: out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421/DF.** Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 22 de setembro de 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe. asp?incidente=5912207. Acesso em: out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 006.662/2000-3, Acórdão nº 1.590/2019 - Plenário**. Relatora: Min. Ana Arraes, 10 de julho de 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2349623. Acesso em: 23 out. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil**. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

G1 SANTA CATARINA. **Morte de reitor da UFSC completa um ano:** relatório da PF sobre a Ouvidos Moucos segue com o MPF. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2018/10/02/morte-de-reitor-da-ufsc-completa-um-ano-relatorio-da-pf-sobre-a-ouvidos-moucos-segue-com-o-mpf.ghtml. Acesso em: 23 out. 2023.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O direito administrativo do medo:** a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-

direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: jul. 2023.

MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. **Nova LINDB, consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

MAIRAL, Hector A. **As raízes legais da corrupção ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei e Introdução às normas de Direito Brasileiro (Lei n.º 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, 2020, p. 209-249.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Vetos à LINDB, o TCU e o erro grosseiro dão boas-vindas ao "administrador médium". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/leonardo-coelho-vetos-lindb-tcu-errogrosseiro. Acesso em: jul. 2023.

ROSILHO, André. **Quanto o TCU devolve ao erário?** Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2023/03/30.3.23-Quanto-o-TCU-devolve-ao-erario .pdf. Acesso em: ago. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari; NEVES, Camila Castro. A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 126, 2023, p. 25-80.

#TCUemNúmeros. **Números de 2022.** Disponível: https://sites.tcu.gov.br/tcu-em-numeros/. Acesso em: 23 out. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MORAL HARASSMENT IN PUBLIC ADMINISTRATION

Mateus Corrêa Cardoso

Resumo: O presente artigo traz uma abordagem sobre o tema "Assédio moral na Administração Pública". Buscando trazer maiores informações sobre a ocorrência doassédio e como os órgãos públicos lidam com isso, foi realizada pesquisa de aspectos relevantes do assédio moral, como seus requisitos e espécies, bem como análise delegislações específicas que tratam do assunto e de decisões nos tribunais a respeito do referido tema. Através da pesquisa, foi possível constatar que existe esforço de estados e munícipios no combate e prevenção ao assédio moral, contudo, também foi possível constatar divergências entre legislações e decisões que deixam margem paradiversas interpretações, bem como requisitos controversos para a configuração do assédio moral.

Palavra-chave: assédio moral; administração pública; legislações regionais; decisões dos Tribunais; assédio moral vertical; assédio moral horizontal; assédio moral misto.

Abstract: This article brings an approach on the theme "Moral Harassment in Public Administration". Seeking to bring more information about the occurrence of harassment and how public bodies deal with it, research was carried out on relevant aspects of moral harassment, such as its requirements and types, as well as analysisof specific legislation that deal with the subject and decisions in the courts to regardingthe said topic. Through the research, it was possible to verify that there is an effort of states and municipalities in the fight and prevention of moral harassment, however, it was also possible to verify divergences between legislations

¹ Advogado. Residente Jurídico. Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil, Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Faculdade Dom Alberto. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil e Direito Tributário e Processo Tributário pela Faculdade Legalle.

and decisions that leaveroom for different interpretations, as well as controversial requirements for the configuration of moral harassment. **Keywords:** moral harassment; public administration; regional legislation; court decisions; vertical moral harassment; horizontal horal harassment; mixed moral harassment.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do assédio moral no serviço público, trazendo seu conceito, requisitos para sua configuração, bem como as espécies mais comuns de assédio moral.

A fim de verificar como a Administração Pública vem tratando do tema, foramanalisadas legislações locais de todas as regiões do país, ressaltando seus aspectosmais relevantes. Além disso, foram feitas comparações entre elas, apontando as semelhanças e diferenças que existem entre todas.

Ainda, foram selecionadas algumas jurisprudências, das quais também foramfeitas análises de seus principais pontos, visando entender melhor como os tribunaisvem tratando a respeito do assédio moral no serviço público.

Para a elaboração do presente trabalho foi adotada a metodologia dedutiva, de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e de legislação.

Ao final, nas considerações finais, foram apontadas as principais providênciasque devem ser tomadas pelo Poder Público, visando o combate e as punições para os casos de assédio moral.

2. ASSÉDIO MORAL

O assédio moral no ambiente de trabalho é um tema muito importante e sensível, visto que este pode trazer impactos significativos não só dentro do próprio ambiente, como também, no que diz respeito a saúde de quem for vítima do assédio.

Em que pese, ouça-se falar mais do assédio moral no setor privado, a administração pública não está imune aos seus efeitos.

Muito embora os servidores públicos gozem da estabilidade que o cargo lhes oferece (o que, normalmente não ocorre no setor privado), não é difícil encontrar casos de perseguição a servidores, sejam por questões políticas ou pessoais.

A incidência de casos de assédio moral na Administração Pública, cada vez mais, é objeto de preocupações nos processos de gestão, deixando de caracterizar-se como fenômeno típico das organizações privadas (Ohlweiler, 2021, p.13).

O assédio moral é uma conduta que visa constranger, humilhar, rebaixar, fazer com que o outro se sinta rejeitado, e normalmente ocorre por meio de xingamentos, ofensas, difamação e tratamento frio. São também formas de assédio a cobrança excessiva por metas, muitas vezes inviáveis de serem alcançadas, invasãoda vida pessoal do outro, seja por telefone ou meios digitais de comunicação, além das já conhecidas "piadas" constantes de mau gosto.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins (2015, p.433), um dos maiores doutrinadores na áreatrabalhista, o assédio moral pode ser descrito como:

Uma conduta ilícita, de forma repetitiva, de natureza psicológica, causando ofensa à dignidade, à personalidade e à integridade do trabalhador. Causa humilhação e constrangimento ao trabalhador. Implica guerra de nervos contra o trabalhador, que é perseguido por alguém.

Em regra, a vítima do assédio é subordinada do assediador, o que permite que este se valha de sua função superior para a prática do ato. Contudo, como será visto na sequência, o assédio moral pode vir de colegas da mesma função ou, até mesmo, do subordinado para com seu superior.

Como já mencionado, o assédio moral é abordado com mais ênfase no setorprivado, contudo, o debate sobre o tema vem ganhando mais força nos últimos tempos, muito por conta da pandemia, visto que muitos servidores passaram a atuar na modalidade *home office* ou híbrida, o que, em muitos casos, acarretou em um aumento excessivo de trabalho e cobranças constantes para o atingimento de metas.Em consequência disso,

não raros são os casos de afastamento de servidores por motivo de doença, muitas vezes causadas pelo excesso de cobranças.

As humilhações sofridas no ambiente profissional têm como principais sinaiso desenvolvimento de quadros de depressão (que podem desencadear também a Síndrome do Pânico), distúrbios do sono, palpitações, hipertensão, distúrbios digestivos, transtornos alimentares, dores generalizadas, alteraçãona libido, alcoolismo, tremores, Síndrome de Burnout, ideações e tentativas de suicídio (Pereira, 2018).

Portanto, é dever dos gestores e do Poder Público identificar e desenvolver ferramentas que possibilitem prevenir casos de assédio moral, visto que os efeitos dessa prática não refletem tão somente sobre a vítima, mas também sobre toda a organização, já que constantes afastamentos de servidores acarretarão prejuízos ao erário.

2.1 Tipos de assédio moral

Conforme já mencionado anteriormente, em regra, o assédio costuma vir de cima para baixo, o que não impede que existam outras formas. Assim sendo, é possível identificar, pelo menos, três modalidades de assédio moral. São elas: **assédio moral vertical** (ascendente ou descendente), assédio moral horizontal, e, assédio moral misto (Hirigoyen, 2015, p. 104).

- a. Assédio moral vertical (ascendente ou descendente): essa modalidade tem por característica a diferença hierárquica das funções. Ocorre o assédio moralvertical ascendente quando o assediador é o subordinado e a vítima é seu superior. Já no caso do assédio moral vertical descendente ocorre justamenteo contrário, o assediador é o superior hierárquico e a vítima é seu subordinado.
- **b. Assédio moral horizontal:** Neste caso, não há diferença hierárquica, ou seja,tanto assediador quanto vítima são semelhantes, estão no mesmo nível.
- c. Assédio moral misto: No assédio moral misto, há mais de um assediador, sendo que cada um deles pertence

a um nível hierárquico diferente. Como o próprio nome já deixa claro, nessa espécie há uma mescla das demais modalidades

2.2 Requisitos para ser configurado assédio moral

Para que a conduta seja classificada como assédio moral, é necessário que estejam presentes alguns requisitos. Em que pese já tenha sido mencionado que o assédio moral tenha por objetivo inviabilizar a vítima por meio de condutas que a constranjam, humilhem e rebaixem, para ser considerado assédio moral a conduta terá que ser habitual, degradante e repetitiva.

Portanto, uma das características imprescindíveis para que se caracterize Assédio Moral é a intencionalidade de forma a neutralizar a vítima por meio do poder. A humilhação, o constrangimento, a perseguição, o rebaixamento,a degradação necessariamente precisam ter ocorrido de forma repetitiva [...] (Candido, 2011, p. 67).

Contudo, aqui cabe uma ressalva, principalmente no que diz respeito a continuidade no tempo da conduta. Tendo em vista o caráter inteiramente subjetivo do assédio moral, falar em continuidade parece ser um tanto contraditório, visto que não é possível mensurar o que determinada pessoa sente em relação a um ato constrangedor ou a vários episódios repetitivos.

Em sua obra, Ohlweiler (2021, p. 50) lembra bem que é preciso refletir sobre as formas de caracterizar o assédio moral, não devendo apegar-se ao formalismo de conceitos. Sendo necessário que se avaliem as condições sociais de sua produção, bem como os diversos contextos que estejam presentes.

Tentar quantificar a conduta para que se possa configurar como assédio apenas proporciona ao assediador mecanismos de se eximir de uma punição. No entanto, é dessa forma que os tribunais e especialistas no assunto entendem.

3. ASSÉDIO MORAL E A LEGISLAÇÃO

No Brasil não há uma legislação específica que trate do assédio moral no âmbito federal, o que existe são legislações estaduais e municipais que tratam do tema. No entanto, a Constituição Federal (Brasil, 1988) traz em alguns de seus dispositivos garantem a proteção da dignidade humana, bem como a valorização do trabalho.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

- a dignidade da pessoa humana;
- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano ena livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e comoobjetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Ademais, no ano de 2019 foi aprovado pela Câmara dos Deputados o Projetode Lei 47,42/01, responsável por introduzir ao Código Penal o art. 146-A, que tipifica o assédio moral no ambiente de trabalho como crime. O projeto foi encaminhado ao Senado, onde junto com a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, vem sendodiscutidas esta e outras modificações do Código Penal, por meio do Projeto de Lei nº1521/2019.

É importante ressaltar que, mesmo não havendo legislação específica, a vítima do assédio deve procurar auxílio, para isso ela deverá comunicar seu superiorhierárquico sobre os fatos e, sendo

² Art. 146-A. Ofender reiteradamente a dignidade de alguém causando-lhe dano ou sofrimento físico oumental, no exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Somente se procede mediante representação, que será irretratável.

^{§ 2}º A pena é aumentada em até 1/3 (um terco) se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos.

^{§ 3}º Na ocorrência de transação penal, esta deverá ter caráter pedagógico e conscientizador contra oassédio moral.

este o assediador, procurar auxílio das ouvidorias, sindicatos e, até mesmo do Ministério Público.

No que diz respeito ao processamento e julgamento das ações que envolvamservidores públicos, o responsável será um agente pago pelo próprio Ente Público. No âmbito judicial, as demandas serão julgadas pela justiça comum, aplicando-se aspenalidades com base na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) (Korzekwa, 2021, p. 621-622).

3.1 Legislações regionais

Considerando que não há legislação específica a nível nacional e, tendo em vista que cabe a cada ente dispor sobre o regime de seus servidores, estados e municípios passaram a adotar as medidas que entende cabíveis para combater o assédio moral em seus quadros.

Visando analisar e compreender melhor como os órgãos públicos vêm tratando do assunto, na sequência serão analisadas e comparadas legislações em vigor de algumas cidades e estados do país que visam prevenir e combater o assédiomoral. Foram escolhidos estados de cada região do país, algumas cidades do Rio Grande do Sul e a Cidade de São Paulo, por ser a maior metrópole do país. A escolhapelas localidades se deu na tentativa de ter, pelo menos, um representante de cada região do país.

As leis abordadas serão Lei nº 13.288 (São Paulo, 2002), Lei nº 189 (Natal, 2002); Lei Complementar nº 116 (Minas Gerais, 2011); Lei nº 18.456 (Goiás, 2014); Lei nº 8.630(Florianópolis, 2011); Lei nº 1.475 (Porto Velho, 2002); Lei Complementar nº 435 (Porto Alegre, 2014); Lei Complementar nº 457 (Caxias do Sul, 2014); Lei nº 4.552 (Santa Maria, 2002); Lei nº 4.864 (Torres, 2016).

3.1.1 Lei 13.288/2002 – Município de São Paulo

São Paulo é uma das cidades do país que contam com legislação específica tratando do assédio mora no serviço público. A Lei surgiu do Projeto de Lei nº 425/1999, proposto pelo então

vereador Arselino Tatto, e foi promulgada em 2002, pela prefeita da época, Marta Suplicy.

De início, a legislação em seu primeiro artigo já deixa claro quais são as punições para quem praticar assédio moral nas dependências do trabalho, que vão desde a participação em cursos de aprimoramento, suspensão, multa, chegando até mesmo àdemissão do servidor

Ainda no primeiro artigo, em seu parágrafo único, são apresentados os requisitos necessários para que a conduta seja considerada como assédio. Em síntese, são considerados atos que configuram o assédio moral, segundo a lei, atos que causem danos pessoais e profissionais aos servidores, seja por meio de transferência do servidor para setores incompatíveis com suas funções, apropriar-se de ideias de outros, exclusão do servidor no dia a dia, tecer críticas excessivas, subestimar seus esforços, além de disseminar a propagação de rumores, fatos maliciosos ou inverídicos a respeito dos colegas.

Ressalte-se aqui que, diferente do que já fora visto até aqui, a Lei da capital paulista não faz menção ao requisito visto no começo deste artigo, onde consta que, para que configurado o assédio moral é necessário que a conduta seja repetitiva. Assim sendo, há uma divergência em relação a doutrina e a jurisprudência. Vale lembrar que anteriormente já houve crítica ao referido requisito, visto que este pode ser utilizado como justificativa para que determinada conduta seja descaracterizada como assédio, mesmo que os demais requisitos estejam presentes.

Seguindo na análise da legislação, o artigo 3º esclarece que para abertura deprocedimento administrativo, se faz necessária a provocação pela parte ofendida ou pela autoridade que tiver conhecimento do fato. Contudo, a legislação não faz menção a possibilidade de outra pessoa que presenciar os fatos poder fazer a denúncia. Em que pese o procedimento administrativo dependa de representação do ofendido, é preciso que se levem em consideração, nesses casos que, muitas vezes o servidor opta por não representar contra o assediador por medo de represálias.

Por fim, é garantido ao acusado, o direito a ampla defesa das acusações imputadas (art.3º, parágrafo único) e, sendo confirmado o assédio, as punições serão aplicadas de forma progressiva,

levando em consideração a reincidência e a gravidade do ato praticado (art. 4°).

3.1.2 Lei nº 189/2002 – Município de Natal/Rio Grande do Norte

Outro município que editou lei para tratar do assédio moral é Natal, capital do Rio Grande do Norte. A lei, assim como a de São Paulo, já em seu primeiro artigo já apresenta as punições aplicadas ao servidor que praticar assédio, contudo, com algumas diferenças, já que a lei de Natal prevê a aplicação da pena de advertência escrita, suspensão cumulada com a obrigatoriedade em curso de comportamento profissional ou multa, além da possibilidade de exoneração.

No que diz respeito aos requisitos para a configuração do assédio moral, a linha seguida é a mesma da cidade de São Paulo, inclusive, não fazendo mençãoa necessidade de o ato ser repetitivo, como pode ser visto na sequência:

Artigo 2º - Para fins das disposições desta Lei, fica considerado como assédiomoral todo tipo de ação, gesto ou palavra, que atinja a autoestima, a segurança, a dignidade e moral de um servidor ou funcionário, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, causando-lhe constrangimento ou vergonha, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional, à estabilidade ou equilíbrio do vínculo empregatício e à saúde física ou mental do servidor ou funcionário.

Parágrafo único - Para efeito desta Lei, considera-se assédio moral, dentre outros, os seguintes comportamentos: marcar tarefas com prazos impossíveis; transferir alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de ideias de outros; ignorar ou excluir um servidor ou funcionário de ações e atividades pertinentes à sua função específica, só sedirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de forma contínua sem motivação justa; espalhar rumores maliciosos de ordem profissional ou pessoal; criticar com persistência causa justificável; subestimar esforços no desenvolvimento de suas atividades; sonegar-lhe trabalho; restringir ou suprimir liberdades ou ações permitidas aos

demais de mesmo nível hierárquico funcional; outras ações que produzam os efeitos retromencionados (Natal, 2002).

Quanto ao processo administrativo, os procedimentos também são iguais aosda capital paulista, sendo garantido o direito a ampla defesa do acusado (art. 3°, parágrafo único), necessidade de provocação do ofendido ou autoridade competentepara abertura do processo (art. 3°, *caput*), assim como a forma progressiva das penalidades, levando em conta a reincidência do autor e a gravidade da ação (art. 4°).

3.1.3 Lei nº 8.630/2011 – Município de Florianópolis/ Santa Catarina

Na região sul, Florianópolis também é um município que possui legislação quevisa combater o assédio moral. A lei possui grande semelhança com os textos já trazidos até aqui, contudo, diferentemente das demais, a Lei nº 8.630/2011, em seu art. 1º, há menção ao requisito da repetitividade do procedimento que resulte na violação da dignidade do servidor ou que lhe causem condições humilhantes ou degradantes .

Vale ainda menção ao inciso II, do art. 1º, que diz ser assédio moral designaro servidor para exercício de funções triviais, quando este for exercente de funções técnicas, especializadas, ou quando exijam treinamento e conhecimentos específicos. Este dispositivo se mostra muito oportuno, pois não são raras as vezes em que servidores técnicos ou com formação específica são deslocados para realizarem tarefas inferiores à sua formação, por interesse da administração pública.

Ainda, o art. 3º preceitua que os atos que resultem de assédio moral serão nulos, enquanto que o art. 4º traz as penalidades para que cometer assédio moral, sendo estas "I – advertência; II – suspensão; e III – demissão ou exoneração".

Outra questão trazida pela lei e que merece destaque é referente a segurança do servidor. O art. 5°, parágrafo único

³ Art. 1º Fica vedado o assédio moral no âmbito da administração pública municipal direta, indireta, autarquias e fundações públicas, submetendo o servidor a procedimentos repetitivos que impliquem em violação de sua dignidade ou, por qualquer forma, que o sujeitem às condições de trabalho humilhantes ou degradantes (Florianópolis, 2011).

garante a proteção de todo aquele que tenha testemunhado ou que tenha relatado situações de assédio moral.

Por fim, a lei municipal ainda traz um dispositivo com determinações que visam prevenir o assédio moral.

Art. 7° [...]

Parágrafo Único - Para fins deste artigo serão adotadas, dentre outras, asseguintes medidas:

- I o planejamento e a organização do trabalho:
- a. levará em consideração a autodeterminação de cada servidor e possibilitará o exercício de sua responsabilidade funcional e profissional;
- b. dará a ele possibilidade de variação de atribuições, atividades ou tarefas funcionais;
- c. assegurará ao servidor oportunidade de contatos com os superioreshierárquicos e outros servidores, ligando tarefas individuais de trabalho e oferecendo a ele informações sobre exigências do serviço e resultados; e
- d. garantirá a dignidade do servidor.
- II o trabalho pouco diversificado e repetitivo será evitado, protegendo o servidor no caso de variação de ritmo de trabalho; e
- III as condições de trabalho garantirão ao servidor oportunidades de desenvolvimento funcional e profissional no serviço (Florianópolis, 2011).

3.1.4 Lei nº 1.475/2002 – Município de Porto Velho/ Rondônia

Partindo para região norte, mais precisamente a capital de Rondônia, Porto Velho, também possui legislação a respeito do assédio moral. A legislação local mantém semelhança com as demais, as penalidades trazidas no seu primeiro artigo são praticamente as mesmas, indo da exigência de participação em curso de aprimoramento, até a possibilidade de exoneração.

Quanto aos requisitos, está assim como a Lei nº 8.630/2011, de Florianópolis, também faz menção a repetição do ato para que seja configurado assédio moral.

Uma diferença trazida pela legislação analisada neste tópico é que no parágrafo 2º do art. 1º, há informação quanto a penalidade de multa, fica estipulado ovalor mínimo de 50% do salário-mínimo nacional, podendo chegar à metade do rendimento do servidor.

3.1.5 Lei Complementar nº 116/2011 – Estado de Minas Gerais

Já, partindo para o âmbito estadual, Minas Gerais é um dos estados que possui legislação própria sobre o assunto. O estado da região sudeste do país, por meio da LC nº 116/2011, passou a dispor sobre a prevenção e a punição do assédio moral na administração pública estadual.

A LC nº 116/2011, em boa parte de seu texto, repete o que as demais legislações trazidas até aqui, contudo, há alguns itens que merecem ser ressaltados. De início o texto traz em seu artigo 3º, §1º, um rol de situações que caracterizariam a prática do assédio moral, embora a maioria das situações sejam uma repetição do que já fora visto, o Estado Mineiro tratou desse ponto da legislação de uma forma mais organizada. Além disso, há situações que não constam em outros textos como as trazidas nos incisos VII e VIII:

Art. 3°

§1°. Constituem modalidades de assédio moral:[...]

VII - subestimar, em público, as aptidões e competências de agente público;

VIII - manifestar publicamente desdém ou desprezo por agente público oupelo produto de seu trabalho; (Minas Gerais, 2011).

E por que estes dois incisos são dignos de receber destaque? Basicamente porque tais condutas sejam das mais comuns em um ambiente de trabalho. Parece que as pessoas têm uma predisposição para perder a linha, normalmente, quando estão em público. E quando se fala em público é preciso lembrar que esse termo não significa, necessariamente, que seja uma multidão. Talvez seja isso que confunda aspessoas, fazendo com que percam um pouco da noção.

Subestimar a capacidade de alguém ou manifestar-se com desprezo em público, como preceituam os incisos mencionados, pode ocorrer em meio a repartição/setor que o servidor está lotado, em uma reunião de equipe, onde normalmente existem cobranças e que, dependendo do gestor, a cobrança pode extrapolar o limite do bom senso, bem como em grupos de aplicativos de mensagens.

O legislador foi feliz ao inserir estas duas hipóteses de forma clara, pois, por mais que se tenha um entendimento sobre elas, em outras legislações estas situações ficam, de certa forma, genéricas.

Outro inciso que também merece destaque é o XIV, que fala daqueles que possuem cargos comissionados e que tentam se valer deste para influenciar, de alguma forma, o servidor a fazer ou deixar de praticar algum ato que a lei determine.

Neste caso, é sabido que, na maioria das vezes, cargos em comissão são cargos políticos, portanto, este dispositivo visa impedir a interferência política.

A legislação ainda garante a proteção do servidor que denunciar ou testemunhar uma situação de assédio moral, como pode ser visto nos §§ 2º e 3º, do art. 3º:

- § 3º Nenhuma medida discriminatória concernente a recrutamento, formação, lotação, disciplina ou promoção pode ser tomada em relação a agente público levando-se em consideração:
- I o fato de o agente público haver pleiteado administrativa ou judicialmentemedidas que visem a fazer cessar a prática de assédio moral:
- II o fato de o agente público haver-se recusado à prática de qualquer ato administrativo em função de comprovado assédio moral (Minas Gerais, 2011).

Já, no que diz respeito às punições, elas são: repreensão, suspensão e demissão (art. 4°). Percebe-se que, diferente do que foi visto em outras legislações, aqui não há a punição de participação em cursos de aprimoramento. Outra punição que merece destaque é aquela aplicada ao servidor de cargo em comissão, que está sujeito à perda do cargo ou função, ficando

impedido de ocupar outro cargo ou função gratificada por cinco anos

Caminhado para o final, o texto ainda traz os prazos prescricionais para a pretensão punitiva administrativa, sendo estes prazos de dois anos, quando se tratar de repreensão ou suspensão, e de cinco anos, quando a pena for de demissão.

Como visto até aqui, o texto mineiro é mais completo do que outros já vistos até aqui, contando, inclusive, com orientações e medidas para a prevenção e combate do assédio moral, que contará com a participação de representantes sindicais ou associações dos servidores.

Art. 9º A administração pública tomará medidas preventivas para combater o assédio moral, com a participação de representantes das entidades sindicais ou associativas dos servidores do órgão ou da entidade.

Parágrafo Único. Para fins do disposto no caput, serão adotadas as seguintes medidas, sem prejuízo de outras que se fizerem necessárias:

- I promoção de cursos de formação e treinamento visando à difusão das medidas preventivas e à extinção de práticas inadequadas;
- II promoção de debates e palestras, produção de cartilhas e material gráficopara conscientização;
- III acompanhamento de informações estatísticas sobre licenças médicasconcedidas em função de patologia associada ao assédio moral, para identificar setores, órgãos ou entidades nos quais haja indícios da prática de assédio moral (Minas Gerais, 2011).

Por fim, o Estado ainda se compromete a fornecer acompanhamento psicológico tanto para a vítima de assédio moral, com também para o assediador, caso entenda-se ser necessário (art. 11).

3.1.6 Lei nº 18.456/2014 - Estado de Goiás

Como representante da região centro-oeste do Brasil, foi escolhido o Estado de Goiás. O estado também optou por manter

boa parte dos textos de outros entes, contudo, existem pontos importantes que merecem ser abordados.

O texto estadual ao prever as penalidades a serem aplicadas àquele que, comprovadamente, praticar₄ assédio moral são repreensão, suspensão, multa e demissão . Portanto, o Estado de Goiás, assim como Minas Gerais, optou por não inserir nas punições a obrigatoriedade de participação em cursos de aperfeiçoamento. Já no tocante à suspensão, a legislação prevê a aplicação dessa em casos considerados graves, e esta terá prazo máximo de 90 dias. A multa também é outro item que se difere um pouco do que já fora visto, quando se trata de valores. A lei estadual estipula valor entre 100 reais e 3 mil reais, sendo limitada ao valor correspondente a 50% da remuneração ou subsídio do agente que praticar o assédio. E a demissão será aplicada em casos que a conduta for considerada gravíssima ou em casos de reincidência de suspensões.

Ainda, assim como na legislação mineira, o Estado de Goiás no mesmo textodeterminou as medidas a serem tomadas para prevenir a prática do assédio moral, como a promoção de cursos de formação, debates, palestras, treinamentos dos servidores, acompanhamento das estatísticas referentes às licenças médicas em razão do assédio moral, além de disponibilizar, também, acompanhamentopsicológico.

⁴ Art. 5° A prática de assédio moral, comprovada mediante processo administrativo disciplinar, implicará a aplicação das seguintes penalidades, observadas a reincidência e a gravidade dos fatos apurados: I - repreensão; II - suspensão; III - multa; IV - demissão.

⁵ Art. 10. Com a finalidade de prevenir o assédio moral, os órgãos e as entidades de cada Poder, doMinistério Público e dos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios adotarão, nos respectivos âmbitos, as seguintesmedidas, sem prejuízo de outras que se fizerem necessárias:

⁻ promoção de cursos de formação e treinamento visando à difusão de medidas preventivas e extinçãode práticas inadequadas;

⁻ promoção de debates e palestras, bem como a produção de cartilhas e material gráfico paraconscientização;

⁻ promoção de treinamento para servidores que atuem nas unidades setoriais de recursos humanosdos órgãos e entidades, com conteúdo que possibilite identificar as condutas caracterizadas como assédio moral,promovendo o acolhimento da vítima e prestando orientações a ela e ao agressor;

⁻ acompanhamento de informações estatísticas sobre licenças médicas concedidas em função depatologia associada ao assédio moral, para identificar setores, órgãos ou entidades nos quais haja indícios da prática deassédio moral;

⁻ acompanhamento psicológico aos sujeitos passivos, bem como aos ativos, quando necessário, naforma que dispuser o regulamento. (Goiás, 2014).

Por fim, o Estado instituiu o dia 2 de maio como o "Dia Estadual de Luta Contrao Assédio Moral", data em que são realizadas várias atividades que buscam esclarecer dúvidas, orientação quanto a procedimentos, além das demais medidas já mencionadas anteriormente

4. DAS LEGISLAÇÕES MUNICIPAIS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

No Rio Grande do Sul, várias cidades optaram por adotar legislação própria para tratar do assédio moral no serviço público. Como ficaria inviável falar de todas, optou-se por trazer algumas das cidades mais importantes do estado que possuem textos sobre o assunto, tendo uma abordagem mais destacada para a capital Porto Alegre, como não poderia ser diferente.

ALei Complementar n° 435/2014, foi responsável por alterações importantes no estatuto dosfuncionários públicos do município, dentre tais alterações estão as punições àqueles que praticarem assédio moral.

O referido texto, de início, aborda o assédio moral como sendo uma conduta praticada por alguém em cargo superior, já que o art. 1º, que alterou o art. 197 do estatuto, menciona "praticar assédio moral contra seus subordinados". Ou seja, o dispositivo não considerou as demais modalidades de assédio moral, tratando apenasdo assédio vertical.

Ao abordar os requisitos, a lei também faz menção a "repetição" do ato, requisito este que já foi alvo de questionamento no início do texto e que será abordadonovamente mais adiante.

Ainda sobre a forma com que a legislação considera ser assédio moral, merecem ser destacados dois pontos específicos: os incisos V e VII, § 4º do art. 197 do Estatuto do Servidor (LC nº 133)

⁶ Art. 197 [...]

^{§ 4}º Para o fim do disposto no inc. XXVI do caput deste artigo, considera-se assédio moral qualquer ação, gesto ou palavra que atinja, pela sua repetição, a autoestima e a segurança do funcionário, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando dano ao ambiente de trabalho, à sua evolução profissional ou à sua integridade física, emocional ou funcional, como, por exemplo:

(Porto Alegre, 1985). O inciso V fala em "sonegar reiteradamente informações necessárias à elaboração de trabalhos", enquanto o inciso VII fala em "críticas frequentes".

A crítica aqui, referente aos incisos citados se dá, mais uma vez referente a necessidade de repetição ou reiteração dos atos. De fato, nestes dois casos, um ato isolado dificilmente seria considerado assédio moral, contudo, ao não se estabelecerum parâmetro, tudo fica vago, dúbio. Um ato repetido duas vezes pode ser considerado repetitivo por uma pessoa e para outra não. Ao não estabelecer um limitecerto, sempre haverá margem para diversas interpretações.

Sonegar qualquer tipo de informação não deveria sequer depender deste requisito, salvo aquelas que dependam de sigilo. Já no que diz respeito à críticas persistentes é preciso que se use do bom senso, pois por mais que sejam constantes, devem ser bem analisados os motivos dessas críticas, pois não é incomum as análiseslevarem em conta somente um lado das versões.

Importante frisar também que a legislação municipal garante proteção à vítima de assédio moral, possibilitando a mudança de local de trabalho até a conclusão do processo disciplinar. Essa medida se mostra muito válida, uma vez que manter vítima e assediador no mesmo ambiente prorrogaria ainda mais o sofrimento daquela, portanto, nada mais razoável que afastar as partes.

Seguindo na abordagem de cidades gaúchas que possuem legislação sobre o tema, Caxias do Sul, na serra, é outro município que também adotou medidas paratratar do assédio moral.

A LC nº 457 (Caxias do Sul, 2014) foi responsável por acrescentar e alterar dispositivos no Estatuto dos Servidores Públicos (LC nº 3.673) (Caxias do Sul, 1991), que tratam especificamente do assédio moral. O texto, em si, também mantém boa parte da redação adotada pela maioria dos demais entes, contudo, diferentemente da legislação da capital, o município serrano, ao conceituar o assédio moral, deixa claro que este pode ocorrer também em relações horizontais. Assim sendo, não se limita a

V - sonegar reiteradamente informações necessárias à elaboração de trabalhos.[...] VII - criticar com persistência; (Porto Alegre, 1985).

conduta de superiores contra subordinados, podendo ocorrer entre servidores da mesma função .

Santa Maria, na região central do Estado, também possui lei que trata do assédio moral no serviço público (Lei nº 4552) (Santa Maria, 2002). No entanto, o texto aborda o tema de maneira bastante genérica, basicamente tratando das punições a serem aplicadas (art. 1º), bem como o que configuraria o assédio moral (§ 1º). No entanto, a legislação deixa a entender que trata tão somente do assédio vertical, já que o *caput*do art. 1º menciona apenas a prática de assédio moral contra subordinados, portanto, deixando de fora as demais espécies.

Por fim, Torres, no litoral gaúcho, por meio da Lei nº 4.864 (Torres, 2016), dispões sobremedidas de prevenção e as punições a serem aplicadas em casos de assédio moral na administração pública municipal.

Já de início, a lei deixa claro que o assédio moral não se limita a atos do superior para com seu subordinado, ao frisar que vedação atinge agentes públicos que assediarem seus subordinados ou colegas . Não obstante a isso, o §1º do art. 3º, descreve *ipsis litteris* as espécies de assédio moral:

Art. 3° [...]

§ 1º As práticas de assédio moral podem se dar tanto do chefe para seu(s) subordinado(s) (assédio descendente), como do(s) subordinado(s) para seu(s) superior(es) (assédio ascendente), entre os colegas de trabalho, ou podem ser mistas, isto é, entre superiores, colegas e/ou subordinado(s) (Torres, 2016).

Vê-se aqui uma diferença significativa em relação aos demais textos trazidosaté aqui, já que na ampla maioria, havia a abordagem do assédio vertical, sonegandoas demais espécies. O

⁷ Art. 2º Constitui-se assédio moral toda e qualquer ação ou omissão, gesto ou palavra, praticada de forma repetitiva, que por abuso da autoridade que lhe conferem suas funções, ou mesmo nas relaçõeshorizontais ou de subordinação, tenha por objetivo ou efeito atingir a autoestima e a autodeterminaçãodo servidor, com danos ao ambiente de trabalho, ao serviço prestado ao público e ao próprio usuário, bem como à evolução, à carreira e à estabilidade funcional do servidor, especialmente: [...] (Caxias do Sul, 2014).

⁸ Art. 1º Fica vedada aos agentes públicos a prática do assédio moral no âmbito da Administração Pública Municipal, submetendo seus subordinados ou colegas a procedimentos que impliquem em violação de sua dignidade ou, por qualquer forma, que o sujeitem a condições de trabalho humilhantesou degradantes (Torres, 2016).

Município, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida, encarregou-se de inserir todas as espécies de assédio moral no texto.

5. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Em que pese boa parte dos Entes Públicos tenham adotado textos semelhantes em relação ao assédio moral, foi possível notar algumas diferenças, sejapor apresentar punições mais ou menos rigorosas, ou até mesmo pela exigência de determinados requisitos, como a necessidade de reiteração do ato para que se configure o assédio moral.

Embora a fase de averiguação, constatação ou não, e punição pelo cometimento do assédio moral ocorra pela via administrativa, é comum a judicialização dos casos, uma vez que nem sempre as medidas administrativas surtemos efeitos desejados.

É importante frisar que o processo administrativo que visa identificar e punir condutas que configurem assédio moral é de responsabilidade do Ente Público, ou seja, desde a investigação, até a possível punição, todos os passos dependem de outros servidores, e aí é onde mora o risco, pois nada impede que haja influência e tentativa de manipulação, por interesses políticos ou mesmo por conveniência. São circunstâncias como estas que fazem com que as vítimas busquem o judiciário.

Mas como o assédio moral vem sendo tratado pelos tribunais no país? Para responder essa pergunta, serão analisadas algumas decisões dos Tribunais de algumas regiões do país, visando encontrar semelhanças e diferenças, além de tentar identificar quais os principais requisitos utilizados para justificar uma decisão favorávelou não.

De início, é apresentado o caso de um servidor público do Município de Xaxim/SC, onde o mesmo buscou indenização por danos morais, em decorrência da prática de assédio moral. O servidor, que é operador de máquinas, relatou que foi

⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0003445-17.2012.8.24.0081.** Apelante: Município de Xaxim/SC Apelada: Aldenir dos Santos Filipini. Relator: Sônia Maria Schmitz, [2--??]. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321636047407776001842601605217&categoria=acordao_eproc

constrangido pelo secretário de infraestrutura do município, ao receber a ordem paracumprir sua jornada de trabalho sentado em um banco. A medida seria um castigo aoautor com caráter político, já que este não era apoiador do então Prefeito. Não bastasse isso, o servidor ficou por dias sem poder desempenhar suas funções, sendosubstituído por outro servidor que não possuía a mesma capacidade técnica.

Ao serem ouvidas as testemunhas, as mesmas informaram que a situação durou mais o menos dois meses, além de confirmarem a perseguição política e a pressão frequente para que não apoiassem a oposição, pressão essa que vinha da chefia. Por fim, há relatos de piadas de outros colegas com a situação do autor.

No caso em tela estamos diante de um caso de assédio moral vertical, já queos atos praticados vinham dos superiores. Contudo, cabe uma ressalva aqui, pois háindícios de assédio moral misto, já que colegas, ao que tudo indica, de mesmo nível hierárquico, faziam piadas com a situação.

Com base no exposto, é possível perceber de cara alguns dos requisitos vistos no começo deste trabalho como expor o servidor a situações vexatórias, a conduta prolongada no tempo, além das piadas constantes dos colegas.

Nesse sentido, a Relatora Desembargadora Sonia Maria Schmitz justificou o voto da seguinte forma:

Assim, diversamente do que alegou o Município nas suas razões recursais, houve sim exposição vexatória do autor perante os seus colegas de trabalho em razão da conduta do Secretário de Infraestrutura em exercício à época dos fatos, porquanto muito embora não tenha utilizado de palavras contra o autor, seu comportamento, albergado pelo seu cargo de chefia, culminou na punição injustificada do servidor, por período prolongado de tempo, causando-lhe constrangimento suficiente para responsabilizar civilmente o ente municipal (Santa Catarina, [20??]).

Neste caso, foi negado o provimento do recurso de apelação interposto pelo Munícipio, pois ficou comprovada a prática do assédio moral por agentes públicos, estando presentes os

requisitos, além de ficar comprovada a perseguição política sofrida pelo servidor público, sendo mantida a sentença que condenou o Município.

Ainda na região sul, o Município de Farroupilha teve seu recurso de apelaçãodesprovido . O Município buscava a reforma de sentença desfavorável que julgou procedente os pedidos de indenização de duas professoras da rede municipal.

Este é mais um caso de assédio moral envolvendo questões políticas, visto que as autoras da ação indenizatória buscaram o judiciário em razão de desavenças com a direção de chapa contrária que fora eleita. As autoras alegaram que já haviam escolhido suas turmas para o ano letivo de 2013, contudo, após a eleição, ambas foram postas em disponibilidade, causando-lhes constrangimentos. Alegaram, ainda que sofriam perseguição, coação para saírem da escola, tendo sido desligadas da escola em 2013, mesmo sem concordarem.

A prova oral e a prova documental comprovaram as alegações das autoras, além disso, o próprio Município confirmou haver o conflito.

Alguns pontos do voto do Relator Desembargador Carlos Eduardo Richinitti merecem destaque. No tocante aos requisitos, há menção a repetição da conduta, esclarecendo que "eventos isolados, desavenças esporádicas não são enquadradas como assédio moral, porque o objetivo do assediador é envolver e fragilizar a vítima" (Rio Grande do Sul, [20??]). Ainda, nas palavras do Relator, o assédio moral trata-se "de uma forma de coação social que se traduz pela repetição de condutas tendentes a expor a vítima a situaçõesincômodas e humilhantes".

Além disso, merece destaque o fato de o relator der explicado de forma muitoclara as espécies de assédio moral horizontal e vertical ascendente/descendente.

Note-se que tais atos podem ser praticados por colegas de trabalho de igual hierarquia (assédio moral horizontal), por sujeito que tenha superioridade hierárquica em relação à

¹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 5000151-13.2016.8.21.0048**. Apelante: Município De Farroupilha. Apelada: Ana Lúcia Zuccolotto e outros. Relator: Carlos Eduardo Richinitti, [20??]. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 13 out. 2023.

vítima (assédio moral vertical ascendente) ou até mesmo pelo subordinado em relação ao superior hierárquico (assédio moralvertical descendente), seja por motivos de inveja, medo ou conquista de poder ¹¹.

Já em relação as formas de assédio, o mesmo destacou a recusa de comunicação direta, a desqualificação da vítima, o isolamento e a submissão a constrangimentos, formas essas que estão presentes em todas as legislações analisadas anteriormente.

Importa frisar que, simples transferência do servidor não caracteriza a prática de assédio moral, com deixa solar a decisão no Agravo Interno interposto por uma servidora contra a decisão originária, onde foram indeferidos seus pedidos, dos quais, além de pleitear verbas decorrentes do serviço público, buscava indenização por danos morais em razão de ter sofrido assédio moral, legando perseguição política para sua transferência. A decisão de 1ª instância julgou improcedente o pedido de indenização, decisão essa que foi mantida pela Ministra Assusete Magalhães, sendo negado provimento ao Agravo Interno interposto.

Não parece, contudo, ser esse o caso narrado nos autos, em que não há a descrição de ações quaisquer praticadas por agente público, que tenha afetado a autoestima da autora, mas apenas de atos administrativos, transferindo-na de postos de trabalho, o que, contudo, é incapaz de comprovar o alegado assédio.

Há, inclusive, jurisprudência consolidada no sentido de que alterações na vida funcional do servidor, ainda que contrárias ao seu interesse, decorrem das necessidades do serviço público, não configurando, assim, assédio moral (São Paulo, [20??]).

A Ministra confirmou o trecho da sentença que indeferiu o pedido, visto que ofato relatado pela servidora não se enquadra nas hipóteses previstas na Lei estadual nº 12.250/2006, não justificando, assim, a condenação por danos morais.

¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 5000151-13.2016.8.21.0048. Apelante: Município De Farroupilha. Apelada: Ana Lúcia Zuccolotto e outros. Relator: Carlos Eduardo Richinitti, [20??]. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 13 out. 2023.

Um outro fato importante de se destacar nas decisões dos tribunais, é o expressivo número de decisões baseadas na ausência de provas. Talvez isso ocorra pela falta de uniformização das legislações, visto que cada Ente Público é responsável por seus próprios regimentos, diferente do que ocorre na justiça do trabalho, onde todos estão sujeitos a uma legislação específica.

Ainda, há os casos em que restou comprovada a prática do assédio moral, sendo inclusive, a conduta equiparada ao ato de improbidade administrativa, como no caso envolvendo um servidor público do Município de Canguçu/RS e o ex-prefeito.

Em seu voto, ao sustentar a decisão de responsabilizar o exprefeito por ato de improbidade administrativa, a Min. Eliana Calmon declarou:

A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública todosos agentes que demonstrem pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.

A partir dessas premissas, não tenho dúvida de que comportamentos como o presente, enquadram-se em 'atos atentatórios aos princípios da administração pública', pois 'violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições', em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém (Brasil, 2013).

No referido caso, foi comprovada a prática de assédio moral pelo ex-prefeito, uma vez que além das provas de sua conduta, o próprio acusado confessou que afastou a servidora de suas funções como forma de castigo, além de ficar comprovadoque o ex-prefeito agiu de tal forma em razão das denúncias feitas pela servidora ao MP.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os aspectos trazidos ao longo do trabalho, foi possível constatar que o assédio moral é uma realidade na administração pública, e que ainda são necessárias outras ferramentas para combatê-lo, não bastando, simplesmente a

criação de leis. É preciso que se desenvolvam medidas eficazes para coibir esse tipode conduta, seja por meio de campanhas de conscientização, bem como de puniçõesseveras para àqueles que cometem esse ato.

Como visto, vários Municípios e Estados do país possuem legislações próprias para tratar do assunto, porém, é possível notar que, embora na maioria das vezes os textos se repetem, há critérios adotados por uns e não adotados por outros. Por óbvio que cada Ente tem discricionariedade para elaborar seus regimes próprios, o problema é que ao se ter diversas leis, onde cada uma trata de uma forma um fato que pode ocorrer em todas as esferas da administração pública, acaba por gerar um grande conflito, fazendo com que situações iguais sejam tratas de forma diferente dependendo da cidade ou estado em que ocorreu.

A ausência de legislação federal específica que trate do assédio moralcorrobora para essa confusão. E quando se fala em legislação federal, não está se falando em interferência da União na competência dos outros Entes, fala-se aqui da elaboração de uma Lei Federal que deixasse claro o que é assédio moral, o que é necessário para que este se configure e os meios de provas, pelo menos, ficando a cargo dos Estados e Municípios disciplinarem meios de combate e punições de seus servidores, por meio de seus regimentos próprios.

É necessária uma padronização entre todos os Entes, pois não parecerazoável, por exemplo, o estado X entender que, para configurar o assédio moral, é necessário que o ato seja repetitivo, enquanto que para o município Y não há essa obrigatoriedade. E falando em repetição do ato, este é mais um elemento que causa confusão para todos, visto que a simples menção de que o ato deva ser "repetitivo", como consta em alguns textos, é extremamente interpretativa, pois vejamos, o servidor que sofreu um constrangimento pelo seu superior ou colega por uma vez, este ato não configuraria assédio moral, porém, se o fato ocorresse não uma vez, masduas vezes, poderia ser considerado assédio moral? Pela lógica, sim, pois está presente o requisito da repetição, mas será que para o julgador isso seria suficiente?Eis aqui a grande dúvida, quantas vezes o ato precisaria se repetir para ser considerado assédio moral? Nenhuma das leis analisadas deixa claro isso e, como dito no início do trabalho, falar em

repetição quando se trata de um tema extremamente subjetivo não parece ser nada razoável, como bem disse Ohlweiler (2021, p. 50), é preciso que se analise o contexto, não se restringindo ao formalismo. A proteção doservidor começa aí, considerando que o objetivo é combater o assédio moral, é desumano exigir que a conduta se repita 3, 4, 5 vezes para, só a partir daí, serem tomadas as devidas providências. Lembrando que, para cada pessoa, determinadas condutas tem um peso diferente.

Campanhas de conscientização, cursos, palestras, são ferramentas importantes no combate ao assédio moral, contudo, é preciso que haja punição exemplar. É preciso que o assediador responda pelo seu ato e que saiba que tal conduta não é aceitável. Como bem visto ao analisar as legislações regionais, a maioria dos Entes prevê, além das punições, agravantes em caso de reincidência, o que se mostra muito importante na tentativa de inibir que o autor volte a assediar a vítima ou outro servidor. Porém, para que haja a responsabilização do assediador, é necessário que seja feita a denúncia, mas eis aí mais um fator que cria empecilhos, pois, na maioria das vezes, a denúncia só pode ser feita pela própria vítima, e esta, por meio de represália acaba não a realizando. Uma solução simples para isso seria a possibilidade de qualquer um fazer a denúncia, como ocorre em alguns lugares. Outra alternativa é a criação de centrais que possibilitem a realização da denúncia se a necessidade de se identificar.

Os órgãos públicos precisão se empenhar cada vez mais para implementar ferramentas que combatam o assédio moral entre seus servidores, pois as consequências, não só para o ambiente de trabalho, mas também para a saúde físicae mental de quem é vítima podem ser devastadoras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL.**Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **RESP 1286466-RS 2011/0058560-5**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Eliana Calmon, 18 set. 2013.

CANDIDO, Helena. **Assédio moral acidente laboral.** São Paulo: LTr, 2011.

CAXIAS DO SUL (RS). **Lei Complementar n° 457, de 8 de maio de 2014.**Disponível em: https://gcpstorage.caxias.rs.gov.br/documents/2018/01/62e2bc04-906f-4a72-a034-8a6461fb7afe.pdf. Acesso em: 13 out. 2023.

____. Lei Complementar nº 3.673, de 24 de julho de 1991. Disponível em:https://leismunicipais.com.br/a/rs/c/caxias-do-sul/lei-complementar/1991/367/3673/lei-complementar-n-3673-1991-estabelece-o-estatuto-que-institui-e-regula-o-regime-juridico-unico-dos-servidores-publicos-do-municipio-de-caxias-do-sul-e-da-outras-providencias. Acesso em: 13 out. 2023.

FLORIANÓPOLIS (SC). **Lei nº 8.630, de 21 de junho de 2011.** Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/sc/f/florianopolis/leiordinaria/2011/863/8630/lei-organica-florianopolis-sc._Acesso em: 13 out. 2023.

GOIÁS. **Lei nº 18.456, de 30 de abril de 2014.** Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/api/v2/pesquisa/legislacoes/90668/pdf. Acesso em: 13 out. 2023.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho:** redefinindo o assédio moral. Tradução: Rejane Janowitzer. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

KORZEKWA, Júlio. Assédio moral na administração pública federal. **Revista Eletrônica Direito e Política,** UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2,2021, pg. 621-622. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 21 jul. 2022.

MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego.** São Paulo: Atlas, 2015.

MINAS GERAIS. **Lei Complementar nº 116, de 11 de janeiro de 2011.** Disponível em: https://leisestaduais.com.br/mg/lei-complementar-n-116-2011-minas-gerais-dispoe-sobre-a-prevencao-e-a-punicao-do-assedio-moral-na-administracao-publica-estadual. Acesso em: 13 out. 2023.

NATAL (RN). **Lei nº 189/02, de 23 de fevereiro de 2002**. Disponível em:http://www.sindsaudern.org.br/_ups/download/2019/10/28/arq558993136cdc2.pdf. Acesso em: 13 out. 2023.

OHLWEILER, Leonel Pires. **Assédio moral na administração pública dominação, violência simbólicae poder.** Canoas, RS: Unilasalle, 2021.

PEREIRA, Cláudia Costa Paniago. **Assédio moral no serviço público.** *[S.l.]: [s.n.],* 2018. Disponível em: https://jus.com.br/1805798-claudiacosta-paniago-pereira/publicações. Acesso em: 18 jul. 2022.

PORTO ALEGRE (RS). **Lei Complementar nº 133, de 31 de dezembro de 1985.** Disponívelem: https://leismunicipais.com.br/a1/estatuto-doservidor-funcionario-publico-porto-alegre-rs. Acesso em: 13 out. 2023.

Lei Complementar 735, de 30 de janeiro de 2014. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/porto-alegre/lei-complementar/2014/74/735/lei- complementar-n-735-2014-inclui-inc-xxvi-no-caput-e-4-e-5-no-art-197-e-inc-iv-no- caput-do-art-206-e-altera-o-3-do-art-197-e-o-inc-v-do-caput-do-art-207-todos-da-lei-complementar-n-133-de-31-de-dezembro-de-1985-que-estabelece-o-estatuto-dos- funcionarios-publicos-do-municipio-de-porto-alegre-e-alteracoes-posteriores- incluindo-a-pratica-de-assedio-moral-contra-subordinados-em-rol-de-hipoteses- puniveis-com-demissao-e-da-outras-providencias?q=ass%C3%A9dio+moral. Acesso em: 13 out. 2023.

PORTO VELHO (RO). **Lei nº 1475, de 04 de setembro de 2002.** Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a1/ro/p/porto-velho/lei-ordinaria/2002/147/1475/lei- ordinaria-n-1475-2002-dispoesobre-a-aplicacao-de-penalidades-a-pratica-de-assedio-moral-nas-dependencias-da-administracao-publica-municipal-direta-e-indireta-porservidores-publicos-municipais?r=p. Acesso em 13. out. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 5000151-13.2016.8.21.0048**. Apelante: Município De Farroupilha. Apelada: Ana Lúcia Zuccolotto e outros. Relator: Carlos Eduardo Richinitti, [20??]. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 13 out. 2023.

SÃO PAULO (SP). **Lei nº 13.288 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-13288-de-10-de-janeiro-de-2002#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20 aplica%C3%A7%C3%A3o%20de,Indireta%20por%20servidores%20 p%C3%BAblicos%20municipais. Acesso em:13. out. 2023

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em recurso especial Nº 1.479.781 - SP (2019/0091239-8)**. Agravante: Cintia De Paula Costa. Agravado: Município de Jeriquara. Relatora: Assusete Magalhães, [20??]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ. cgi/C?seq=105173760&tipo=51nreg=201900912398&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200302&formato=P DF&salvar=false. Acesso em: 13 out. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0003445-17.2012.8.24.0081.** Apelante: Município de Xaxim/SC Apelada: Aldenir dos Santos Filipini. Relator: Sônia Maria Schmitz, [2--??]. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=32163604740777 6001842601605217&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 13 out. 2023.. Acesso em: 13 out. 2023.

SANTA MARIA (RS). Lei nº 4.552, de 18 de abril de 2002.

Disponível em:https://leismunicipais.com.br/a/rs/s/santa-maria/leiordinaria/2002/455/4552/lei- ordinaria-n-4552-2002-dispoe-sobre-a-aplicacao-de-penalidades-a-pratica-de- assedio-moral-por-parte-deservidores-publicos-municipais-a-subordinados-2002-04- 18.html. Acesso em: 13. out. 2023.

TORRES (RS). **Lei nº 4.864, de 03 de maio de 2016**. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/rs/t/torres/lei-ordinaria/2016/486/4864/lei-ordinaria-n- 4864-2016-dispoe-sobre-a-prevencao-e-a-punicao-do-assedio-moral-na- administracao-publica-municipal. Acesso em: 13. out. 2023

DIREITO À SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA

RIGHT TO HEALTH: SUPPLY OF MEDICINES WITHOUT REGISTRATION WITH ANVISA

Michelle Jobim Mesquita¹

Resumo: Este trabalho examina o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas demandas que envolvem pedidos de concessão, por parte do Poder Público, de medicamentos sem registro no órgão sanitário. Neste artigo científico, primeiramente, discorre-se sobre as características do direito envolvido, o direito à saúde. Também, é objeto de análise, os dispositivos referentes à assistência farmacêutica e a vigilância sanitária, apresentando os aspectos fundamentais da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, agência responsável, no país, pelo registro de todos os medicamentos. Com o intuito de enriquecimento do debate, apresenta-se as teses doutrinárias e as manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Palavras-chave: direito à saúde; medicamentos sem registro; Agência Nacional de Vigilância Sanitária; Supremo Tribunal Federal; poder público.

Abstract: This work examines the position of the Federal Supreme Court in demands involving requests for the concession, by the Public Authorities, of medicines not registered with the health agency. In this scientific article, firstly, we discuss the characteristics of the right involved, the right to health. The provisions relating to pharmaceutical assistance and health surveillance are also the object of analysis, presenting the fundamental aspects of the National Health Surveillance Agency, the agency responsible, in the country,

¹ Graduada em Direito pela Uniritter. Advogada. Residente Jurídica da Procuradoria Municipal de Porto Alegre. Especialista em Direito Processual Civil pela Uniritter. Especialista em Direito do Trabalho pela Uniasselvi. Especialista em Direito Penal pela Uniasselvi.

for registering all medicines. In order to enrich the debate, the doctrinal theses and the statements of the Federal Supreme Court on the subject are presented. **Keywords:** right to health; unregistered medicines; National Health Surveillance Agency; Federal Court of Justice; public power.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É impossível pensar em uma existência humana digna, sem associar a ideia de saúde plena, sendo indispensável o respeito a esse direito para a configuração da mesma. Tanto é verdadeira essa afirmação, que Constituição Federal de 1988 outorgou status de Direito Fundamental a proteção, promoção e recuperação da saúde humana, a todos os cidadãos, constituindo isso um dever do Estado. Esse direito é importantíssimo para a sociedade, uma vez que a sua ausência acarreta a perda do sentido dos demais direitos assegurados na Constituição.

O fornecimento de medicamentos aos que necessitam e não possuem condições financeiras de adquiri-los, é uma demonstração prática da concretização desse indisponível direito. Sendo esse ato de concessão um direito primordial, que preserva a vida humana, já que as condições sociais brasileiras, em virtude das desigualdades sociais, impossibilitam o acesso a esses fármacos essenciais à população. No entanto, qual é a posição adotada quando os fármacos não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária?

Diante disso, esse trabalho visa a analisar as decisões relativas à concessão de remédios que não possuem eficácia comprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, buscando-se aferir a posição da Corte Suprema, nesses casos, frente à garantia constitucional à saúde.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É inegável o caráter essencial do direito à saúde, considerando o fato de estar estritamente ligado à vida e a dignidade humana.

Não existe uma vida digna, sem esse precioso elemento, a saúde. Por esse motivo, a Constituição Federal de 1988 outorgou a esse direito o status de direito fundamental social.

Primeiramente, esse direito deve ser designado como um direito fundamental porque está diretamente ligado ao direito à vida e a sua respectiva qualidade (Sobrinho, 2003, p. 128). Outro fator importante, que comprova a fundamentalidade desse direito é o fato da nossa Constituição Federal tê-lo classificado, como um direito fundamental, quando expressamente o enumerou no artigo sexto, que é parte integrante do Título II (Mateus, 2008, p. 57). Para Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008a, p.05) esse direito pela sua importância, mesmo que não estivesse positivado no Texto Constitucional, seria admitido como um direito fundamental implícito, como ocorre em outros países como a Alemanha, já que a ausência de proteção nesse sentido esvazia substancialmente todos os demais direitos. O direito à saúde também deve ser classificado como um direito social, já que consiste em recursos fáticos indispensáveis ao efetivo exercício dos demais direitos fundamentais (Figueiredo, 2007, p. 64).

Embora, existam teorias que negam a fundamentalidade dos diretos sociais, e consequentemente do direito à saúde, o legislador constituinte optou por considerar os direitos sociais como fundamentais, incluindo os mesmos no rol do artigo acima referido, sob o título exposto, atribuindo-lhes a fundamentalidade formal (Mateus, 2008, p. 57). Mateus (2008, p.58) acrescenta que tanto no aspecto formal quanto no material, merecem os direitos sociais a qualificação de diretos fundamentais, tendo em vista que guardam relação direta com os princípios adotados pela Carta Magna e pelo próprio valor dos bens jurídico tutelados. Na visão de Ingo Sarlet (2007, p. 30) o aspecto material, em virtude da importância do bem jurídico tutelado, é inquestionável frente a sua relação evidente com uma vida com dignidade.

Outro aspecto do direito a saúde é ser um direito fundamental de cunho prestacional. Como prestacional, fica demonstrada a necessidade de uma ação por parte da Administração Pública que tenha a intenção de proteger e assegurar a concretude desse direito a todos os cidadãos (Lins; Rosa, 2014, p. 18). Essa obrigação, pelo que dispõe o artigo 196 da Constituição Federal,

é compartilhada por todos os entes federativos, tratando-se de uma competência comum (Schwartz, 2001, p. 101).

Nos ensinamentos de Sarlet e Figueiredo (2008a, p.09) esse caráter prestacional, em seu sentido amplo, impõe deveres de proteção da saúde da população, com incumbências de cunho organizatório e procedimental. Por sua vez, no seu sentido estrito, esse direito embasa o atendimento de pretensões que envolvem o fornecimento de prestações materiais aos cidadãos, como medicamentos e tratamentos médicos, por exemplo. Considerando o caráter mencionado, vários são os pedidos dos cidadãos postulando a concessão de medicamentos ao Poder Público, pedido esses que envolvem também medicamentos sem registro na Anvisa.

3. DIREITO A SAÚDE: MEDICAMENTOS

O direito a obtenção de medicação, por decorrência lógica, também é um direito social. (Souza, 2010, p.20). Na concepção de Yolanda Matos, Mário Coimbra e Reynaldo Mapelli Júnior (2012, p. 99) a assistência farmacêutica é um "conjunto de atividades relacionadas ao acesso a medicamentos e a outros insumos destinados a propiciar a saúde dos indivíduos, seja pela cura de patologias, seja pela melhoria da sua qualidade de vida".

É notório que a assistência farmacêutica constitui um dos setores fundamentais que compõem a saúde pública. No momento que é constatada a existência de uma doença, essa assistência se configura como a mais relevante (Mapelli Júnior et al., 2012, p. 99). O fornecimento de remédios constitui um serviço público fundamental para a implementação de políticas eficazes ao tratamento das doenças (Lisboa, 2014, p.139).

Com a intenção de regulamentar a estrutura e as funções operacionais do referido sistema, foi promulgada a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8 080/90. Sendo atribuição dessa, a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde, regulada no seu artigo sexto, inciso VI e a execução de ações de assistência farmacêutica, no seu artigo sexto, inciso I, alínea d. No entanto,

no que diz respeito à distribuição de medicamentos, não existe regulamentação na lei, nem na Constituição Federal. Apesar da Lei nº 8 080/90 regular a competência dos entes estatais para legislar sobre esse assunto, não estabelece as competências para a sua execução (Lisboa, 2014, p.137).

Assim, a definição dos critérios de repartição de competências no fornecimento de medicamentos ficou sobre a responsabilidade dos atos administrativos. O principal deles é a Portaria nº 3 916/98, do Ministério da Saúde, que regula a Política Nacional de Medicamentos (Lisboa, 2014, p.137). O financiamento dos serviços de assistência farmacêutica é compartilhado entre os três níveis da federação (Mapelli Júnior et al., 2012, p. 100). A portaria referida foi aprovada pela Comissão de Intergestores e pelo Conselho Nacional de Medicamentos. O principal objetivo da mesma é garantir a segurança, eficácia e qualidade dos remédios e o acesso daqueles que são essenciais aos cidadãos (Barros, 2006, p. 143).

A competência dos entes estatais na distribuição dessas drogas, como acima referido, é estabelecida também nessa portaria, que a dispõe de forma descentralizada. Primeiramente, cabe a União disponibilizar os fármacos e tratamentos estratégicos (Ohland, 2010, p.33). Aos Estados ficou atribuída responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos especiais, que são aqueles considerados de alto custo ou para tratamentos de natureza continuada, também chamados de medicamentos excepcionais (Lins; Rosa, 2014, p. 35). No Estado do Rio Grande do Sul, temos a Lei nº 9 908/93 que regula a obrigação de fornecer medicamentos especiais/excepcionais de forma gratuita aos cidadãos que não possuem condições financeiras de adquiri-los (Ohland, 2010, p.33). Aos municípios, por sua vez, foi atribuída a responsabilidade de fornecimento daqueles fármacos que compõem a lista denominada de farmácia básica, mais conhecidos como medicamentos essenciais.

Os medicamentos essenciais são aqueles de uso comum da população, satisfazendo as suas necessidades básicas (Ohland, 2010, p.33). O componente básico dessa assistência farmacêutica busca fornecer remédios relacionados às patologias mais comuns com tratamentos de baixa complexidade (Mapelli Júnior et al., 2012, p. 108). Por serem mais triviais, essas doenças possuem

em grande escala medicamentos alternativos, mais conhecidos como medicamentos genéricos (Dantas; Silva, 2006, p.57). A Política Nacional de Medicamentos, sobre a recomendação da Organização Mundial de Saúde- OMS, aprovou pela Portaria MS-GM nº 3 916/98, uma diretriz fundamental denominada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, a Rename. A Rename é a lista dos medicamentos essenciais, em âmbito nacional, que serve de base para que os Estados e Municípios elaborarem as suas listas (Mapelli Júnior et al., 2012, p. 107).

É importante destacar, ainda a observação de Fernanda Souza (2010, p. 20) no que diz respeito as listas de medicamentos. Defende a autora que para um medicamento pertencer a essas listas, seja naquela dos remédios essenciais como também na dos excepcionais, é essencial que o mesmo possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Afirma, ainda, que é vedado ao Poder Público fornecer medicamentos que não possuem essa característica, vedação essa que busca evitar gastos excessivos do governo com drogas em que a eficácia não foi comprovada, bem como tem como objetivo garantir a segurança dos cidadãos que pretendem utilizá-las (Lins; Rosa, 2014, p.36).

No entanto, apesar das listas de fornecimento dos medicamentos, acima referidas, incluírem apenas remédios com a eficácia, segurança e qualidade comprovadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não é rara a interposição de demandas com o intuito de compelir o Estado, *lato sensu*, a concessão de medicamentos desprovidos de registro na referida autarquia (Melo, 2011, p.71).

3.1 Medicamentos sem registro na Anvisa

A Lei nº 8 080/90 em seu artigo sexto, parágrafo primeiro conceitua a vigilância sanitária como um conjunto de ações e serviços com o objetivo de eliminar, diminuir ou prevenir os riscos à saúde humana. Essas ações buscam interferir em problemas sanitários que advém do meio ambiente e da produção e circulação de bens. A atuação vigilância sanitária também abarca a prestação de serviços de interesse à área da saúde.

Na opinião de Sueli Dallari e Vidal Júnior (2010, p. 123), esse dispositivo decorre de outro mais amplo, regulado nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal, que impõem ao Poder Público o dever de regular, fiscalizar e controlar os serviços e as ações voltados à saúde, tanto pública quanto privada, buscando sempre a redução dos riscos das doenças e o acesso de todos em igualdade de condições as ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde. As atividades da vigilância sanitária destinam-se a diminuir e controlar os riscos reais e potenciais, possuindo uma natureza eminentemente preventiva, tanto dos danos, quanto dos próprios riscos (Costa, 2009, p. 18).

A regulação sanitária no Brasil é realizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Essa agência reguladora é uma autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, possuindo independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. A criação dessa agência decorre da Lei nº 9 782/99.

A sua finalidade, como disposto no artigo sexto da referida lei, é buscar através do controle sanitário tanto na produção, quanto na comercialização dos produtos e serviços da vigilância sanitária, promovendo e protegendo a saúde da população, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras (Velloso, 2011, p. 15). Para isso, conta com uma rede de laboratórios oficiais que controlam a qualidade na área da saúde, sob sua coordenação e responsabilidade (Martins, 2008, p. 206). No que diz respeito aos medicamentos, a Administração Pública é chamada pela legislação para intervir na produção, circulação e consumo dos mesmos. A Anvisa é a responsável por certificar os medicamentos que serão consumidos no Brasil (Dallari; Nunes Júnior, 2010, p. 153).

Como órgão federal responsável pelo controle sanitário dos medicamentos, a Anvisa deve se manifestar obrigatoriamente sobre a concessão dos registros dos produtos farmacêuticos para que esses tenham suas patentes formalizadas no Instituto Nacional da Propriedade Intelectual e seu veto impede a continuidade do processo de registro (Dallari; Nunes Júnior, 2010, p. 152). O registro dos fármacos possui uma etapa extra que condiciona todo o processo de concessão (Melo, 2011, p.72). Na

concepção de Sueli Dallari e Vidal Júnior (2010, p. 157), a análise da Anvisa versa sobre os aspectos técnicos relacionados à saúde pública, promovendo essa na medida em que diminui e previne os riscos, controlando os fármacos em geral. Acrescentam, ainda, que a atuação dessa agência reguladora está de pleno acordo com os ditames constitucionais e legais do sistema sanitário.

Assim, toda e qualquer comercialização de medicamentos no Brasil, está vinculada ao registro prévio na Anvisa. Imposição essa presente no artigo 19-T da lei nº 8 080/90, na qual fica vedada, em todas as esferas de gestão do SUS, "o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa".

Essa obrigação tem como objetivo garantir a segurança, a eficácia e a qualidade dos produtos farmacêuticos. A agência reguladora cabe impedir a comercialização de medicamentos prejudiciais à saúde dos cidadãos (Melo, 2011, p.73). Para a concessão do registro é requisito essencial, pela análise científica, que o fármaco seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a qual se destina, como estabelece o artigo 16, inciso II da Lei nº 6 360/76. Um medicamento será considerado seguro quando for benéfico para a saúde do paciente e eficaz quando age sobre a doença que se pretende tratar (Costa, 2009, p. 19).

Todavia, como já referido, não é rara a interposição de demandas com o intuito de compelir o Estado, *lato sensu*, a concessão de medicamentos desprovidos de registro na Anvisa. Nesses processos, os pedidos que envolvem medicamentos podem ser divididos em três grandes grupos: a) ações que visam a concessão de medicamentos com registro na Anvisa, mas para o tratamento de doenças que não constam na bula (off-label); b) ações que visam a concessão de medicamentos sem registro na Anvisa, mas com eficácia e segurança comprovadas cientificamente; e c) ações que visam a concessão de medicamentos sem registro na Anvisa, contudo sem qualquer comprovação científica (medicamentos experimentais).

A situação conhecida como off-label é muito difundida entre pacientes pediátricos e oncológicos e consiste no uso de um medicamento para o tratamento de uma doença que não consta na bula. Em outras palavras, o fármaco tem registro no órgão sanitário para o tratamento de determinada doença, mas é usado no tratamento de outra moléstia para qual não possui registro. Importante destacar que o registro na Anvisa considera o binômio medicamento/ indicação (Cassamassimo et al, 2019, p.29). Por esse motivo, o SUS não tem concedido medicamentos para tratamento de uma moléstia para a qual o mesmo não possui registro.

Na segunda situação apresentada envolve demandas que postulam medicamentos que já passaram por todas as etapas científicas para a comprovação de sua eficácia e segurança em outras agências reguladoras situadas no exterior. Apesar disso, não foram registados ainda no órgão de vigilância sanitária brasileiro. Por fim, o último caso envolve medicamentos sem qualquer comprovação científica, quanto a sua eficácia e segurança, estando na fase inicial dos testes, esses são os chamados medicamentos experimentais. Podemos citar como exemplo a fosfoetanolamina sintética, a chamada pílula do câncer (Cassamassimo et al, 2019, p.29).

A possibilidade de imposição do Estado a concessão dos medicamentos que envolvem as situações acima que tem acarretado opiniões divergentes, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, e o seguinte questionamento se faz necessário: o Estado, lato sensu, pode ser compelido a fornecer medicamentos sem registro na Anvisa? A resposta a esse questionamento abordará as opiniões presentes na doutrina e os argumentos das decisões do Supremo Tribunal Federal.

3.2 A posição da doutrina

Parafundamentaressatemática, existem várias argumentações defendidas pelos doutrinadores, que podemos sistematizar em duas grandes vertentes: a primeira corrente é composta por autores que expressam sua opinião contrária a concessão dos medicamentos sem registro, e a outra corrente é composta por doutrinadores que se posicionam a favor da concessão, como a seguir se demonstrará.

Começando com os argumentos contrários a concessão, temos as reflexões da doutrinadora Fernanda Souza. Na sua concepção (Souza, 2010, p. 20) é vedado ao Poder Público fornecer um fármaco que não possua registro na Anvisa, cabendo a essa agência reguladora verificar a eficácia, segurança e qualidade dos medicamentos, antes de conceder o registro. Somente após esse registro, o fármaco poderá ser incluído ao SUS. No entanto, em casos excepcionais, destaca a autora, poderão ser importados medicamentos, ainda não registrados, se autorizados pela Anvisa.

Nesse sentido é o posicionamento de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008b, p. 224). Para os doutrinadores, não se mostra razoável a condenação do Estado ao fornecimento de medicamentos experimentais. Esses medicamentos não passaram por testes seguros, o que pode acarretar o uso do doente como mera cobaia, podendo acarretar a violação da sua dignidade, em certos casos.

As autoras Tatiana Figueiredo, Vera Pepe e Claudia Osório-de-Castro (2010, p.105) afirmam que a segurança sanitária é um fator essencial em um medicamento e constitui uma forma de proteção ao usuário/paciente. Acrescentam, ainda, que o Estado não deve ceder a pressões de ordem econômica, para incorporação e utilização de novas tecnologias, devendo sempre pautar as suas decisões para privilegiar os interesses coletivos evitando riscos na área da saúde.

Opinião diversa possui a doutrinadora Josiane Gomes (2013 p. 368) na qual a inexistência de registro ou regularização no Brasil não atribui ao medicamento o caráter de experimental, se esse já foi aprovado para uso em outros países. Segundo a autora a função da legislação é evitar o uso de medicamentos com eficácia não comprovada cientificamente, constituindo somente esses um risco aos consumidores. Diante da existência de um consenso médico sobre sua eficácia, mesmo que inexistente o registro, não se pode atribuir o status de experimental. Nesses casos, na opinião da autora, é cabível o seu fornecimento. Esse mesmo raciocínio é aplicado pela autora no que diz respeito aos medicamentos importados não registrados na Anvisa. Não disponibilizar esses fármacos, em sua opinião, ofende o direito à saúde, à vida e a dignidade humana.

Do ponto de vista de João Gandini, Samantha Barione e André Souza (2007, p. 35) a ausência de registro não impede a condenação judicial ao fornecimento da substância, quando esses medicamentos são utilizados por muito tempo em outros países, para os casos de doenças raras ou graves, e possuem aprovação nos respectivos órgãos sanitários daqueles Estados. Mesmo que no Brasil não sejam ainda comercializados, porque o seu processo de registro não foi concluído na Anvisa. Os autores destacam que a tramitação, nesses casos, é muito morosa. Acrescentam o seu raciocínio a Resolução RDC nº 28/2007, em que a Administração Pública reconhece a sua morosidade.

Nessa linha de raciocínio, suscitam, em complementação, a existência de hipóteses em que a legislação afasta a necessidade do registro. Como aquela presente no artigo 24 da Lei 6 360/76, que dispõe são isentos do registro "os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde" (Gandini et al., 2007, p. 36). Diante do exposto, os doutrinadores defendem a concessão dos medicamentos, considerando possível o fornecimento de fármacos novos ou em fase experimental, diante da própria dispensa da lei. Assim, diante do atendimento das demais regulamentações impostas, a ausência de registro não poderia ensejar, na opinião dos doutrinadores, o indeferimento dos pedidos, caso haja protocolo de registro na Anvisa ou as circunstâncias do caso concreto formem a convicção do juízo (Gandini et al., 2007, p. 37).

Esse mesmo argumento é compartilhado pelos autores Leonardo Dressler e Ana Bringuente. Para os autores, a primeira medida é o fornecimento de medicamentos com registro e eficácia comprovadas pela Anvisa. Todavia, reconhecem que o processo de regularização dos novos fármacos, no sistema brasileiro, é muito moroso, complexo e não ocorre em tempo suficiente para possibilitar o uso dos mesmos em tratamento de determinadas doenças como o câncer, em que os mesmos, em muitos casos, são a única ou última alternativa do doente. Os autores destacam que a própria Anvisa reconheceu que seu sistema é falho quando, em 2017, propôs a Consulta Pública nº 414/2017, em que foi discutida a modificação dos critérios e procedimentos para importação de novos remédios sem equivalentes no Brasil. Segundo os autores

esta atitude evidência a lacuna no sistema e abre espaço para a atuação judicial (Bringuente; Dressler, 2016, p.52).

Nara Dantas e Ramiro Silva (2006, p.32), por sua vez, sustentam que a iniciativa para registro dos novos medicamentos decorre do laboratório produtor, estando vinculada aos interesses de caráter mercadológico, esperando os laboratórios, em algumas situações o momento oportuno para isso. Assim, o interesse sanitário e o mercadológico privado entram em conflito. Esse fator na opinião dos autores autoriza a intervenção dos Poderes Executivo e Judiciário para fornecer o fármaco (Dantas; Silva, 2006, p.32).

Soma-se a discussão a aprovação pela Câmara de Deputados, em oito de março de 2016, do Projeto de Lei nº 4639/16. Esse projeto dispõe sobre a autorização legal para o uso da substância fosfoetanolamina sintética, a Pílula do Câncer, que não possui registro na Anvisa, por pacientes que forem diagnosticados com neoplasia maligna e foi sancionado pela presidente em 13 de abril de 2016, passando a ser a Lei nº 13 269/16. Essa lei autoriza o uso da substância desde que exista um laudo médico comprovando a sua necessidade pelo doente e a assinatura de um termo de consentimento por esse ou seu representante legal. A presente lei classifica o seu uso como de relevância pública e autoriza a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação e posse da substância antes do registro na Anvisa, em caráter excepcional (Brasil, 2016).

Na justificativa, apresentada no Projeto de Lei acima referido, temos a argumentação de que o seu objetivo é oportunizar o acesso à substância por pessoas portadoras dessa doença, criando um regime de exceção no que diz respeito à obrigatoriedade de registro no órgão sanitário responsável, já que a fosfoetanolamina sintética é uma esperança, uma tentativa de impedir a progressão da doença, inibindo o crescimento dos tumores, melhorando com isso a qualidade de vida, ou possibilitando a cura. A intenção é possibilitar que todos os cidadãos portadores da doença neoplasia maligna possam facilmente acessar a essa substância, independentemente das formalidades necessárias ao registro sanitário. A proposta fundamenta-se na autonomia humana de expressar sua vontade e assumir a responsabilidade por ela (Brasil, 2016).

A Associação Médica Brasileira -AMB buscou impugnar a validade jurídico-constitucional da Lei Federal nº 13.269/2016 no Supremo Tribunal Federal com a Medida Cautelar em Mandado de Segurança Coletivo nº 34.145/Distrito Federal² e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501 MC/DF³, argumentando que a referida Lei atenta contra a dignidade humana, a segurança e a saúde. A associação fundamenta no Mandado de Segurança que a permissão de uso de uma substância sem conhecimento das reações da sua toxidade no organismo humano, caracteriza um grave risco à vida e integridade física dos doentes, que estão tutelados pelo caput do artigo 5º da CF.

O Mandado de Segurança Coletivo não foi conhecido pelo Ministro Celso de Mello, que fundamentou a sua decisão na inviabilidade jurídico-processual da via eleita, com fundamento no que dispõe na súmula 226 do Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501 MC/DF foi distribuída ao Relator Ministro Marco Aurélio. Em dezenove de maio de 2016, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a liminar para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016, até o julgamento final da demanda. Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda está aguardando o julgamento da Corte Suprema.

4. MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA NA CORTE SUPREMA

Na jurisprudência essa discussão também não é unanime. Existem decisões obrigando os entes públicos ao fornecimento desses fármacos, e outras negando o seu acesso. Em virtude disso, foi editada a Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Essa recomendação constitui um ato proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, nas atribuições do cargo de Presidente do Conselho Nacional de Justiça. A finalidade dessa recomendação

² MS 34145 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 18/04/2016, Publicação: 22/04/2016

³ADI 6341 MC, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN, Julgamento: 15/04/2020, Publicação: 13/11/2020

é assegurar maior eficiência nas soluções dos processos judiciais que envolvem o direito a saúde, visando a orientar os magistrados e demais operadores do direito. Ela aconselha, no que se refere ao tema debatido, aos Tribunais de Justiça Estaduais e os Tribunais Regionais Federais que evitem o fornecimento de medicamentos não registrados pela Anvisa ou que estejam na fase experimental, salvo nas hipóteses previstas em lei (Lisboa, 2014, p.159).

Várias são as demandas judiciais que buscam nos seus pedidos a condenação da Administração Pública a conceder medicamentos desprovidos de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Nos últimos anos, esses pedidos têm sido analisados pelo Supremo Tribunal Federal, estando em crescimento as suas interposições. Em pesquisa ao banco de dados no site do referido Tribunal foram localizadas quinze decisões, encontradas pelas as fundamentações "medicamentos sem registro na Anvisa" e "medicamentos sem comprovação de eficácia e segurança pela Anvisa". Esses julgados foram proferidos entre 01/01/2010 e 10/11/2022.

Nessas decisões, o referido Tribunal foi compelido a se manifestar em sede de recurso extraordinário, agravo em recurso extraordinário, agravo regimental, embargos de declaração e ação direta de inconstitucionalidade, e foram proferidas pelo Tribunal Pleno, pela Primeira e pela Segunda Turma. Assim, necessária se faz a análise das fundamentações ofertadas pelo Supremo Tribunal Federal nas suas decisões.

Em 2010, no Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela nº 175⁴ o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, defendeu que é vedado a Administração Pública o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa. Já que esse registro é uma garantia à saúde pública, sendo a condição necessária para atestar a segurança e qualidade do produto, cabendo ao Sistema Único de Saúde a análise desse requisito para incorporar o medicamento, todavia ressaltou que essa regra não é absoluta. Em casos excepcionais, pode haver a importação de fármaco não registrado. A própria Lei que criou a Anvisa admite essa ressalva nos casos de medicamentos adquiridos por intervenção

⁴ STA 175 AgR, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Julgamento: 17/03/2010,Publicação: 30/04/2010

de organismos internacionais multilaterais, para programas do Ministério da Saúde voltados a saúde pública.

Nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 824 946/RS⁵, em 2013, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo não sobrestamento do processo, em virtude dessa lide diferir da discussão presente no RE nº 657 718/MG. Seu posicionamento foi pelo não provimento do recurso. A fundamentação foi no sentido de que apesar de não possuir registro na Anvisa o medicamento postulado estava presente nas listas de medicamentos excepcionais que deveriam ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul, cabendo a esse o dever de concedê-lo.

Nos Agravos Regimentais na Suspensão de Tutela Antecipada nº 761/ DFº e na Suspensão de Liminar nº 815/SPº o Supremo Tribunal Federal, na relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que no presente caso havia a presença de uma situação excepcional, que ensejava a obrigação do Estado ao fornecimento dos medicamentos sem registro na Anvisa. Os medicamentos pleiteados apesar de não possuírem comprovação de eficácia no território brasileiro, tinham o seu reconhecimento no âmbito internacional. Soma-se a isso o fato de serem, nos casos debatidos, o único meio eficaz para tratamento das doenças dos requerentes.

No Recurso Extraordinário nº 657 718/MG8 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi reconhecida a Repercussão Geral acerca da matéria em debate, em 17 de novembro de 2011. A decisão recorrida foi proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e entendeu que apesar da previsão constitucional presente nos artigos sexto e 196 da Constituição Federal, não pode o Poder Público ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa.

⁵ RE 633784, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 19/04/2012, Publicação: 24/04/2012

⁶ STA 761 AgR, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente)

Julgamento: 07/05/2015, Publicação: 29/05/2015

⁷ SL 815 AgR, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente)

Julgamento: 07/05/2015, Publicação: 05/06/2015

⁸ RE 657718, Repercussão Geral – Mérito (Tema 500), Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Redator(a) do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 22/05/2019, Publicação: 09/11/2020

Diante da interposição de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de uma questão constitucional relevante do ponto de vista social que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Surgindo, a partir disso, o presente questionamento, que foi respondido pelo Tribunal: Em se tratando de remédio não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária há a obrigatoriedade de o Estado o custear?

Aresposta a esse questionamento veio somente em 22.05.2019, o tema 500, e podemos sintetizar os argumentos apresentados nos seguintes tópicos:

- a. O Supremo Tribunal Federal defende que o Estado não pode ser obrigado judicialmente a custear medicamentos sem registro na Anvisa, uma vez que o referido registro é uma proteção à saúde pública. Essa é a regra geral, que comporta exceções.
- No que diz respeito aos medicamentos experimentais, aqueles sem comprovação científica da sua eficácia e segurança, na opinião da Suprema Corte, o Estado, lato sensu, jamais será obrigado a fornecê-lo.
- c. Por sua vez, os medicamentos sem registro na Anvisa, mas que possuem eficácia e seguranças comprovadas cientificamente, o posicionamento é diverso. Poderá haver o seu fornecimento em situações excepcionais quando houver uma demora irrazoável por parte da agência reguladora em conceder o registro, extrapolando os prazos previstos na Lei 13 411/2016. Contudo, para que haja o fornecimento do medicamento, além da mora excessiva, a parte interessada na concessão deve demonstrar a presença de três requisitos cumulativos.

O primeiro consiste na comprovação de existência de pedido de registro do medicamento na agência reguladora brasileira, salvo no caso do medicamento ser o único para o tratamento de doenças raras, na qual não será necessário. O segundo requisito é a existência de registro do fármaco pleiteado em outras renomadas agências sanitárias no exterior. Por fim, o último requisito consiste na inexistência de um substituto terapêutico, que tenha registro na Anvisa.

Importante destacar, que os prazos acima referidos para a concessão do registro foram uniformizados pela Lei 13 411/2016, que alterou as Leis nº 6 360/1976 e nº 9 782/1999. Essa lei classificou os pedidos de registro como prioritários, firmando prazos máximos de noventa a trezentos e sessenta e cinco dias para apreciação do pedido de registro de medicamentos. A morosidade só restará presente quando forem extrapolados esses prazos legais (Bosa; Maas, 2020, p.65).

Como a lentidão em fornecer o registro decorre de um ato de uma agência reguladora federal, todos pedidos de medicamentos sem registro na Anvisa devem ser propostos em face exclusivamente da União. Em outras palavras, não cabe o ajuizamento de demandas em face dos Estados, strito sensu, e dos Municípios (Bosa; Maas, 2020, p.65).

Importante destacar, que o presente julgado, tema 500, não abordou a temática que envolve a modalidade off-label, não abordando a diferença entre registro e autorização. Os especialistas Carlos Malinowski e Thaís Corte (2019, p. 14) acrescentam que a Anvisa autoriza os médicos a prescreverem medicamentos na condição off-label, em seus atendimentos particulares, se assumirem os riscos da indicação.

Após a abordagem do tema 500, em 2021, o Supremo Tribunal Federal voltou a se manifestar sobre a temática no Recurso Extraordinário nº 11659599. Nessa decisão, a Suprema Corte decidiu pela concessão gratuita do fármaco, sem registro na Anvisa, "Hemp Oil Paste RSHO", a base de canabidiol, pois, no seu entendimento, nesse caso, estaríamos diante de uma situação excepcional que preenche os requisitos do Recurso Extraordinário nº 657.718. Essa decisão comprova a possibilidade da União ser compelida ao fornecimento gratuito de medicamentos sem registro na Anvisa.

As demais decisões¹⁰ do Supremo Tribunal Federal versaram sobre questões processuais de legitimidade passiva União

⁹ RE 1165959 ED-terceiros, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 29/11/2021, Publicação: 07/03/2022

¹⁰ ARE 1250307, SL 815 AgR, ADI 5779, STA 761 AgR, RcI 50723 AgR-ED, RcL49909 AgR-ED, RcL 48891 AgR, RcL 36402 AgR, RcI 49977AgR,

e competência da Justiça Federal. Não houve uma análise aprofundada de mérito referente ao tema proposto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde, estritamente ligado ao direito à vida e ao Princípio da Dignidade Humana, é um direito fundamental social, tanto no aspecto formal, quanto no material. Nesse aspecto, constituindo uma parcela importante na concretização desse direito, está presente na assistência farmacêutica, que por meio de fármacos, almeja-se a cura de patologias e a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. Todavia, os medicamentos que compõe as listas oficiais são apenas aqueles que possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, existindo vedação na lei nº 8 080/90 de fornecimento de medicamentos que não guardam essa característica por parte do Poder Público. Essa vedação tem acarretado a interposição, cada vez mais frequentes, de demandas que têm o objetivo compelir o Estado *lato sensu* a concessão desses remédios.

Por essa razão, nessas situações que envolvem esses fármacos, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência têm apresentado opiniões divergentes. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, pacificou a discussão no Recurso Extraordinário nº 657 718/MG, tema 500. Para a Suprema Corte, em regra, não pode o Poder Público ser compelido ao fornecimento de medicamentos sem registro no órgão sanitário. Contudo, apesar de ser descabida a concessão de medicamentos desses fármacos, pode a União, e exclusivamente essa, ser compelida a fornecê-los diante da comprovação de uma situação excepcional, com o preenchimento dos requisitos abordados acima.

Como se pode constatar a ausência de registro não afastou a obrigação da União em fornecer os fármacos em situações excepcionais. Essa posição do Supremo Tribunal Federal, com os argumentos ofertados, é compatível com a nossa Constituição Federal, haja vista que essa em seus objetivos fundamentais visa à construção de uma sociedade justa e solidária, com fundamento na Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.** Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

BARROS, Giselle Nori. **O dever do estado no fornecimento de medicamentos.** 2006. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7431. Acesso em: 18 out. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Fortaleza, v. 5, n. 8, p.11-22, 2019.

BOSA, Andreson Carlos; MAAS, Rosana Helena. Medicamentos não registrados: Judicialização da saúde e o STF. **Revista Jurídica em pauta**, Bagé, v. 2, n. 1, p.55-72, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: -http://www.planalto.gov.br/3/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 04 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.269/2016, de treze de março de 2016**. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Brasília, DF, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm. Acesso em: 03 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 4639/16, de oito de março de 2016**. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Brasília, DF, [2016]. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=207884. Acesso em: 03 jan. 2023.

BRASIL. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Politica Nacional de Medicamentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 out. 1998. MINISTÉRIO DA SAÚDE Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 04 jan. 2023.

BRINGUETE, Ana Carla de Oliveira; DRESSLER, Leonardo de Almeida. O dever do Estado de fornecer medicamentos não regulamentados pela Anvisa e a judicialização das políticas públicas. **Revista de Direito Faculdade Dom Alberto**, Pelotas, v.05, n.01, p.41-61, 2016.

CASSAMASSIMO, Raphael Pereira; MELO, Daniela Oliveira de; OLIVEIRA, Daniel Buffone de; PAULA, Ellen Alves de; SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de; SILVA, Rafael Augusto Mantovani. A judicialização de medicamentos imunoterápicos sem registro na Anvisa: o caso do Estado de São Paulo. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 27–47, 2019.

CORTE, Thaís Dalla; MALINOWSKI, Carlos Eduardo. Fornecimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS) de medicamentos sem registro para doenças raras e ultrarraras. **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Belém, v.5, n.2, p.01-22, 2019.

COSTA, Ediná Alves (org). **Vigilância sanitária:** temas para debate. Salvador: EDUFBA, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach. **Medicamentos excepcionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGUEIREDO, Tatiana Aragão; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; PEPE, Vera Lúcia Edais. Um enfoque sanitário sobre a demanda judicial de medicamentos. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n.1, p. 101-118, 2010.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **Academia Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 1, 2008. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 03 jan. 2023

GOMES, Josiane Araújo. Da concessão de antecipação de tutela para fornecimento de medicamento não registrado junto à Anvisa em desfavor de operadora de plano de saúde. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 359-388, 2013.

LINS, Litiane Cipriano Barbosa; ROSA, Marina de Almeida. **Manual de direito à saúde**: para advocacia pública e privada. Curitiba: Juruá, 2014.

LISBOA, Camila Franco. Limites e parâmetros para a intervenção judicial no fornecimento de medicamentos. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 2, n. 4, p.133-164, 2014.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, p. 307, 2012.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde:** Compêndio. Belo Horizonte: Fórum, p. 221, 2008.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas:** o caso do direto à saúde na Constituição Brasileira de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MELO, Cristina Andrade. Fornecimento pelo poder público de medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Direito Público:** Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 8, n. 1/2, p. 71-80, 2011.

NUNES, Andre. A alocação equitativa inter-regional de recursos públicos federais do SUS: a receita própria do município variável moderadora. Relatório de Consultoria. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Aloc_Equitativa_SIOPS.pdf. Acesso em: 03 jan. 2023.

OHLAND, Luciana. Reponsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 36. n. 1, p. 25-42, 2010.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIGO, Vivian. Saúde: Direito de todos e de cada um. *In*: ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.** Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.p. 173-185.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica Direito do Estado**, Salvador, n.11, p. 17, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 17, n. 67, p.125-172, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito á saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, n. 1, p. 179-227, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**, Salvador, v. 1, p. 111-146, 2014.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Direito à saúde**: uma perspectiva constitucionalista. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. A intervenção judicial como garantia da efetivação do direito à saúde: possibilidade e limites nas ações de medicamentos. **Direito e Justiça**, Porto Alegre v .36. n. 1, p.13-28, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Farmácias, drogarias e *drugstores*: comercialização de outros produtos além de medicamentos: prestação de serviços de interesse dos consumidores: competência normativa e de fiscalização da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa): limites. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 11, n. 121, 2011.

