



inverbis

49ª EDIÇÃO

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte
49ª EDIÇÃO

Reitor: José Daniel Diniz Melo

Vice-reitor: Henio Ferreira de Miranda

Diretora: Maria Lussieu Silva

Vice-Diretora: Pâmela de Medeiros Brandão

Coordenadora do Curso de Direito: Ana Beatriz Ferreira Rabello Presgrave

Chefe do Departamento de Direito Público: Mariana de Siqueira

Chefe do Departamento de Direito Privado: Thiago Oliveira Moreira

Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica: José Orlando Ribeiro Rosário

Coordenador da Revista Jurídica In Verbis: Xisto Tiago de Medeiros Neto

Diagramação: Aline Raposo Pereira (aline_r_p@hotmail.com)

Revisor: Lucas José de Mello Lopes

Tiragem: 300 Exemplares

Presidência e Elaboração: Fernanda Gomes Ferreira Teixeira e Maria Eduarda de Melo Maia Madruga

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

Indexada à base Sumários.org

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos
Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Norte - Ano 26, n. 49 (Jan/Jun. 2021).**

Semestral

ISSN 1413-2605

15cm x 21cm

**1. Direito - Periódicos, I. Universidade Federal do Rio
Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas
- CCSA/UFRN.**

CDU-34

Conselho Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br / E-mail: contato.inverbis@gmail.com

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.

Anny Karinine de Azevedo (UFRN)
Antônio Uemerson de Carvalho (UFRN)
César Augusto Trevisan Bordignon (UFRN)
Erick Rennan da Silva Bezerra (UFRN)
Fernanda Gomes Ferreira Teixeira (UFRN)
Giulia Silva de Souza (UFRN)
Ivo Emanuel Dias Barros (UFCG)
Jakson Barbosa Lima (UFRN)
Júlia Arrais Fortaleza de Lima e Sá (USP)
Letícia Lopes Borja (UFRN)
Luis Guilherme Tavares Santos (UFPI)
Maria Eduarda de Melo Maia Madruga (UFRN)
Maria Eduarda Silveira Melo (UFRN)
Mariana Fernandes Martins de Lima (UFRN)
Pedro Augusto Costa Vale (UFRN)
Rafaela Ribeiro Cabral (UFRN)
Telma Daniela Fernandes Ferreira (UFRN)

DADECERISTAS PARDECERISTAS

Abraão Luiz Filgueira Lopes
Ana Beatriz Ferreira Rebelo Presgrave
Anderson Souza da Silva Lanzillo
André de Souza Dantas Elali
Ângelo José Menezes Silvino
Anna Emanuella Nelson dos Santos
Cavalcanti da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bruno Henrique Magalhães Branco
Carla de Moraes Coutinho
Cleanto Fortunato da Silva
Diogo Pignataro de Oliveira
Efren Paulo Porfrio de Sa Lima (UFPI)
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota
Fabrício Antônio de Araújo Feliciano
Felipe Maciel Pinheiro Barros
Fernando César Costa Xavier (ABDI)
Filipe Casellato Scabora (USP)
Heitor Eduardo Cabral Bezerra
Igor Alexandre Felipe de Macêdo
Jahyr-Philippe Bichara
Joaquim Mauricio Fernandes de Moraes
José Roberto de Castro Neves (FGV-Rio)
José Serafim da Costa Neto
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Juliana Raineri Haddad (FAIBI)
Karoline Lins Câmara Marinho
Luciano Athayde Chaves
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Paulo Maycon Costa da Silva
Pedro Muniz Pinto Sloboda (UFRJ)
Robson Maia Lins (PUC-SP)
Samuel Max Gabbay (IFRJ)
Thiago Oliveira Moreira
Walter Nunes da Silva Júnior
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Zéu Palmeira Sobrinho

Abraão Luiz Filgueira Lopes
Adamo Perrucci
Aldemar Monteiro da Silva Neto (CE)
Américo Braga Júnior (MG)
Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave
Ana Cláudia da Costa Aguiar
Ana Luisa de Moraes Campos
Ana Mônica Medeiros Ferreira
Anderson Souza da Silva Lanzillo
André Alves Portella (BA)
André Carneiro Leão (PE)
André de Souza Dantas Elali
Andrea de Andrade Fernandes
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Ângelo José Menezes Silvino
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bento Herculano Duarte Neto
Bruno Henrique Magalhães Branco
Caetano Dias Corrêa (SC)
Caio Vitor Ribeiro Barbosa
Camila Miranda de Moraes (CE)
Cândido Bittencourt de Albuquerque (UFC)
Carla de Moraes Coutinho
Carlos Martins Neto (UERJ)
Carlos Wagner Dias Ferreira
Carolina Pereira Lins Mesquita (UFRJ)
Chiavelli Fazenda Falavigno
Clarindo Epaminondas de Sá Neto (UFSC)
Claudia Vechi Torres
Cleanto Fortunato da Silva
Cristina Foroni Consani
Daniel Gaio (UFMG)
Daniel Leib Zugman (FGV/SP)
Daniel Monteiro da Silva
Denise Fonseca Félix de Sousa (UFG)
Dimas Macedo (UFC)
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Edinaldo Benício de Sá Júnior
Eduardo Biacchi Gomes
Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho (CE)
Elke Mendes Cunha
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

Efren Paulo Porfirio de Sa Lima (UFPI)
Everton da Silva Rocha
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Fabrício Germano Alves
Fabrízio Antônio de Araújo Feliciano
Felipe Arady Miranda
Felipe Maciel Pinheiro Barros
Fernanda Priscilla Ferreira Dantas
Fernando Antonio de Vasconcelos (UFPB)
Fernando César Costa Xavier (ABDI)
Filipe Azevedo Rodrigues
Francisco Barros Dias
Francisco de Assis Noberto Galdino de Araújo
Francisco De Sales Matos
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB)
Heitor Eduardo Cabral Bezerra
Helena Telino Neves (FDUL)
Henrique Batista de Araújo Neto
Humberto Lima de Lucena Filho
Igor Alexandre Felipe de Macêdo
Ingrid Zanella Andrade Campos
Ivan Lira de Carvalho
Izabela Walderez Dutra Patriota (UnB)
Jahyr-Philippe Bichara
Jeison Batista de Almeida (UNEMAT)
João Emílio Assis Reis (RJ)
João Paulo dos Santos Melo
Joaquim Maurício Fernandes de Moraes
Jorge Duarte Pinheiro (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
José Araújo da Silva
José Evandro Lacerda Zaranza
Jose Miqueias Antas De Gouveia
José Orlando Ribeiro Rosário
José Roberto de Castro Neves (FGV-Rio)
José Serafim da Costa Neto
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Juliana Raineri Haddad (FAIBI)
Karla Viviane de Sousa Rêgo
Karlos Alves Barbosa (UFU)
Karoline Lins Câmara Marinho
Keity Mara de Souza e Saboya
Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira
Leonardo Martins
Lídio Sânzio Gurgel Martiniano
Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo Rodrigues
Lívio Coêlho Cavalcanti
Lorena Cordeiro de Oliveira (UFPB)
Lorena Neves Macedo
Lucas Duarte de Medeiros
Luciano Athayde Chaves
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Luiz Felipe Pinheiro Neto
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo da Rocha Ribeiro Dantas (SP)
Marcelo de Barros Dantas
Marcelo Maurício da Silva
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marconi Antas Falcone de Melo
Marconi Neves Macedo
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Margarida de Oliveira Cantarelli (UFPE)
Maria Marconiete Fernandes Pereira (PB)
Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Marise Costa de Souza Duarte
Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Meyre Elizabeth Carvalho
Morton Luiz Faria de Medeiros
Murilo Oliveira de Souza (UNEMAT)
Naide Maria Pinheiro
Nathânia de Medeiros Oliveira
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Otaclio dos Santos Silveira Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Patrícia Costa Anache (Universidade de Coimbra)
Paulo Maycon Costa da Silva
Paulo de Souza Coutinho Filho
Paulo Renato Guedes Bezerra
Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Pedro Barachisio Lisbôa (BA)
Pedro Muniz Pinto Sloboda (UFRJ)
Rabah Belaidi (UFG)

Rafaella Mayana Alves Almeida Cardins
Rafhael Lima Ribeiro (CESG-MG)
Raoni Macedo Bielschowsky
Rasland Costa de Luna Freire
Ricardo César Ferreira Duarte Júnior
Ricardo Rocha Viola (UFU)
Ricardo Tinôco de Góes
Ricardo Wagner de Souza Alcantara
Roberta Eggert Poll (RS)
Robson Maia Lins (PUC-SP)
Rogério Araújo Lima
Rômulo Lima Silva de Góis
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Samuel Max Gabbay (IFRJ)
Sandresson de Menezes Lopes
Sheila Sampaio Gonçalves Barreto
Thiago Oliveira Moreira
Úrsula Bezerra Silva e Lira
Valcir Gassen (UnB)
Victor Rafael Fernandes Alves (UFPB)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (USP)
Virgílio Fernandes de Macedo Junior
Vladimir da Rocha França
Walber Cunha Lima
Walter Nunes da Silva Júnior
William Paiva Marques Júnior (UFC)
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Yara Maria Pereira Gurgel
Yuri Marques de Melo Santiago
Zéu Palmeira Sobrinho

SUMÁRIO

- 11 **Editorial**
- 13 **Prefácio**
- 19 **A audiência de custódia e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro: utopia ou esperança de efetivação da justiça e garantia da dignidade humana?**
Yasmim Cavalcante Pina de Almeida
- 39 **A averbação pré-executória e os seus efeitos no procedimento de cobrança do crédito público**
Amanda Pontes Nunes Carlos
- 63 **A diplomacia e os desafios familiares**
Wendell Nobre Silva de Medeiro
- 77 **A Emenda Constitucional 66/2010 e o Instituto da Separação Judicial: uma análise sobre seu *status* atual no ordenamento jurídico**
Isadora Gonçalves Sales Leandro
- 93 **A necessária compatibilização entre liberdade de iniciativa e função social da empresa: reflexões sobre a lei da liberdade econômica**
Isabela Medeiros Gurgel de Faria
- 111 **A possibilidade de condicionamento da tramitação de demandas cíveis e consumeristas à tentativa de autocomposição extrajudicial**
Júlia Suzart de Freitas
- 133 **Aspectos gerais da tributação aplicados aos *bitcoins***
Tulio Manuel Maia Guimarães

- 155 **Do (in)cabimento de indenização à noiva abandonada no dia do casamento**
Betina Heike Krause Saraiva
- 173 **Mediação e diplomacia: uma abordagem acerca do papel da Organização das Nações Unidas na guerra civil Síria**
Gabriela Gurgel Medeiros
Vitor Emmanuel Viana Antunes Dantas
Mário Savéri Liotti Duarte Raffaele
- 199 **O acordo de não persecução penal e a importância dos institutos despenalizadores**
Alanna Siqueira Simonetti Oliveira
- 221 **O direito a alimentos das esposas/companheiras de militares nas ações de divórcio/dissolução de união estável**
Vinicius Floripo Chaffin Vieira
- 241 **Planejamento familiar e reprodução assistida: uma análise da obrigatoriedade da cobertura desse procedimento pelos planos de saúde**
Ana Cecília Ferreira Duarte
Isabelle Cristinne Morais
- 263 **A advocacia e os mecanismos extrajudiciais no auxílio da desjudicialização**
Tiago de Lima Almeida
- 285 **Nova lei de contratações públicas: mudanças relevantes**
José Serafim da Costa Neto
- 319 **Reforma tributária e princípios constitucionais da ordem econômica**
Eduardo Silveira Frade
Robson Maia Lins

ARTIGOS

- CONVIDADOS -





A ADVOCACIA E OS MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS NO AUXÍLIO DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Tiago de Lima Almeida¹

RESUMO

O presente artigo busca analisar a atuação dos advogados no âmbito extrajudicial. Demonstra que, muito além de atuar em casos junto ao poder judiciário, o profissional é responsável por auxílio na via administrativa, fazendo com que as vias extrajudiciais ganhem força e cada vez mais visibilidade. Ainda nesse sentido, buscou-se qualificar as importantes atividades desempenhadas dentro do âmbito das serventias extrajudiciais, que, com sua relevância, são utilizadas como meio de consolidação de políticas públicas, resguardando ao cidadão um maior acesso aos seus direitos, de modo célere e eficiente. Desde a realização de divórcios, passando por inventários, usucapião e a confecção de atas notariais, a atuação extrajudicial dos cartórios, com o acompanhamento e orientação dos advogados,

¹ Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Vice-Presidente da Comissão de Direito Notarial e de Registro da OAB/SP. Especialista em Direito Tributário e Direito Notarial e Registral. Advogado sócio do CM Advogados.

mostra-se cada vez mais indispensável ao bom funcionamento e auxílio da justiça no país.

Palavras-chave: Advocacia. Extrajudicial. Serventias Extrajudiciais. Desjudicialização.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais comentados na advocacia atual é o “empreendedorismo na advocacia”, sendo que esse empreendedorismo consiste na adoção de mecanismos que buscam ampliar habilidades, conhecimentos e técnicas para garantir um destaque em um mercado tão concorrido.

Dentro desta perspectiva de empreendedorismo, buscam-se soluções e mecanismos aptos a propiciar excelência no atendimento aos clientes, com o ganho de tempo, menor custo e, conseqüentemente, uma boa rentabilidade do serviço prestado pelo advogado.

Nesse cenário, o domínio da advocacia extrajudicial é essencial aos advogados empreendedores.

Advocacia extrajudicial é uma terminologia que vem sendo utilizada para denominar uma nova maneira de exercer a advocacia, em especial, mas não somente, a advocacia que atua no âmbito das atribuições das serventias extrajudiciais, dentro dos cartórios.

O presente artigo visa demonstrar de forma pontual a importância da advocacia exercida na seara extrajudicial, com a utilização dos serviços ofertados pelas serventias extrajudiciais, delegadas por lei aos notários e registradores, na busca de otimizar resultados e disponibilizar aos clientes a prestação de um serviço rápido e eficiente.

As atividades extrajudiciais se materializam no mundo jurídico como indispensáveis ferramentas ao poder judiciário, sendo que os atos praticados junto às serventias extrajudiciais possuem idêntica segurança jurídica à prestação jurisdicional. O compartilhamento de diversos atos,

antes exclusivos à esfera judicial, aos cartórios os torna uma importante ferramenta de garantia de direitos e prevenção de conflitos.

A crescente promulgação de atos normativos transferindo certos procedimentos, antes exclusivos da esfera judicial, para o âmbito extrajudicial só comprova o quanto tratado, ou seja, a via extrajudicial é um substancial apoio da justiça na busca por uma desjudicialização e desafogamento do judiciário. É indispensável que haja, cada vez mais, claros debates sobre a importância do papel desempenhado pelas vias extrajudiciais, a sua contribuição para gerar uma sociedade mais inclusiva e igualitária, sua indispensabilidade em assegurar que princípios básicos sejam respeitados e efetivados, e a indiscutível atuação satisfatória das serventias em trazer segurança jurídica aos litígios existentes.

2. A ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

Indispensável para uma real segurança de direitos e garantias fundamentais, o advogado é figura essencial à justiça, com foco para uma construção social mais justa e igualitária, tal como disposto em nossa Constituição Federal². Como consequência deste fato, o advogado se impõe como um profissional indispensável na busca dos anseios e vontades daqueles que, por algum motivo, observam seus direitos se esvaírem³.

Em sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo inédita estatutura constitucional direcionada à advocacia, instituindo-a em seu capítulo IV, do título IV (“da organização dos poderes”) dentre as “funções essenciais à justiça”, juntamente ao Ministério Público e à Advocacia-Geral

2 Nesse sentido, veja Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de abril de 2021.

3 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 174.

da União. Nesse mesmo sentido, a Seção III do capítulo mencionado trata “Da Advocacia e da Defensoria Pública”, prescrevendo o artigo 133 que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”⁴.

É fato incontroverso que o número de advogados hoje no país é surpreendente, sendo que esta oferta se dá, também, pelo imenso número de novas demandas que, como sabido, abarrotam o Judiciário. É fato que as demandas estão cada vez mais complexas, trazendo em sua essência, muitas vezes, intrínseca relação com desdobramentos políticos, econômicos e tecnológicos, cenário que obriga os advogados a se reciclarem constantemente, sempre em busca de maior conhecimento para lidar com as questões postas pelos seus clientes. José Renato Nalini já teceu comentários a respeito desse fato, tratando sobre o talento dos advogados, coexistindo outras formas de prestar suas funções. Dita ele⁵:

A perspectiva aterradora da insuficiência de mercado de trabalho para novos advogados não resistirá à criatividade, alimentada pela esperança. Afinal o direito é um instrumento eficiente para solucionar conflitos. Nem sempre necessariamente submetidos ao Judiciário. [...] É essencial recordar que o talento sempre encontrará seu espaço.

E nessa procura por uma melhor capacitação, juntamente com a necessidade de lidar melhor com o fator das grandes demandas do judiciário, surge a figura da advocacia preventiva ou extrajudicial.

Dentro dessa perspectiva, não se exerce mais a advocacia da mesma forma com que se exercia há 20 anos atrás. A advocacia por

4 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de abril de 2021.

5 NALINI, José Renato. Ética geral e profissional/José Renato Nalini. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 656.

muitos anos concentrou sua atuação, quase que exclusivamente junto ao Poder Judiciário.

No entanto, as recentes políticas da desjudicialização e da desburocratização mudaram esse cenário. Hoje se percebe que os operadores do direito possuem a plena convicção de que o poder judiciário só deverá intervir quando extremamente necessário.

Fielmente se pode afirmar que o estudante de direito na época da faculdade é praticamente habilitado a resolver todo e qualquer problema no judiciário. Basta uma simples análise do conteúdo programático das principais universidades do país para se constatar que a grande maioria não oferta a disciplina de direito notarial e de registros públicos, quando muito, trazem a disciplina como optativa. Na mesma esteira, são poucas as pós-graduações em direito notarial e de registros públicos ofertadas no país.

Muitas vezes os litígios que batem às portas do poder judiciário poderiam ser objeto de solução por meio alternativo, com a garantia tão indispensável da segurança jurídica.

Nessa seara, as demandas de caráter extrajudiciais apareceram no mundo jurídico como uma alternativa mais célere aos casos em que, muitas das vezes, a judicialização traria ônus imensuráveis, especialmente pelo longo tempo que um processo pode durar.

Esse cenário de uma maior atuação extrajudicial dos advogados também já foi destacada por José Renato Nalini⁶, que tratou:

Felizmente, parcela crescente de advogados já despertou para essa realidade e se dedica à atuação preventiva e subtraída à burocracia enervante e estiolante das esperanças que é o Judiciário, com seus anacronismos, com seu medievalismo, com suas quatro instâncias e multiplicados recursos. Anota-se que em 1996 a OAB

6 NALINI. Op. cit. p. 657.

fez uma pesquisa e constatou que 31% dos entrevistados declararam atuar na prevenção e não em juízo.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Saldanha, em um seminário na Corte Superior que debatia o papel dos cartórios de protesto na recuperação de crédito, trouxe um dado muito interessante: atualmente nós temos cerca de 2.800 municípios e distritos sem serviço judicial, mas em todos eles se faz presente o serviço extrajudicial. A capilaridade dos cartórios abrange o Brasil inteiro, país que tem extensão territorial continental e só a igreja católica e os cartórios cobrem 100% de sua área.

Novamente utilizando as muito bem colocadas palavras de José Renato Nalini⁷, é possível se observar parte dos benefícios que a delegação dos serviços notariais e de registro trouxeram. Segundo ele:

Um protagonismo que deu certo é o das delegações extrajudiciais. Foi uma solução inteligente do constituinte de 1988. Entregar a concursados prestações estatais que serão explorados por sua conta e risco. O governo não investe nada nas serventias – registros públicos e tabelionatos – e leva boa parte dos emolumentos. Mesmo assim, os delegados dão um show de eficiência e estão anos-luz à frente das prestações estatais diretamente prestadas pelo Estado.

Nesse cenário, a advocacia extrajudicial é uma terminologia que vem sendo utilizada para denominar uma nova maneira de exercer a advocacia, em especial, mas não somente, a advocacia que atua no âmbito das atribuições das serventias extrajudiciais, dentro dos cartórios. Assim, é preciso registrar que, embora intimamente ligados, a atuação do advogado na esfera extrajudicial não se dá tão somente nos cartórios extrajudiciais, havendo inúmeras possibilidades de atuação, tais como conciliação, mediação e arbitragem, assim como os acordos firmados de modo pré-processual.

7 NALINI, José Renato. Empreendedores. Uni-vos! <http://www.cawdialogos.com.br/empreendedores-uni-vos-2/> <acesso em 15 de janeiro de 2021>

Temos como exemplo claro o que vem disposto pela Lei nº 13.140/2015, que trata sobre a conciliação e mediação que são realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, assim como nas câmaras privadas e nas Varas Judiciais de todo o País. A norma traz a possibilidade de atuação dos advogados durante as sessões, de modo a trazer uma visão mais técnica e profissional sobre o tema.⁸ Nesse sentido, prevê a norma que “as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos” (artigo 10, da Lei nº 13.140/2015), tratando que, caso alguma das partes deseje estar acompanhada de um advogado, sua presença será indispensável. Para não me alongar, pois que assim poderia desfocar do tema proposto, vale um pontual registro: a Lei nº 13.140/2015, *data venia*, erra ao facultar a presença do advogado, tendo em vista que a presença deste se faz como indispensável para acompanhar a parte, evitando prejuízos incalculáveis, muitas vezes que superam a esfera econômica e atingem a esfera moral e a própria dignidade da parte desassistida por um profissional.

Ainda, quando da publicação do Provimento nº 67 de 2018 do CNJ, foi permitido aos cartórios extrajudiciais o desempenho de conciliação e mediação, nos atos em que possuem capacidade para lavratura, onde são exigidos advogados para o assessoramento das partes.

Partindo desta premissa, podemos concluir que os advogados desempenham importantes funções fora do âmbito judicial e que, de igual modo, os cartórios auxiliam no processo de agilização das demandas judiciais, dando todo o apoio extrajudicial necessário as variadas questões que surgem, de modo a trazer celeridade e eficiência aos atos. Estabelece-se, aqui, uma intrínseca relação de apoio, entre os advogados e as serventias extrajudiciais, que atuam, de modo conjunto, de forma a quebrar paradigmas e auxiliar o judiciário em suas demandas exorbitadas.

8 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas / Carlos Eduardo de Vasconcelos. – São Paulo: Método, 2008, p. 45.

3. OS MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS QUE AUXILIAM NA DESJUDICIALIZAÇÃO

Como pontuado alhures, juntamente aos advogados que atuam extrajudicialmente, os cartórios desempenham papéis indispensáveis ao bom funcionamento da máquina estatal. Isto é, com o auxílio prestado na efetiva materialização de direitos fundamentais, as serventias galgam um espaço cada vez mais indispensável no cotidiano do cidadão: o de realizar procedimentos antes só possíveis pela via judicial, de modo mais célere, menos burocrático, e com a mesma eficiência e eficácia desprendida dos Tribunais.

Frente à real necessidade de uma atuação mais eficaz, dada a situação em que o judiciário se encontrava, foram necessárias criar maneiras de soluções de lides que fossem capaz de serem solucionadas fora do ambiente judicial. Nesse sentido, ditou Lígia Arlé Ribeiro de Souza⁹:

Portanto, diante do quadro caótico em que se encontra a justiça brasileira, o legislador viu-se compelido a criar meios alternativos para solução das questões advindas das relações sociais e econômicas. A partir de então, leis visando à desjudicialização começaram a ser editadas [...] (2011, on-line).

Pode-se conceituar a desjudicialização como resultado daquilo que é feito sem as formalidades judiciais ou que não são feitas perante uma autoridade judiciário. Como visto anteriormente, aqueles realizados no âmbito das serventias extrajudiciais fica a cargo dos Notários e Registradores, que atuam como parceiras que permitem desafogar os órgãos judiciais.

9 SOUZA, Lígia Arlé Ribeiro. A importância das serventias extrajudiciais no processo de desjudicialização. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20242/aimportancia-das-serventias-extrajudicias-no-processo-de-desjudicializacao>. Acesso em 22 de abril de 2021.

Como bem observado, a junção da atuação do advogado junto às serventias extrajudiciais desenvolvem papel fundamental ao desafogamento do judiciário, trazendo uma maior desjudicialização aos atos, resultando em uma maior agilidade, desburocratização e menor custo, de modo a facilitar a resolução de conflitos de interesses.

André Ramos Tavares¹⁰ publicou um artigo no site Carta Forense sobre a desjudicialização, tratando que:

Foram basicamente novas leis que fizeram emergir, no Brasil, o fenômeno da desjudicialização das relações jurídicas. Surge, recentemente, com a mudança do art. 890 do CPC, em 1994, permitindo o depósito extrajudicial, a Lei 10.931/04, que introduziu o processo extrajudicial de retificação do registro imobiliário (anteriormente jurisdição voluntária, doravante realizável pelo Oficial do Registro de Imóveis), a Lei 11.101/05, que criou a recuperação extrajudicial no processo falimentar e o processo não-judicial de separação, divórcio, partilha e inventário, nos termos da Lei 11.441/07.

Observado o princípio de celeridade, a Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹, da qual o Brasil é signatária, já previa a garantia, ao dispor, em seu artigo 8.1, que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para

10 TAVARES, Ramos André. Desjudicialização, Carta Forense 2013. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>> Acesso em: 22 de abril de 2021.

11 https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm <acesso em 22 de abril de 2021>

que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Até o ano de 2004, a Constituição Federal não previa e não tratava acerca da duração razoável do processo. Tal ponto só foi começar a ganhar respaldo a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. Nessa seara, a Carta Magna de 88, em seu artigo 5º, parágrafo LXXVIII, fortalece a ideia de celeridade, por meio dos meios que garantam a agilidade em qualquer processo. Este se firma como um valor fundamental que permite a íntegra execução dos direitos sociais (CASSETTARI, 2008)¹², vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Cumprir observar que o texto constitucional é claro ao trazer que a garantia ora em comento é aplicada para além do âmbito judicial, estendendo-se também ao administrativo, aplicando-se ainda às serventias extrajudiciais¹³. Nesse sentido, começaram a ganhar espaço a

12 CASSETTARI, Christiano. Separação, divórcio e inventário por escritura pública. Teoria e prática. 3. Ed. São Paulo: Método, 2008.

13 KÜMPEL, Vitor Frederico. Histórico da Lei nº 11.441/2007 e a incorporação de seus institutos pelo Código de Processo Civil de 2015. DEL GUÉRCIO NETO, Arthur et. al. Homenagem aos 10 anos da lei federal nº 11.441/2007 em 10 artigos. 1º ed. – São Paulo: YK Editora, 2017.

extrajudicialização de procedimentos e o desembaraço do processo judicial, sendo foco de estudos acadêmicos e doutrinários.

Para Vitor Kumpel¹⁴, é nesse cenário que houve a mudança de competências de apreciação jurisdicional para o extrajudicial, especialmente em relação dos serviços delegatários de notários e registradores. Traz ele que

os operadores do direito começaram a perceber que questões jurídicas, ainda que complexas, poderiam ser retiradas da apreciação do Poder Judiciário, observadas duas condições: a) desde que não houvesse lide; b) desde que não houvesse interesse público ou meta individual envolvido.

Abaixo veremos exemplos desses mecanismos tão indispensáveis para o bem caminhar das relações sociais.

3.1 Divórcio, separação, inventário e partilha

Grande marco no direito sucessório e de família, bem como marco na relação extrajudicial e pioneira no processo de desjudicialização das lides, a Lei nº 11.441/2007 autorizou a realização de separações, divórcios e inventários na esfera administrativa, representando um notável avanço para a sociedade brasileira.

Até o ano de 2007, a separação de direito era necessariamente judicial e tinha de ser processada por meio de jurisdição voluntária ou procedimentos de jurisdição contenciosa. O divórcio, por sua vez, deveria ser realizado por meio da separação de direito havida há mais de 1 ano ou por meio da separação de fato por mais de 2 anos. Não existia, nesse sentido, a separação direta era necessária a observação dos prazos descritos.

Era fato de a via judicial era, até então, a única alternativa disponível aos cidadãos a fim de satisfazer suas pretensões quanto

14 KÜMPEL, Vitor Frederico. Op. cit. p. 198.

à separação, divórcio, inventário e partilha consensual. Frente a esta situação, e de modo a trazer facilidade àqueles que necessitam dos mecanismos, bem como no intuito de desafogar o Poder Judiciário, a Lei Federal em comento permitiu, com a presença de um advogado, que os procedimentos acima fossem realizados de forma extrajudicial, por meio de escrituras públicas, nos tabelionatos de todo o país, trazendo celeridade aos mecanismos.

A norma trouxe em seu contexto a segurança jurídica e a celeridade necessária, que necessitava de atuação por aqueles que fossem capazes de atuar em “substituição” ao judiciário. Foi frente a esse fato, e em observância à fé pública, que a advocacia extrajudicial, em parceria com as serventias notariais, tomou a frente na missão de resolução dos inventários, partilhas, separações e divórcios.

Em busca de aperfeiçoar os institutos e trazer maior eficácia aos procedimentos, o Congresso Nacional aprovou a Proposta de Emenda à Constituição nº 413 de 2005 (PEC do Divórcio), que resultou na Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que prevê, dentre outras, a exclusão da necessidade de prévia separação de fato ou judicial para que ocorra o divórcio. A emenda trouxe inovações ao reformular o art. 226, § 6º da CF/88, extinguindo a separação judicial e a necessidade de dois anos da separação de fato para que o casamento fosse extinto por meio do divórcio. Deste modo, o § 6º do art. 226 da Carta Magna passou a prevê que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

O artigo 733 do CPC de 2015 ampliou a atribuição da seara extrajudicial não só com a possibilidade de separações e divórcios, mas também prevendo a extinção de união estável de modo consensual – fato bastante proveitoso para a sociedade atual em que o crescimento dessas entidades familiares é inegável.

Noutro giro, o artigo 610 do CPC de 2015 manteve o inventário administrativo como possibilidade em casos de consenso entre herdeiros maiores e capazes. O artigo prevê expressamente que a escritura é título hábil inclusive a ser apresentado a instituições financeiras para fins de levantamento de quantias nelas depositadas.

Como estamos falando de inventário, vale realizarmos um pertinente consideração: Os cartórios são importantes ferramentas para os advogados que trabalham como planejamento sucessório, podendo nas serventias serem lavrados testamentos; criadas pessoas jurídicas; realizadas doações, com ou sem reserva de usufruto.

Em linhas gerais, a faculdade de se realizar o divórcio, a separação, o inventário e a partilha na esfera extrajudicial instituiu a possibilidade de desjudicialização desses procedimentos, uma vez que hoje não é mais necessária a atuação judiciária quanto da instauração de um processo judicial para a formalização desses institutos, sendo o tabelião capaz de validar a vontade das partes. Ainda, a via administrativa não é obrigatória, podendo o judiciário ser acionado para perfazer o quanto desejado.

3.2 Ata notarial

A Ata Notarial não é um instituto novo. Ela já constava no Código de Processo Civil de 1973, mas era dita como meio atípico de prova. Entretanto, sua utilização era permitida uma vez que seu conteúdo demonstrasse ser hábil a comprovar o quanto se defendia. Com a atualização legislativa, a Ata passou a valer como meio de prova típico.

No CPC de 2015 o capítulo das provas passa a conter uma seção específica para contemplar a ata notarial, através do artigo 384. A previsão representa um avanço, já que a ata notarial, por sua natureza, constitui um valioso instrumento probatório, por conferir autenticidade aos fatos que o Tabelião, em decorrência de sua fé pública, atesta como ocorridos.

Podemos classificar a Ata Notarial como uma comprovação oficial, dotada de fé pública, que atesta fatos presenciados ou que sejam apresentados em cartório, tendo em vista a fé pública pela qual os tabeliães são dotados.

Tendo força de provar a veracidade de um fato, a Ata é utilizada para trazer maior celeridade e segurança ao processo, uma vez que, atestada pelo tabelião, aquela informação é tida como verdadeira, diminuindo as chances de manipulação de provas.

João Teodoro da Silva¹⁵ trata sobre o tema, ao trazer que:

Ata notarial trata-se de uma das espécies do gênero instrumento público notarial, por cujo meio o tabelião de notas acolhe e relata, na forma legal adequada, fato ou fatos jurídicos que ele vê e ouve com seus próprios sentidos, quer sejam fatos naturais quer sejam fatos humanos, esses últimos desde que não constituam negócio jurídico.

Ata notarial, aliás, vem sendo utilizada como um importante meio de prova em relação a atos praticados na internet, notadamente nas redes sociais. O mundo virtual, até bem pouco tempo “terra de ninguém”, hoje encontra nos tabeliões de notas xerifes dignos de um faroeste!

Deste modo, ao enquadrar a Ata Notarial como meio de prova, o legislador traz que essa possui a natureza jurídica de prova documental, que é produzida por meio de um documento público, de autoria do Tabelião de Notas, munido de presunção de veracidade, contribuindo, deste modo, para a desburocratização e agilidade dos processos em tramitação.

3.3 Demarcação e divisão por escritura

O artigo 571 de CPC 2015 traz a possibilidade de demarcação e divisão de imóveis por escritura pública.

As partes em consenso podem livremente estipular a medida dos respectivos imóveis, com a divisão destes apropriada aos seus interesses.

15 SILVA, João Teodoro da. Ata Notarial Sua utilidade no cenário atual Distinção das Escrituras Declaratórias. In: SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de (coord.), Ideal Direito Notarial e Registral. São Paulo: Quinta Editorial, 2010, p. 33.

3.4 Averbação registrária para se combater fraude à execução

O art. 828 traz a averbação premonitória como um instrumento processual apto a conferir segurança jurídica, sobretudo ao mercado imobiliário.

O imóvel não será afetado diretamente, mas essa averbação terá efeito coativo sobre o devedor, além de demonstrar a má-fé em quaisquer aquisições, pela publicidade erga omnes do registro procedido.

A experiência com esse dispositivo parece ter sido ampliada no art. 792 que reconhece a presunção absoluta de fraude, se realizada alienação ou oneração de bens, desde que averbada a ação de conhecimento, execução, hipoteca judiciária ou ato constitutivo. Assim, a fraude pode ser reconhecida antes mesmo da citação ou da penhora, se houver comprovação do registro público do gravame ou do ajuizamento da ação capaz de reduzir o devedor à insolvência.

3.5 Homologação de penhor legal na via extrajudicial

Em iniciativa coerente com a desjudicialização de conflitos, o CPC prevê em seu artigo 703, § 2º, que a homologação do penhor legal poderá ser promovida pela via extrajudicial mediante requerimento do credor a notário de sua livre escolha.

3.6 Usucapião extrajudicial

Instituto já conhecido, a usucapião extrajudicial é uma alternativa para aquisição e registro de imóvel, de modo a regularizar a aquisição de bens que não escriturados frente à ausência de propriedade. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves¹⁶:

16 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

A usucapião é também chamada de prescrição aquisitiva, em confronto com a prescrição extintiva, que é disciplinada nos arts. 205 e 206 do Código Civil. Em ambas, aparece o elemento tempo influenciando na aquisição e na extinção de direitos.

Sem esgotar o assunto, visto que a intenção aqui é tão somente demonstrar sua utilização como meio extrajudicial de desafogamento do Poder Judiciário, a usucapião possui seu reconhecimento em cunho declaratório, sendo o modo de aquisição de propriedade, observado diversos requisitos. Prevista no artigo 1.071 do CPC, e com as alterações introduzidas na Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/73 –, o artigo 216-A, com o auxílio de um advogado, deve-se realizar o requerimento junto ao cartório, que deverá estar em consonância com o que traz a lei.

Importante pontuar que o ato que inaugura o mecanismo ocorre no cartório de notas, entretanto, o registro será celebrado no cartório de registro de imóveis por meio de procedimento administrativo que verifica os requisitos materiais da usucapião. No procedimento é essencial que o advogado atue e participe integralmente de todos os atos.

Nessa seara, o CPC de 2015 abarcou o procedimento pela via extrajudicial, como forma de auxiliar a população a ter acesso a um mecanismo mais rápido e célere.

Deste modo, a usucapião, em sua modalidade extrajudicial, é resultado de uma tentativa acertada em desburocratizar procedimentos antes apenas judiciais, de modo a trazer celeridade e segurança ao caso e ter seu procedimento regularizado.

3.7 Alteração de nome e gênero

A partir de 2018 se tornou possível a alteração de nome e gênero nos cartórios de registro civil, sem necessidade de cirurgia de mudança de sexo e de autorização judicial.

Regulamentado pelo Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o procedimento será feito com base na

autonomia do requerente, que deverá declarar sua vontade ao registrador, independente de autorização judicial prévia ou comprovação de cirurgia.

Necessário, ainda, que o interessado declare, sob pena de responsabilidade criminal, a inexistência de um processo judicial em andamento com o objetivo de alterar o nome ou o sexo do documento.

Dentre outros demais exemplos.

Casos que demoravam anos, décadas, para serem resolvidos, por meio das ferramentas supraindicadas, hoje são sanados em dias, quiçá, horas.

Além dos institutos já normatizados, diversos projetos de lei, que tramitam nas casas do Congresso Nacional, miram a desjudicialização, dentre as quais posso citar o Projeto de Lei 6.204/19, que traz para os Tabelionatos de Protesto a função de agente de execução de todo o procedimento executivo de título extrajudicial e de sentenças condenatórias por quantia certa, podendo as partes, devidamente assistidas por seus advogados, optarem por tal via. Essa medida tem potencial para retirar cerca de 13 milhões de demandas do judiciário.

Saindo do poder legislativo, percebe-se que o Poder Judiciário se tornou um grande incentivador da desjudicialização. Cito como exemplo uma tese levantada pelo Ministro do STF Luís Roberto Barroso, que ganhou apoio junto à academia e à advocacia, qual seja, a produção desjudicializada de provas no processo, podendo as partes produzirem provas, testemunhais, periciais, etc., de forma privada e desjudicializada.

Em vez de as partes terem que aguardar a designação de uma audiência de instrução para poderem produzir determinadas provas, estas podem promover, por exemplo, a colheita de depoimentos em paralelo e em locais diferentes, independente da audiência, junto a um tabelião de notas para que este certifique um determinado fato, sendo posteriormente tais provas levadas ao processo para a chancela do órgão judicial. Se a prova produzida não for suficiente, eventualmente o Juiz pode designar novo ato.

A desjudicialização da produção de provas é uma estratégia já adotada em diversos países, dentre os quais: Estados Unidos, Inglaterra, França, Portugal, Espanha, Alemanha e Itália.

Conclui-se que a disponibilidade de atuação da advocacia extrajudicial contribui de forma significativa para o desafogamento do Judiciário e redução de custos de operacionalização, observada, ainda, a segurança jurídica trazida aos envolvidos.

CONCLUSÃO

A princípio o trabalho trouxe considerações acerca da importância da advocacia extrajudicial como alternativa rápida e eficaz para os meios de solução de lides existentes. Com o Poder Judiciário cada vez mais abarrotado de processos e com a real necessidade de solucionar os problemas, urge no mundo jurídico a necessidade de resolver as questões antes somente judiciais para a via extrajudicial, sem que isso representasse uma perda de qualidade e de segurança jurídica.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, ao delegar aos serviços extrajudiciais algumas de suas funções, continua fiscalizando e regulamentando as questões jurídicas. O apoio prestado pelos cartórios extrajudiciais representa um avanço que permite a toda a população um acesso mais facilitado à ordem jurídica, de modo célere, econômico e sem grandes implicações, mas sem perder qualquer ponto de segurança jurídica, indispensável ao bom funcionamento estatal.

Com isso, surgiram no mundo jurídico alternativas substanciais no auxílio à desjudicialização das lides e na desburocratização da justiça. Citaram-se, como exemplo, no presente artigo o divórcio, separação, inventário e partilha; ata notarial; demarcação e divisão por escritura; averbação registrária para se combater fraude à execução; homologação de penhor legal na via extrajudicial; usucapião extrajudicial; e alteração de nome e gênero.

A experiência em diversos países demonstra que a desjudicialização de atividades, que até então eram restritas ao Judiciário, é um ganho de eficiência para as partes envolvidas e para a sociedade

como um todo, na medida em que permite órgãos judiciais alocar para outras atividades o seu escasso e dispendioso tempo.

A longa duração do processo, por seu caráter nefasto, é vista como um mal a ser combatido. A solução dos conflitos e a entrega de resultados em um curto espaço de tempo vem sendo cada vez mais valorizadas, vigorando hoje o entendimento de que a Justiça tardia já falhou.

A colaboração estabelecida entre advogados e serventias extrajudiciais mostra-se cada vez mais exitosa. A bandeira da desjudicialização vem, cada dia mais, galgando novos ares e tem força para intensificar suas atividades nos próximos anos. A desjudicialização é um movimento irreversível que traz garantias de que as atividades realizadas pelos cartórios podem ser mais bem exploradas, sendo indispensáveis para um bom desenvolver da justiça, desafogando-a e trazendo um maior ganho em celeridade, economia e segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de abril de 2021;

_____. **Código Civil de 2002.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 20 de abril de 2021;

CASSETTARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública.** Teoria e prática. 3. Ed. São Paulo: Método, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas** / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Histórico da Lei nº 11.441/2007 e a incorporação de seus institutos pelo Código de Processo Civil de 2015.** DEL GUÉRCIO NETO, Arthur et. al. **Homenagem aos 10 anos da lei federal nº 11.441/2007 em 10 artigos.** 1º ed. – São Paulo: YK Editora, 2017;

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado /** Pedro Lenza. – 17. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 174.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional/**José Renato Nalini. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 656.

NALINI, José Renato. **Empreendedores. Uni-vos!** <http://www.cawdialogos.com.br/empreendedores-uni-vos-2/> <acesso em 122 de abril de 2021;

SILVA, João Teodoro da. **Ata Notarial Sua utilidade no cenário atual Distinção das Escrituras Declaratórias.** In: SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de (coord.), **Ideal Direito Notarial e Registral.** São Paulo: Quinta Editorial, 2010, p. 33;

SOUZA, Lígia Arlé Ribeiro. **A importância das serventias extrajudiciais no processo de desjudicialização.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20242/aimportancia-das-serventias-extrajudicias-no-processo-de-desjudicializacao>. Acesso em 22 de abril de 2021;

TAVARES, Ramos André. **Desjudicialização, Carta Forense 2013.** Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>> Acesso em: 22 de abril de 2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas /** Carlos Eduardo de Vasconcelos. – São Paulo: Método, 2008, p. 45.

ADVOCACY AND EXTRAJUDICIAL MECHANISMS IN ASSISTANCE OF DEJUDICIALIZATION

ABSTRACT

This article seeks to analyze the role of lawyers in the extrajudicial scope. It demonstrates that far beyond acting in cases with the judiciary, the professional is responsible for assisting in the administrative way, making the extrajudicial ways gain strength and more and more visibility. Still in this sense, we sought to qualify as important activities performed within the scope of extrajudicial services, which, with its generation, is to use the means of consolidating public policies, safeguarding citizens with greater access to their rights, in a quick and efficient manner. Since the completion of divorces, through inventories, adverse possession and the preparation of notary minutes, the extrajudicial performance of the notaries, with the accompaniment and guidance of lawyers, has shown itself to be increasingly indispensable for the proper functioning and assistance of justice in the country.

Keywords: Advocacy. Extrajudicial. Extrajudicial services. Judicialization.



NOVA LEI DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: MUDANÇAS RELEVANTES

José Serafim da Costa Neto¹

RESUMO

As contratações públicas possuem extrema relevância para o Direito Administrativo Brasileiro e também para a sociedade, visto que se trata dos procedimentos pelos quais os entes públicos contratam serviços e adquirem bens para atender primordialmente ao interesse público. O respeito às normas não deve impedir que seja atendido o princípio da eficiência, razão pela qual se deve ter uma preocupação constante em tornar essas contratações cada vez mais vantajosas para garantir melhores resultados para os entes e os cidadãos, os quais devem ser beneficiados por tais aquisições e contratações. Entrou em vigor a Nova Lei de Contratações Públicas em 1º de abril de 2021, a qual consolidou diversas normas já existentes, esclareceu determinados aspectos controversos e inovou em determinados institutos.

Palavras-chave: Nova Lei. Contratações Públicas. Interesse Público.

¹ Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Público pela PUC/ MG e em Direito Administrativo e Gestão Pública pela FCV.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”
(Albert Einstein)

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei Federal n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, previu em seu artigo 194 que: “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”. Sendo assim, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos incorpora-se aos regramentos já vigentes acerca das contratações públicas no Brasil, dentre os quais se destaca no centro desse microssistema jurídico a Lei Federal n.º 8.666/93.

A lei supracitada, cuja aplicabilidade já perdura por mais de 27 (vinte e sete) anos até o presente momento, foi importante historicamente para fortalecer o exercício de controle da atividade administrativa, bem como para coibir a prática de erros formais e atos ímprobos pelos atores envolvidos nas contratações públicas. Não se pode olvidar que a legislação vigente está obsoleta e mesmo com as alterações realizadas já não atende a contento às necessidades da gestão pública contemporânea, primordialmente com os avanços das novas tecnologias da informação e a sistemática do modelo gerencial da Administração Pública desde o advento do princípio da eficiência com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 19/1998.

O dia 01º de abril de 2021 ficará marcado para a sociedade brasileira como o dia emblemático da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a qual surge com a ousadia de inovar na gestão pública brasileira, bem como ser instrumento para o desenvolvimento nacional e atender aos anseios das necessidades que surgem das legislações anteriores, inclusive com relação ao controle das atividades desenvolvidas pelos agentes públicos e os privados que se relacionam com a Administração Pública.

A elaboração de todo e qualquer trabalho acadêmico exige zelo de seu autor, mas essa responsabilidade amplia-se substancialmente quando se discute uma Lei de tamanha envergadura, vide a Lei Federal n.º 14.133/2021. Ademais, esse contexto fortalece a necessidade de desenvolvimento de escritos, como o presente, no meio acadêmico para que sejam traçadas as primeiras linhas das compreensões dos juristas e operadores do direito acerca dessa novel legislação que pretende revolucionar a seara das contratações públicas brasileira.

As contratações públicas são deveras relevantes para a Administração Pública, pois por meio delas se adquirem os insumos e materiais, bem como contratam os serviços, inclusive, obras para atender às necessidades administrativas. Desse modo, toda e qualquer mudança nessa seara já merece atenção da sociedade, no entanto ela deve ser ainda maior quando se trata de uma legislação com diversas mudanças substanciais, conforme se observará do presente artigo.

Sendo assim, é importante destacar que esse artigo é um retrato do momento atual, visto que a lei foi recentemente sancionada pela presidência da república, bem como ainda não foi regulamentada ou alterada por outras normas supervenientes, inclusive na esfera infralegal ou por outros entes, vide estados e municípios. A bem da verdade, os estudos, as análises e as pesquisas são sempre representações do estado da arte à época da sua elaboração, razão pela qual esse trabalho deve servir para esclarecer determinadas alterações consideradas mais relevantes, mas principalmente para que sirva como provocação aos leitores para que possam se debruçar mais sobre a temática.

Nada obstante o que será abordado no percurso do presente artigo, tem-se que a redação da Lei Federal n.º 14.133/2021 está mais próximo da realidade dos ministérios da União do que das secretarias dos Municípios, especialmente os de menor porte que ainda sofrem com ausência de infraestrutura, carência de recursos e desqualificação da mão de obra. De toda sorte, a novel lei acompanha a lei anterior no que concerne à manutenção desnecessária de determinados formalismos

que não são mais condizentes e adequados à realidade vivenciada no tempo presente.

Desta feita, esse trabalho pode ser entendido como possível ponto de partida para as discussões acerca da Nova Lei de Contratações Públicas brasileira, todavia jamais possuirá a pretensão de ser o ponto de chegada ou trazer respostas conclusivas ou definitivas. O objetivo principal é contribuir com a pesquisa acadêmica acerca do tema e trazer perspectivas a serem comprovadas ou refutadas futuramente.

2 ASPECTOS FORMAIS IMPORTANTES DA LEI FEDERAL N.º 14.133/2021

A Lei Federal n.º 14.133/2021 traz consigo mudanças relevantes para as contratações públicas, mas antes de adentrar na discussão prática e procedimental acerca da novel lei é preciso que se estabeleçam as premissas formais e os princípios atinentes à matéria. Nesse contexto, a Lei entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, não houve *vacatio legis*, caracterizado por ser o período entre o ato de conferir publicidade a norma e sua efetiva aplicação.

A regra geral para o Brasil, de acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é de 45 (quarenta e cinco) dias, no entanto a própria legislação pode estabelecer prazo diverso, como fez o Código de Processo Civil, ou até a inexistência de prazo, nos moldes da novel lei de licitações, cuja aplicabilidade passou a ser aplicada de maneira imediata após a publicação da norma no Diário Oficial da União (DOU) do dia 1º de abril de 2021.

A legislação traz ainda um período de convivência entre a nova lei de contratações públicas e a legislação anterior, qual seja o prazo de 2 (dois) anos, pois as Leis Federais n.º 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), n.º 10.520 (Lei do Pregão), e n.º 12.462/2001 (Regime Diferenciado de Contratações) somente serão revogadas em 1º de abril de 2023. Desse modo, apesar de não estabelecer um período de *vacatio legis* o legislador

conferiu a possibilidade de que a Administração Pública, os servidores e particulares pratiquem os atos com base na lei anterior em determinados aspectos durante dois anos enquanto se estrutura e organiza para a aplicação da nova lei.

A bem da verdade se trata de um regime de transição inusitado, mas que poderá ser interessante na prática, de todo modo a Administração poderá usar o regime antigo, o regime novo, ou alternar entre os regimes, no entanto é vedada a aplicação conjunta de ambos os regimes ou uma mescla entre eles. A previsão legal que traz essa regra imposta pelo legislador é o art. 191, *caput*, da Lei Federal n.º 14.133/2021.

A regra de transição trazida pelo legislador pode ser complicada na prática durante esses dois anos, no entanto a situação torna-se ainda mais polêmica quando se trata do regime de transição dos contratos. Os contratos que forem assinados durante a vigência das legislações que serão revogadas acompanharão as normas daquela lei que regia o procedimento licitatório ou contratação direta, inclusive se esse contrato for firmado no prazo de 2 (dois) anos de convivência entre a novel legislação e as leis anteriores, conforme se verifica do art. 191, parágrafo único³.

Sendo assim, as previsões da Lei sob análise estão condizentes com as regras gerais do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o contrato administrativo acompanha o procedimento licitatório, razão pela qual se o procedimento foi realizado com base no regime

2 Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

3 Art. 191. [...]

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

antigo, o contrato será firmado sob o mesmo regime, assim como se o procedimento foi realizado com escopo no regime novo, o contrato também será firmado sob o novo regime. Oportunamente, tem-se que mencionar a possibilidade de a Administração assinar contratos com base no regime antigo após a revogação das legislações do regime antigo, pois a revogação das leis não traz como consequência a extinção de todos os processos licitatórios em curso, segundo o texto normativo.

Ademais, o período de convivência entre os regimes distintos ultrapassa o prazo de dois anos de convivência das normas trazidas pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, visto que trata da necessidade de que os contratos acompanhem o regime de sua contratação enquanto perdurar sua vigência. Desse modo, as hipóteses de prorrogação desses contratos é de até 60 (sessenta) meses para serviços contínuos, com base no art. 57, inciso II, da Lei Federal n.º 8.666/93 e, até, mais 12 (doze) meses em situações excepcionais, ou seja, após a conclusão do período de convivência contratos sob a égide da lei anterior poderão ter seus efeitos postergrados no tempo após 6 (seis) anos da revogação da lei que lhe embasa.

Dando continuidade à análise acerca da transição entre os regimes de contratações públicas, importa mencionar que determinadas polêmicas serão objeto de debates significativos na prática forense, no cotidiano da gestão pública e nas decisões dos tribunais. Primeiramente, a legislação confere autorização para que sejam realizados certames licitatórios com base no regime antigo por dois anos, mas determinados certames ainda estarão em curso quando da revogação das leis anteriores.

Entende-se, por oportuno, que não parece razoável a extinção de todos esses processos para que sejam reiniciados com base na novel legislação ou uma análise casuística de convalidação de determinados atos para aplicação da novel lei, inclusive por se estar incorrendo na vedação já trazida pela Lei Federal n.º 14.133/2021 da mescla entre os procedimentos. *A priori*, verifica-se que o entedimento mais condizente com a segurança jurídica é o prosseguimento do processo administrativo

para a contratação pública com base no regime antigo e conseqüentemente o contrato será firmado sob a égide desse mesmo regime.

Posteriormente, avança-se para uma segunda etapa dessa discussão, qual seja, quando o marco que caracteriza o início de uma licitação, posto que definido o aspecto anterior de que o início do certame condicionará a sua realização e contratação com base na legislação anterior faz-se mister definir qual será o início dos procedimentos. A Lei Federal n.º 14.133/2021 em seu art. 17, inciso I⁴, considera a etapa preparatória como a fase inicial do procedimento.

Nesse sentido, considerando a etapa preparatória como o início da licitação será possível que ocorra a publicação de editais de licitação com base nas leis anteriores após a sua revogação, quando houver o transcurso do prazo de dois anos de convivência entre os dois regimes. No entanto, em situação similar, qual seja, a transição para a aplicação da Lei Federal n.º 13.303/2016, também conhecida como Lei das Estatais, e que estabelecia prazo máximo de 2 (dois) anos de *vacatio legis*, pois estava condicionado a reunir as condições para aplicar a nova lei e após iniciar sua aplicação já não poderia retroceder para a lei anterior, bem como se estabelecia que as licitações iniciadas neste prazo prosseguissem com base no regime anteriormente vigente, o Tribunal de Contas da União (TCU) entendeu que somente se consideraria iniciada a licitação com edital já publicado⁵.

Diferentemente do que dispõe o Tribunal de Contas da União (TCU) não se verifica como simples as motivações trazidas com o intuito de justificar que o procedimento licitatório se inicia com a publicação do Edital. O primeiro argumento trazido não merece prosperar, pois se faz uma ilação acerca do juízo de razoabilidade do legislador

4 Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em seqüência: I – preparatória;

5 TCU, Acórdão n.º 2279/2019. Plenário, Relator: Ministro Augusto Nardes, , Data do Julgamento: 25/09/2019

e desconsidera-se o disposto na legislação, todavia quando se trata de direito administrativo deve-se respeitar o princípio da legalidade estrita, ou seja, não há margem para leituras dessa natureza.

Nada obstante, o segundo motivo é de que o prazo foi suficiente, no entanto não há qualquer critério objetivamente auferível para comprovar essa dita suficiência, bem como se desconsideram as próprias disposições legais. Já com relação ao terceiro fundamento se faz menção a iniciativa privada, entretanto o poder público também é destinatário, inclusive o principal, dos procedimentos de aquisições públicas, razão pela qual não se concorda com a visão emanada pela Corte de Contas Federal em caso similar.

Após o transcurso das disposições da novel lei em discussão que trata dos regimes de transição, tem-se ainda que trazer à baila as disposições legais que serão revogadas de imediato, quais sejam as do âmbito criminal. Os contratos firmados por dispensa e inexigibilidade com base no regime antigo seguirá esse regime, conforme já fora debatido e nos moldes estabelecidos pelo §1º, art. 191, entretanto o regime de transição do §2º desse mesmo dispositivo legal é taxativo ao afirmar que a convivência dos regimes ocorre para quando a administração licitar, ou seja, nas contratações diretas se aplica de maneira imediata o novo regime.

Nesse sentido, o art. 193, inciso I, da Lei Federal n.º 14.133/2021 revoga imediatamente os dispositivos que tratam de crimes na lei de licitações e contratos administrativos vigentes.

Não se pode olvidar, por oportuno, que a novel lei de licitações traz em seu texto legal, especificamente no art. 177, a inserção do IV para o art. 1.048 da Lei Federal n.º 13.105/2015 (Código de Processo Civil), cujo objetivo é garantir a tramitação prioritária no Poder Judiciário de demandas que discutam as normas gerais de licitação e contratação pública. Desse modo, poder-se-ia polemizar a expressão “normas gerais de licitação e contratação” para que fossem firmados os limites de aplicabilidade dessa norma com o intuito de definir quais seriam os

processos judiciais atingidos pela supracitada prioridade de tramitação, no entanto a discussão se esvai na medida em que a redação do art. 1º da Lei sob análise é categórica ao afirmar que tratará de estabelecer normas gerais de licitação e contratação, ou seja, todas as demandas que envolvam a novel lei devem receber a dita tramitação prioritária.

Ainda no que concerne aos aspectos formais da legislação sob análise, tem-se a polêmica que está sendo gerada em torno dos ditos regulamentos da Nova Lei de Licitações, pois a legislação vigente no corpo de seu texto legal estabelece diversas matérias que precisam ou podem ser regulamentadas. Os regulamentos são de suma importância para facilitar a execução da lei (ATALIBA, 1969, p. 24), entretanto o legislador deveria ter sido mais claro acerca das competências e limites desse poder regulamentar dos entes públicos submetidos à novel lei.

Ademais, os regulamentos já estão suscitando diversos questionamentos na prática, mas que devem ser elaborados pelos entes no âmbito de suas respectivas circunscrições territoriais, inclusive garantindo um viés mais prático e próximo da realidade de cada ente com base em critérios técnicos e respeitando os limites legais (MELLO, 2019, p. 321).

Sendo assim, realizadas as explicações necessárias acerca dos aspectos formais da novel lei, mas sem o intuito de esgotar a discussão e buscando contribuir com as nuances e os desdobramentos decorrentes de uma nova sistemática que irrompe no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário, por conseguinte, aprofundar nos princípios que regem a matéria e nas fases relacionadas as licitações, especialmente com ênfase no planejamento como cerne dos debates relacionados às contratações públicas.

6 Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação [...]

3. O PLANEJAMENTO NO CENTRO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E OS PRINCÍPIOS COMO VETORES DE CONVERGÊNCIA

As contratações públicas exigem formalidades da Administração Pública e são realizadas mediante procedimentos, sejam eles licitatórios ou não, quando o legislador estabelece possibilidade de contratação direta. De toda sorte, a contratação direta não faz com que se torne dispensável o cumprimento ao rito procedimental trazido pela lei, o qual é composto de diversos atos administrativos das mais diversas naturezas, inclusive atos vinculados e discricionários.

A atuação dos gestores públicos é discricionária, via de regra, no que concerne às contratações públicas, posto que são constantemente relacionadas as escolhas, inclusive difíceis, visto que na gestão públicas as necessidades são infinitas e os recursos são finitos, quando não escassos. Desse modo, o raciocínio deve ser de planejamento como fase prioritária das contratações públicas, pois historicamente as administrações públicas erroneamente se preocupavam de maneira imediata com a execução, a qual se não for bem planejada tende a fracassar.

Sendo assim, a Lei Federal n.º 14.133/2021 reforça sobremaneira a fase preparatória das contratações públicas, a qual naturalmente é caracterizada por momentos de planejamento e também fortalece a importância dos princípios no âmbito das contratações públicas, cujos papéis serão de contribuir com esse planejamento para garantir a contratação pública efetivamente mais vantajosa. Nota-se, contudo, que é necessário compreender quais princípios foram trazidos ou reforçados pela nova Lei de Licitações e Contratações Públicas e qual a função deles nessa seara do Direito Público.

3.1 A importância dos princípios para a nova perspectiva das contratações públicas

Os princípios ganham especial destaque com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, os quais são trazidos pelo art. 5º, seja pela enorme gama de princípios aplicáveis a novel lei ou até pela perspectiva topográfica, visto que eles estão em posição de relevância no texto legal. Diversos desses princípios já possuem previsão constitucional, vide igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, e economicidade.

Nada obstante, há ainda princípios dentre estes que estão implícitos no ordenamento jurídico vigente e na própria sistemática das contratações públicas já antecedentes à própria entrada em vigor da nova lei, tais como motivação, vinculação ao edital, competitividade, julgamento objetivo, interesse público, proibidade administrativa, transparência e segurança jurídica. Importa mencionar que os princípios da novel legislação não se resumem ao art. 5º, pois há outras disposições que tratam de princípio, como o da cooperação, e também o art. 89⁸, que trata da aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado.

7 Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da proibidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

8 Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Ainda com relação ao art. 5º da lei supracitada deve-se ressaltar que ele faz menção a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), especialmente aos seus princípios, destacando-se que essa legislação foi alterada pela Lei Federal n.º 13.655/2018, a qual incorpora a lei introdutória às normas de Direito Público. A aplicabilidade das disposições inseridas no ano de 2018 garante segurança jurídica à atuação dos gestores públicos, considerando os obstáculos e as dificuldades reais da gestão pública, de modo que os agentes públicos somente possam ser responsabilizados quando agirem com dolo ou em decorrência de erro grosseiro.

Vale consignar que essa excludente de responsabilização dos agentes públicos por eventuais equívocos cometidos na perspectiva dos órgãos de controle que não sejam por dolo ou erro grosseiro será de grande relevância com a nova Lei de Licitações recentemente sancionada. As inovações legislativas trazem consigo grande florescer de discussões em sede doutrinária e jurisprudencial, razão pela qual os órgãos de controle e conseqüentemente os julgadores devem ser proporcionais e razoáveis quando foram exercer os seus poderes de fiscalização, investigação e julgamento com relação aos atos praticados sob a égide da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo enquanto determinados parâmetros não forem fixados pelos próprios operadores do direito.

Verificados os aspectos principiológicos da legislação observa-se que o princípio do planejamento é um dos que exigiu mais atenção do legislador, inclusive por uma acertada preocupação acerca de um dos principais gargalos da gestão pública brasileira que é a ausência de planejamento ou os equívocos no planejamento realizado apressadamente. Sendo assim, é importante que sejam compreendidas as fases da licitação sem olvidar da importância do planejamento nesse contexto, o qual assume posição de pilar da nova sistemática das licitações e contratos administrativos, inclusive com capítulo específico na legislação vigente.

3.2 As fases das contratações públicas

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos traz em seu art. 17⁹ as fases do processo de licitação, quais sejam: preparatória; de divulgação do edital de licitação; de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; de julgamento; de habilitação; recursal; e de homologação. É importante destacar que apesar de não ser uma nomenclatura formalmente usada pela lei, salvo uma menção no art. 19, §1^o¹⁰, assim como também não é uma nomenclatura existente na Lei Federal n.º 8.666/93 didaticamente se convencionou fazer uma divisão no procedimento em fase interna e externa.

A cisão entre as fases ocorre com a divulgação do edital de licitação, oportunidade em que o processo se torna efetivamente público até então se trata da fase de planejamento e organização interna. Sendo assim, a fase interna confunde-se com a fase preparatória, a qual como já foi dito recebeu grande atenção do legislador, enquanto que as demais fases desde a de divulgação do edital de licitação até a de homologação conjuntamente formam a fase externa, ambas serão destrinchadas.

9 Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação.

10 Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: [...]

§ 1º O catálogo referido no inciso II do caput deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto e conterá toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

3.2.1 Fase Interna

A fase preparatória ou fase interna constitui-se do planejamento, elaboração do edital com seus anexos e estruturação do certame para sua fase externa, a qual recebeu um capítulo próprio na novel lei, inclusive com forte influência de determinados acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU). O Governo Federal já vem elaborando suas instruções normativas para disciplinar o planejamento de suas contratações públicas, quais sejam: Instrução Normativa n.º 01/2019 do Secretário de Gestão do Ministério da Economia; Instrução Normativa n.º 05/2017 da antiga Secretária de Gestão do antigo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento, e Gestão; Instrução Normativa n.º 01/2019 da então Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia; Instrução Normativa n.º 40/2020, da agora Secretaria de Desburocratização e Governo Digital do Ministério da Economia; e Instrução Normativa n.º 73/2020, também da Secretaria de Desburocratização e Governo Digital do Ministério da Economia (NIEBUHR, 2021, p. 80).

Sendo assim, é importante compreender que essas instruções normativas foram as principais fontes de inspiração do legislador no que concerne ao fluxo de planejamento da administração pública, o qual segue a seguinte sequência de atos com seus respectivos fundamentos jurídicos que lhe embasam com previsão expressa na Nova Lei: Plano Anual de Contratações (art. 12, inciso VII), Estudo Técnico Preliminar (art. 18, inciso I), Termo de Referência ou projetos (art. 18, inciso II), Orçamentos (art. 18, inciso III), Análises de riscos (art. 18, inciso X) e aprovação jurídica (art. 53). Evidentemente a Nova Lei buscou reforçar o planejamento das contratações públicas buscando combater mazela histórica, entretanto há que se ressaltar a dificuldade de cumprir com todas essas etapas prévias para cada licitação mesmo para itens simplórios e usuais ou de baixo valor econômico agregado, especialmente quando se trata de órgãos menos estruturados, como os municípios de pequeno porte.

A problemática agrava-se quando se estabelecem exigências, por exemplo as mencionadas acima, obrigatoriamente, razão pela qual a tendência de que ocorram tentativas de “fuga” ou “facilitação” dessas formalidades. No entanto, soma-se ao formalismo e burocracia exacerbados a escassez de recursos pelos entes ao redor do país, principalmente o material humano.

A bem da verdade, o legislador estabeleceu sua régua nesse aspecto com base na Esplanada dos Ministérios, todavia se afastou abruptamente das possibilidades dos municípios de menor porte, os quais serão assolados juntamente com os profissionais que deles fazem parte pela flagrante inviabilidade de cumprir com todos os requisitos da novel lei.

A Lei Federal n.º 14.133/2021 estabelece a possibilidade de que os entes elaborem os seus planos anuais de contratações, na forma dos regulamentos a serem elaborados, com o intuito de que sejam estabelecidas as necessidades da administração antecipadamente, inclusive racionalizando as contratações em atenção ao planejamento estratégico estabelecido e a elaboração das leis orçamentárias. O supracitado Plano deve ser utilizado como norte para a fase preparatória do processo licitatório, ou seja, o planejamento torna-se etapa inicial da dita fase preparatória.

Considerando-se o Plano Anual de Contratações como etapa preparatória mais abrangente e global que não é obrigatória e não trata de apenas uma contratação pública, tem-se o efetivo início do procedimento com os chamados estudos técnicos preliminares, os quais precisam fundamentar o interesse público envolvido na contratação e a melhor solução que se vislumbra para atender a tal finalidade. Nesse

contexto, o art. 18, §1^o, traz a necessidade de que o estudo evidencie o problema a ser resolvido com as respectivas soluções possíveis,

11 Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

[...]

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

permitindo que seja feita análise acerca da viabilidade econômica e técnica para cumprimento das pretensões e em atendimento ao interesse público, desde que preenchidos diversos elementos legais esmiuçados em 13 (treze) incisos.

Em que pese trazer a necessidade de que sejam cumpridos os ditos elementos no §2º¹² também do art. 18 trazem-se os elementos mínimos a serem atendidos pelo Estudo Técnico Preliminar, quais sejam, os incisos I (necessidade da contratação), IV (estimativa de quantidades), VI (estimativa de valor), VIII (justificativas para o parcelamento ou não da contratação) e XIII (posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina). Entretanto, o não preenchimento dos demais deve ser justificável, seja por serem desnecessários, inviáveis ou irrelevantes, ou seja, todos os incisos são obrigatórios, mas não são indispensáveis, visto que podem ser fundamentadas a sua não inclusão no estudo.

De todo modo, estudo técnico preliminar com todos os elementos trazidos pela legislação ou apenas os trazidos no §2º, do art. 18, torna bastante burocrática e complexa atividade que é denominada de “preliminar” e considerando a enorme demanda de aquisições públicas que os entes públicos possuem. A incoerência torna-se ainda maior quando se verifica a exigência de um posicionamento conclusivo sob a adequação da contratação para o fim a que se destina, todavia se o estudo é apenas preliminar o posicionamento deveria ser também preliminar.

A próxima etapa da fase preparatória é a elaboração do termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, a depender do objeto do certame, inclusive esse documento deve ser formulado com vistas ao que ficou estabelecido no estudo técnico preliminar, visto

12 § 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

que se pressupõe uma continuidade de etapas e o estudo prévio bem elaborada estabelecerá as linhas mestras para os termos de referência e eventuais projetos. Independentemente de qual seja o documento a ser elaborado o intuito primordial dele é que traga as especificações dos objetos a serem contratados e as delimitações necessárias com relação a contratação a ser feita.

A legislação sob análise em seu Título I, Disposições Preliminares, Capítulo III, das Definições, esmiuça didaticamente as principais distinções entre os documentos supracitados, sendo: o Termo de Referência (Art. 6º, inciso XXIII) necessário para a contratação de bens e serviços; o Anteprojeto (Art. 6º, inciso XXIV) peça técnica com os subsídios que se necessita para elaboração do projeto executivo; o Projeto Básico (Art. 6º, inciso XXV) conjunto de elementos necessários para dimensionar obras ou serviços; e o Projeto Executivo (Art. 6º, inciso XXVI) conjunto de elementos necessários à execução completa da obra. A lei faz menção a esses institutos em diversas oportunidades, mas para os fins a que se destina o presente trabalho, especialmente no âmbito da fase interna as linhas já traçadas são suficientes.

A Fase Interna do procedimento de contratação pública prossegue com a etapa dos orçamentos, na qual devem ser estimados os valores de aquisição ou contratação com as especificações necessárias a composição desses valores. Não se pode olvidar, por oportuno, que, no Estudo Técnico Preliminar já abordado anteriormente, tem-se como um de seus itens necessários a estimativa de valor da contratação pretendida.

A polêmica surge porque a estimativa de contratação no Estudo Técnico Preliminar não impediria ou seria um óbice a etapa de elaboração dos orçamentos, desde que na fase de estudo preliminar se tratasse de orçamentação simples, no entanto o legislador exige nessa estimativa inicial que sejam apresentados preços referencias e memoriais de cálculos. De toda sorte, as inconsistências avançam, na medida em que se exigem também itens orçamentários bastante complexos na fase de elaboração dos Termos de Referências, Projetos e afins.

Desse modo, pode-se compreender que se tratam de duas etapas de orçamentos, sendo uma inicial mais simplória ainda no estudo preliminar e outra em caráter mais definitivo após a elaboração dos documentos supracitados que serão os subsídios para a etapa de orçamentos e também para a própria contratação em si. Ademais, o lei em comento traz no art. 23, §1º, quais os critérios e parâmetros que devem ser utilizados para que sirvam de sustentáculo aos orçamentos de bens e serviços em geral que serão realizados pela Administração Pública, dentre os quais se destacam: o Portal Nacional de Contratações Públicas; contratações similares em outros entes e órgãos do último ano; referências em mídias, tabelas ou sites; pesquisa direta com fornecedores; e pesquisa na base nacional de notas eletrônicas.

Importa mencionar que a Lei Federal n.º 14.133/2021 não faz qualquer distinção entre os critérios trazidos para fins de composição do orçamento ou estabelece ordens de preferência a serem aplicados e ainda afirma que o valor estimado deverá ser o melhor preço dentre os pesquisados, combinada ou separadamente. Sendo assim, a legislação destoia da jurisprudência já consolidada no Tribunal de Contas da União (TCU), vide o Acórdão n.º 3.395/2013, o qual estabelece ordens de preferência e é expresso ao afirmar que a pesquisa direta com fornecedores somente deve ser realizado quando as demais não forem possíveis, inclusive a definição do melhor preço e não da média entre os critérios poderá fazer com que a Administração Pública estabeleça critérios inexequíveis por orçar desconsiderando as particularidades do dito menor preço.

No entanto, diferentemente do que fez com os serviços e obras em geral para as obras e serviços de engenharia no art. 23, §2º, a legislação sob análise não estabelece que seja necessariamente o menor preço, mas que deverá se basear em determinados critérios, e também uma ordem de preferência em relação aos critérios de pesquisa, quais sejam: composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO) ou Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção

Civil (SINAPI); dados de mídia especializada, tabela de referência ou sítios eletrônicos especializados; contratações similares da Administração no ano anterior; e pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas.

Nesse sentido, concluindo as considerações acerca dos Orçamentos, tem-se que o legislador estabeleceu a possibilidade de que o orçamento seja sigiloso, desde que haja motivação, ou seja, a regra geral é a publicidade ampla e irrestrita dos orçamentos realizados. Oportunamente, destaca-se que esse sigilo não abarcará os órgãos de controle e não será definitivo, visto que serão divulgados os valores orçados posteriormente, mas a Administração deverá motivar o momento escolhido para tal divulgação.

Superados os aspectos acerca dos orçamentos que mereceram nossa apreciação, faz-se mister tratar das análises de riscos, as quais se aplicam a todas as licitações, independentemente do valor, complexidade, vulnerabilidade ou segurança. Em que pese exigir que seja feita a análise de riscos, na legislação não há qualquer parâmetro para que tal análise seja feita, entretanto tradicionalmente essa análise abarca a identificação, avaliação, qualificação e tratamento dos riscos.

Por último, mas não menos importante, na fase interna ainda há a necessidade de análise jurídica da contratação para que seja realizado controle prévio de legalidade, a qual pode ser dispensada por autoridade jurídica máxima competente, em decorrência de baixo valor, baixa complexidade, entrega imediata do bem e minutas padronizadas. O legislador permitiu a dispensa de análise para determinadas circunstâncias, mas em contrapartida exigiu que quando ele for proferido não poderá limitar-se à análise de minutas, mas a todos os elementos indispensáveis à contratação e expondo os motivos fáticos e jurídicos que confirmam suporte a tal análise.

3.2.2 Fase Externa

A Fase Externa do procedimento licitatório inicia-se com a divulgação do Edital e seus anexos que foram elaborados e analisados

durante a Fase Interna, oportunidade em que os licitantes poderão ter ciência do interesse da Administração Pública na dita contratação pública. Em que pesem, as diversas modalidades de licitação trazidas pela novel lei, especialmente Pregão, Concorrência, Concurso, Leilão, e Diálogo Competitivo, bem como os procedimentos auxiliares, a presente análise limitar-se-á ao procedimento da Fase Externa do Pregão e da Concorrência, pois não há diferenças substanciais entre os seus ritos.

Destaca-se ainda que o Pregão e Concorrência não se diferenciam por valor, mas pela natureza dos objetos a serem contratados, pois o Pregão é a regra a ser aplicada para os bens e serviços comuns. Desse modo, após a divulgação do Edital será a etapa de apresentação das propostas e lances com o consequente julgamento com base nos critérios de julgamento e modos de disputa eleitos e previstos no Edital.

Em seguida, segue-se à etapa de Habilitação Jurídica, Técnica, Econômica, Social, Trabalhista e Financeira, entretanto é possível a alteração dessa ordem entre apresentação de propostas e lances com a habilitação, desde que seja motivada a justificativa e o interesse público para tal inversão de fases. Além disso, a legislação traz ainda a preferência pelo formato eletrônico dos certames em consonância o que já estava consolidado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)¹³, inclusive exigindo que seja motivada a opção pelo pregão presencial, bem como a necessidade de que as sessões públicas sejam gravadas em áudio e vídeo.

A legislação foi clara ainda ao exigir que a análise de conformidade deverá ocorrer na fase de julgamento das propostas e dos lances e não na fase de habilitação, conforme era defendido por alguns, na contramão do que trazia o Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁴. Por

13 TCU. Acórdão n.º 2.034/2017, Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Data de Julgamento: 13/09/2017.

14 TCU. Acórdão n.º 2.763/2013, Plenário. Relator: Ministro Weder de Oliveira. Data de Julgamento: 09/10/2013.

outro lado, a legislação traz a possibilidade de que seja exigida certificação do INMETRO no sentido contrário ao que havia se consolidado na jurisprudência da Corte de Contas Federal¹⁵.

Além disso, o legislador estabeleceu a existência de fase recursal única, em que será permitida a discussão de impugnações contra atos de julgamento, habilitação, anulação ou revogação. Por último, a fase externa se conclui, de acordo com o art. 17 da Lei Federal n.º 14.133/2021, com a homologação pela autoridade competente, a qual reconhecerá formal e materialmente a legalidade e conveniência do Certame.

4. INSTITUTOS APTOS A REVOLUCIONAR AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

As Contratações Públicas no Brasil recebem nova roupagem com a entrada em vigor da Lei Federal n.º 14.133, 01 de abril de 2021, e essa inovação legislativa é acompanhada, conforme já fora mencionado, de atualizações de instituto ultrapassados, consolidação ou ressignificação de determinados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como tentativa de aproximar a lei vigente da prática que se observa no cotidiano da Administração Pública. De toda sorte, a novel lei não se furtou de buscar soluções para as problemáticas que envolvem as licitações e contratações públicas no país, razão pela qual se verificam diversos novos institutos que merecem atenção redobrada pela relevância que podem ter nos próximos anos.

Evidentemente, como o presente trabalho se trata de um estudo prospectivo, ou seja, traçando linhas mestras da aplicabilidade dessa nova Lei, traz-se no presente tópico determinados institutos que se destacam, seja pelo potencial que possuem de causar polêmicas, ou pela

15 TCU. Acórdão n.º 1.677/2014. Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. Data de Julgamento: 25/06/2014.

capacidade de alterar a realidade atual. Desse modo, foi feita a opção por quatro institutos: o primeiro que trata de um aspecto tecnológico latente, qual seja, a Modelagem da Informação da Construção; o segundo mais polêmico por ser uma nova modalidade de licitação que se distingue substancialmente das demais; o terceiro por tratar de garantir destaque a uma necessidade premente da nossa nação; e o quarto por ser um caminho para solucionar diversas pendências que ainda existem no que concerne às contratações públicas brasileiras.

4.1 Modelagem da Informação da Construção

A Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas traz em seu artigo 19, inciso V, que a Administração deverá adotar gradativamente tecnologias e processos que permitam a criação, utilização e atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia. Ademais, no §3º do mesmo dispositivo legal, estabelece-se que seja preferencialmente adotada a Modelagem da Informação e da Construção ou por tecnologias similares ou mais avançadas para as obras e serviços de engenharia, quando compatível com o objeto do certame,

A dita Modelagem da Informação e da Construção é uma tradução da expressão *Building Information Modeling (BIM)*, a qual se configura como um método que permite um modelo virtual de obra com visualização multidimensional e desenvolvimento colaborativo. Esse modelo que a novel lei traz já está consolidado, podendo ser usado para visualização tridimensional da obra, elaboração de desenhos complexos integrados, análise de determinados requisitos do projeto, estimativa de custos mais precisa, simulações complexas, gestão e operação de edificações.

Sendo assim, verifica-se que o uso desse novo método ou tecnologia, na acepção ampla da palavra, permitirá a realização de obras e serviços de engenharia de melhor qualidade e mais baratas. No entanto, o desafio que surge nesse momento é a capacitação dos profissionais das áreas de engenharia e arquitetura que compõem os quadros da

Administração para que se capacitem no uso das ferramentas que permita a adoção do BIM ou Modelagem de Informação da Construção.

O método BIM ou Modelagem da Informação da Construção está em processo de ampla difusão e divulgação mesmo antes da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações, inclusive com forte incentivo do governo federal. Importa mencionar que no âmbito federal foi editado o Decreto Federal n.º 9.983, de 22 de agosto de 2019, o qual dispõe sobre a Estratégia Nacional de Disseminação do Building Information Modelling e institui o Comitê Gestor da Estratégia do Building Information Modelling, ou seja, a tendência é que haja grande divulgação e investimentos nesse método que pode contribuir significativamente para uma grande mazela das contratações públicas, que são as obras e serviços de engenharia pela imprecisão ou falhas de projetos e orçamentos (GUTERRES, 2021, p. 22).

4.2 Diálogo Competitivo

O legislador não teve receio de fazer mudanças significativas no âmbito das modalidades de licitações, seja com a extinção de duas modalidades clássicas, quais sejam, o Convite e a Tomada de Preços. O Convite já estava em desuso e as orientações mais contemporâneas era pela não utilização da modalidade, visto que já era bastante criticada e desestimulada pelos órgãos de controle.

Enquanto isso, a extinção da Tomada de Preços faz sentido, pois era uma modalidade que possuía particularidades que não estavam em consonância com a lógica de uma Administração Pública mais eficiente. Ademais, a mudança significativa que existia entre a Tomada de Preços e a Concorrência era o valor do certame, entretanto apenas o valor não justifica a existência de outra modalidade de licitação, razão pela qual merece elogios a determinação da novel lei de que as modalidades existentes se distinguem prioritariamente pela natureza dos objetos das licitações e não por seu valor.

Nesse contexto, surge uma modalidade inédita no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o diálogo competitivo, o qual sofreu, sofre e sofrerá severas críticas pela ousadia do instituto, que permite uma maior abertura das instituições públicas com a iniciativa privada e traz consigo flexibilizações inerentes a própria modalidade em si. Na esteira do que já havia sido mencionado às modalidades de licitação distintas o são por seu objeto, razão pela qual se aplicará o diálogo competitivo acertadamente para objetos complexos que exijam da Administração Pública dialogar com os licitantes na busca por desenvolver alternativas aptas a atender às necessidades administrativas e ao interesse público.

Afirmar que a modalidade de licitação do Diálogo Competitivo é inédita não exclui a sua fonte de inspiração no instituto europeu do Diálogo Concorrencial, inclusive importa consignar o conceito trazido pela própria Lei Federal n.º 14.133/2021 para o diálogo competitivo, qual seja:

modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

Desse modo, o Diálogo Competitivo deverá ser usado para certames que envolvam inovações tecnológicas, objetos de alta complexidade, concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, visto que nessas circunstâncias apresenta-se como razoável o diálogo com o mercado para que sejam identificadas soluções adequadas e especificações coerentes para o que será contratado. Nesse sentido, os diálogos não se encerram na definição do objeto com suas especificações, pois podem abarcar as estruturas necessárias e, até mesmo, as condições contratuais.

O Diálogo Competitivo seguirá o seguinte procedimento: abertura e pré-seleção, fase do diálogo, e fase competitiva. Na primeira

etapa desse procedimento será feita a divulgação do Edital com as necessidades, critérios, e requisitos de pré-seleção dos licitantes, em seguida será a fase de diálogo que se configurará pelo debate livre entre a Administração Pública e cada licitante acerca de sua proposta com garantia de sigilo, inclusive com registro das reuniões em atas, áudios e vídeos, oportunidade em que se pode estabelecer subfases de caráter eliminatório no curso dessa fase de diálogos, de acordo com a capacidade dos licitantes de se adequar às pretensões da Administração Pública.

Por último, a fase competitiva com a divulgação de novo edital convocando os licitantes para que apresentem suas propostas de acordo com a solução técnica.

4.3 Licitações Sustentáveis

A expressão licitações sustentáveis é o termo usado para a utilização de critérios e parâmetros que considerem aspectos ambientalmente favoráveis na definição e especificações do objeto a ser contratado, na seleção do particular a ser contratado e na execução das obrigações contratadas (NIEBUHR, 2017, p. 25). Nesse sentido, a sistemática que envolve as licitações sustentáveis é a busca pela redução da pegada ecológica da Administração Pública, bem como utilizar o poderio econômico e a influência que possui no mercado para estimular práticas ambientalmente sustentáveis.

O primeiro marco legal acerca das licitações sustentáveis no Brasil foi a Lei Federal n.º 12.187/2009, a qual institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima, que estabelece em seu art. 6º, inciso XII, a preferência nas licitações das propostas que proporcionem maior redução de emissão de gases, recursos naturais e de resíduos como instrumento da Política Nacional sob Mudança do Clima. Importa consignar ainda como marco legal significativo a alteração normativa na Lei Federal n.º 8.666/1993 como finalidade da licitação pública a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, no entanto não houve qualquer detalhamento legal de como essa promoção se realizaria.

Nesse sentido, foi a Lei Federal n.º 12.462/2011, a qual instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, concebida para os grandes eventos sediados no país na última década, cujas normas foram posteriormente expandidas em sua aplicabilidade para normas tidas como prioridade pelo governo federal. De toda sorte, a lei federal supramencionada trouxe previsões acerca de contratos de eficiência e remuneração variável ao desempenho, de acordo com aspectos ambientais, assim como estabeleceu normas relativas à disposição final de resíduos sólidos, utilização de produtos ecologicamente eficientes, e possibilidade de exigências referentes a requisitos de sustentabilidade ambiental.

Em seguida, o governo federal editou o Decreto Federal n.º 7.746/2012 com o intuito de regulamentar o art. 3º, da Lei Federal n.º 8.666/93, especialmente no que concerne à promoção do desenvolvimento nacional sustentável das contratações públicas e instituiu a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Posteriormente, a Lei Federal n.º 13.303/2016, a conhecida Lei das Estatais, trouxe consigo também algumas previsões acerca de licitações sustentáveis com esteio nas normas anteriores já citadas no presente tópico.

Desta feita, a Lei Federal n.º 14.133/2021 recebe esse histórico normativo acerca das licitações sustentáveis, entretanto a novel lei foi bastante mais detalhista ao estabelecer como essa promoção do desenvolvimento nacional sustentável se desenvolveria. Primeiro aspecto que merece nossa atenção é a preocupação da legislação com o ciclo de vida do objeto da licitação, o qual abarca todas as etapas desde a obtenção de seus insumos, até o seu processo produtivo, consumo e disposição final.

Além disso, a Lei Federal n.º 14.133/2021 trouxe a margem de preferência de 10% (dez por cento) para os licitantes que ofertem produtos reciclados, recicláveis, ou biodegradáveis, quando comparados com os licitantes que ofertem bens comuns. Em seguida, o legislador trouxe ainda como critério de desempate a comprovação de práticas de

mitigação, nos termos da já citada Política Nacional sobre Mudança de Clima.

A legislação federal acerca das licitações e contratações públicas traz ainda a possibilidade de que sejam exigidas as certificações ambientais como requisito de participação da empresa, de modo a resolver questão polêmica no âmbito dos órgãos de controle. Enquanto isso, o art. 45¹⁶ da Nova Lei de Licitações busca reduzir a pegada ecológica da Administração Pública garantindo tratamento adequado aos eventuais impactos que possam ser causados nos âmbitos ambientais e urbanísticos em licitações de obras e serviços de engenharia.

As licitações sustentáveis também são estimuladas no novo regime jurídico das contratações públicas quando se consideram os contratos de eficiência e remuneração variável por desempenho, ambos os institutos não se limitam ao aspecto ambiental, mas são bastante importantes nessa seara. Sendo assim, observa-se que a legislação vigente possui diversos institutos que estimulam a promoção ao desenvolvimento sustentável no âmbito das contratações públicas, mas é preciso que esses institutos sejam usados e de maneira adequada.

16 Art. 45. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais;

IV - avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;

VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

4.4 Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias

A Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas traz um capítulo específico acerca dos meios alternativos de resolução de controvérsias. Em que pese não se tratar da expressão mais aceita atualmente, é preciso reconhecer o esforço da novel lei com a inserção de destaque. Hodiernamente, a nomenclatura mais utilizada no meio acadêmico e científico é método adequados de resolução de controvérsias, pois não se tratam de meios que sirvam apenas de alternativa ao Judiciário, mas de métodos que são mais adequados a determinados conflitos.

A utilização desses métodos já era possível no ordenamento jurídico pátrio, mas inexistia previsão expressas deles no diploma legal que tratava das licitações e contratações públicas. Desse modo, a legislação vigente traz o art. 151¹⁷, o qual consubstancia os métodos a serem utilizados no mesmo dispositivo, inclusive inserindo previsão interessante acerca da prevenção dos conflitos, ou seja, adota-se uma postura contemporânea e proativa acerca das controvérsias que envolvam as contratações públicas.

De toda sorte, acertadamente o dispositivo supracitado em seu parágrafo único traz a aplicabilidade desses métodos apenas aos direitos patrimoniais disponíveis, os quais não possuem definição pacífica na doutrina ou jurisprudência pátria. Importa mencionar que a novel legislação traz exemplos de direitos patrimoniais disponíveis, razão pela qual simplifica parcialmente a função do hermeneuta, inclusive

17 Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

dispondo também da necessidade de aplicação da arbitragem de direito – vedando a possibilidade de arbitragem por equidade – e respeitado o princípio da publicidade – vedando a possibilidade de arbitragem sigilosa (GUTERRES, 2021, p. 74).

Ainda no que concerne à arbitragem o art. 153 traz disposição expressa acerca da possibilidade de alteração dos contratos para permitir a adoção do meios alternativos de resolução de controvérsias, no entanto o legislador não foi claro acerca dessa possibilidade se aplicar a todo e qualquer contrato administrativo ou apenas aqueles sob a égide da novel lei, considerando o já mencionado acerca das limitações da mescla entre os regimes. Apesar de respeitar as opiniões em sentido contrário vislumbra-se que esse permissivo legal abrange também os contratos regulamentados pelas leis anteriores, seja pela ausência de vedação expressa ou porque já era possível o uso desses meios alternativos de resolução de controvérsias mesmo antes da entrada em vigor da Lei Federal n.º 14.133/2021.

Inovação relevante acerca dos meios alternativos de resolução de controvérsias trazidos pela novel lei são os comitês de resolução de disputas inspirados em experiências estrangeiras que estão sendo incorporadas ao cenário nacional dos ditos *Dispute Boards*. A bem da verdade, são comitês que buscam prevenir ou dirimir controvérsias formado por especialistas que devem acompanhar o ciclo de execução contratual, mas não se pode olvidar das diversas modalidades de comitês de resolução de disputas, os quais podem ser detalhados em momento oportuno, mas é uma opção interessante para redução de despesas e eficiência envolvendo serviços de grande vulto e obras relevantes (SKITNEVSKY, 2016, p. 12).

CONCLUSÕES

A Lei Federal n.º 14.133/2021 é uma inovação legislativa extremamente relevante e de grande impacto no âmbito nacional,

diversos são os debates que já estão se difundindo em torno do país acerca da novel legislação. Não se pode olvidar, por oportuno, da riqueza das discussões que serão desenvolvidas em todo o Brasil sobre as contratações públicas, inclusive se estimulam os estudiosos, atraem-se os curiosos e se animam os entusiastas, bem como se apressam as construções teóricas e doutrinárias.

Nesse cenário também se fortalecem as controvérsias, polêmicas e críticas, bem como se proliferam os trabalhos, eventos, escritos e obras acerca do tema, por outro lado, de maneira mais lenta e gradual os tribunais apresentam paulatinamente os seus posicionamentos acerca de determinados temas. Desse modo, este trabalho é desafiador, na medida em que está sendo escrito após a recente publicação da legislação, razão pela qual são raros os trabalhos profundos acerca da matéria.

De toda sorte, o presente estudo possui o objetivo de trazer as primeiras impressões acerca da novel lei de licitações e contratações públicas, conferindo humildemente seu papel de incentivar a discussão no meio acadêmico e progressivamente ser desenvolvido para trabalhos mais robustos, considerando os aspectos da lei que merecem análise mais acurada. Nada obstante, o viés provocativo desse texto não se furta à missão de tentar alinhar a teoria e a prática com percepção prospectiva, na medida em que se almeja vislumbrar os efeitos positivos que a recente legislação possui potencial de concretizar.

Nesse sentido, faz-se mister destacar os aspectos formais de destaque da novel lei, especialmente pelo seu caráter inovador, na medida em que não há *vacatio legis*, mas se mantém em vigor o regime antigo por longo lapso temporal de convivência entre os regimes, bem como submete a aplicação da lei em grande medida à edição de regulamentos posteriores. Seguindo exemplos anteriores na história legislativa recente, a Lei Federal n.º 14.133 possui forte densidade principiológica, razão pela qual confere aos princípios posição topográfica de destaque e com forte influência ao longo do texto legal.

Apresentando uma posição entusiasta enfoca-se nos principais pontos da novel legislação que possuem capacidade de alterar a realidade

obsoleta das contratações públicas no Brasil. O principal aspecto para que seja alterada a perspectiva atualmente existente, especialmente nos órgãos menos estruturados, é o foco no planejamento das contratações, razão pela qual não houve economia de esforços para que a dita fase interna ou preparatória fosse estimulada.

Avançando nessa análise traz-se a previsão de que sejam usadas tecnologias avançadas relacionadas à Modelagem da Informação da Construção, preferencialmente, para obras e serviços de engenharia poderá viabilizar maior qualidade no que for desenvolvido e economia de recursos considerável. Assim como, a escolha por uma modalidade de licitação como o Diálogo Competitivo que permite a abertura oficial do canal de comunicação entre o Poder Público e a iniciativa privada para determinados objetos a serem contratados permite que sejam feitas contratações coerentes com o mercado e com os reais anseios da gestão pública.

A Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas não se omitiu do seu papel de impor ao Estado e estimular nas empresas posturas efetivas voltadas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, uma vez que as licitações sustentáveis possuem no novo regime instrumentos efetivos para que sejam exigidas, cobradas e desenvolvidas. Enquanto isso, na seara da resolução de controvérsias à previsão expressa pela possibilidade de aplicação dos métodos adequados possui o condão de demonstrar que não se pode mais tolerar situações excessivamente burocráticas ou tecnicismos descabidos que prejudiquem o interesse público relacionado à seara das contratações públicas.

Portanto, esse estudo serve apenas de ponto de partida seja para o seu autor ou para os seus leitores, mas também se apresenta como uma tentativa de contribuição técnica que singelamente faça as necessárias conexões entre a academia e a gestão pública. A visão otimista apresentada acerca da Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas não descarta as merecidas críticas ou as limitações que qualquer norma possui de influenciar na prática, no entanto a novel lei surge como uma fagulha de esperança para que as contratações públicas no país sirvam como molas propulsoras dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no sistema brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 97. Jul./set. 1969. Trimestral.

GUTERRES, Thiago. **A Nova Lei de Licitações**: Um panorama sobre as novidades no regime geral das licitações e contratos administrativos, 2021. E-book.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes, et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2 ed. Curitiba: Zênite, 2021.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. Por que as licitações sustentáveis ainda não decolaram? **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 19, n. 104, jul./ago. 2017. Bimestral.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: Meio de prevenção de controvérsias. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

NEW PUBLIC CONTRACTING LAW: RELEVANT CHANGES

ABSTRACT

Public contracting is extremely relevant to Brazilian Administrative Law and also to society, since it is the procedure by which public entities contract services and acquire goods to primarily serve the public interest. Respect for the rules must not prevent the principle of efficiency from being met, which is why one

must be constantly concerned with making these contracts more and more advantageous in order to guarantee better results for entities and citizens, who must be benefited. The New Public Contracting Law came into effect on April 1, 2021, which consolidated several existing rules, clarified certain controversial aspects and innovated in certain institutes.

Keywords: New Law. Public Contracting. Public Interest.

REFORMA TRIBUTÁRIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

Eduardo Silveira Frade¹
Robson Maia Lins²

RESUMO

Propostas de simplificação e reforma no Sistema Tributário Brasileiro, apesar de amplamente defendidas, não devem ser tomadas sem a prévia reflexão acerca das premissas do próprio direito, a fim de compreender se os limites daquilo que se propõe não aviltaria sua racionalidade. O presente estudo busca descrever, através do uso da lógica das classes, o papel dos princípios de direito, em especial dos princípios da ordem econômica, enquanto limites que se impõem para fins de possíveis modificações no sistema tributário brasileiro, partindo-se, pois, da compreensão daquilo que se compreende por

1 Doutorando em Direito Tributário Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Especialista em Gestão de Cooperativas de Crédito pela Universidade de São Paulo. Advogado. Professor de Direito na Escola de Ensino Superior do Agreste Paraibano e na Faculdade Pitágoras

2 Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado – Sócio do escritório Barros Carvalho Advogados Associados. Professor de Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

princípios desde sua formação. Para tanto, utiliza-se de metodologia qualitativa, de cunho descritivo, sendo o referencial bibliográfico a principal técnica de pesquisa utilizada.

Palavras-chave: Reforma tributária. Princípios. Valores. Ordem econômica.

1. INTRODUÇÃO

Há muito se defende a necessidade de reforma tributária no Brasil, sob argumento de que ter-se-ia uma sistemática complexa de arrecadação tributária, que, por sua vez, resultaria em elevado número de horas dos contribuintes, especialmente das pessoas jurídicas, dedicadas ao cumprimento das obrigações tributárias.

Segundo o relatório *Doing Business* 2019 (p. 159), do Banco Mundial, seriam gastas cerca de 1958 horas destinadas ao pagamento de tributos, incluindo aí o tempo gasto no cumprimento das obrigações acessórias, indispensáveis para o atendimento às regras de *compliance* tributário.

Para além do tempo dedicado ao cumprimento das obrigações tributárias, sejam elas principais, isto é, diretamente relacionadas ao pagamento da obrigação tributária decorrente da relação jurídica firmada entre contribuinte e Fisco em razão da ocorrência do evento tributável contido da hipótese normativa, ou acessórias, quais sejam aquelas que não estão diretamente relacionadas com a norma de incidência tributária, mas são indispensáveis aos interesses fiscalizatórios como, por exemplo, emitir nota fiscal no caso de venda de mercadoria, verifica-se, também a complexidade do sistema tributário quando considerado que um mesmo evento possa ocasionar diferentes descrições em fatos jurídicos e, consequentemente, diferentes hipóteses tributárias, ainda que, do ponto

de vista produtivo – em linguagem, portanto, não jurídica - tenha-se uma única conduta.

Por exemplo, a venda de uma mercadoria ou serviço que, para além da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS) ou do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), tal operação, quando realizada entre industriário e distribuidor, também estará sujeita à incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), isto sem considerarmos o resultado da operação como faturamento ou mesmo que o pagamento tenha ocorrido por meio de operações de crédito, bem como não levando em consideração diversas normas de substituição tributária que possam incorrer ao longo da cadeia econômica, ou mesmo a não-cumulatividade do ICMS, dentre diversos outros aspectos, bem como as diversas normas de competência, por vezes concorrentes, entre estados, municípios e Distrito Federal, interessados no viés arrecadatário do tributo para custeio de suas próprias necessidades e interesses. Com efeito, percebe-se que, do ponto de vista de uma linguagem não-jurídica, ter-se-ia um “produzir e por à venda um produto ou prestar um serviço”, não obstante as implicações jurídico-tributárias sejam das mais diversas e desprezadas, pois, nessa linguagem não própria da juridicidade tributária.

Com efeito, tal complexidade representa - para além de muitas horas destinadas ao cumprimento das obrigações tributárias - insegurança para o contribuinte, que por vezes se queda confuso para fins de cumprimento das prestações que lhe são impostas.

Ademais, há de se somar a tal situação de insegurança o avanço das tecnologias que passam a apresentar inovações muitas vezes não claramente definíveis como mercadorias ou serviços, a exemplo do *streaming*³, impossíveis de serem previstos pelo legislador quando na

3 Tecnologia responsável pela transmissão de dados sem a necessidade de que a informação seja copiada em arquivos digitais no computador daquele que os buscou

edição do Código Tributário Nacional, em 1965, seja na elaboração da Constituição Federal em 1988.

Somado a todo este contexto, corrobora também o elevado o número de processos judiciais e procedimentos administrativos que discutem a exigência tributária, cujo montante discutido representa numerário que se aproxima de cerca de 73% (setenta e três por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil (INSAPER, 2019).

Desta sorte, a observância da complexidade do sistema tributário nacional, seja para fins de cumprimento das obrigações tributárias, seja pela possibilidade de diferentes tributos, com diferentes plexos normativos e competências tributárias dos agentes que as expedem, bem como do elevado montante de quantias discutidas em contencioso tributário, seja administrativo ou judicial, têm incentivado discussões acerca da necessidade de reforma do Sistema Tributário Nacional.

São diversas as propostas atualmente em discussão no Congresso Nacional brasileiro, dentre as quais destacamos a Proposta de Emenda Constitucional nº 110 e a Proposta de Emenda Constitucional nº45, que, em apertada síntese, buscam reunir diversos tributos no denominado Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), incidente tanto em razão da prestação de serviços e como da circulação de mercadorias, indistintamente considerados, isto é, independente do fato jurídico corresponder à circulação de mercadorias ou prestação de serviços. Além destas, também há o Projeto de Lei nº 3.887/2020, de autoria do Poder Executivo Federal que, em primeiro momento almeja a criação da Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços (CBS), incidente sobre o faturamento, em substituição ao Programa de Integração Social (PIS), ao Programa de Integração do Servidor Público (PASEP) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), sem prejuízo de outras etapas de simplificação.

Ocorre que, por melhores que sejam as intenções do legislador quanto à simplificação do sistema tributário nacional, seja a partir destas ou de outras propostas de reforma, é indispensável que sejam levados em

consideração os ditames da Constituição Federal, em especial no tocante aos princípios que regem a ordem econômica, de modo que estes devem ser cotejados em minuciosa análise a fim de compreender se as possíveis propostas corroboram com os seus ditames, considerando-se, para tanto, certa harmonia entre o texto constitucional com as possibilidade de sua reforma, seja esta harmonização considerada sob o ponto de vista interno da própria Constituição Federal, seja externamente, quando se objetive a positividade de normas outras por instrumentos que não sejam da própria reformulação do texto constitucional.

Neste sentido, o presente estudo propõe-se a compreender o que são princípios jurídicos, como estes se formam e o papel que exercem no sistema jurídico brasileiro, de modo considerar como estes devem ser observados no contexto de possíveis reformas tributárias, centralizando a atenção, em especial, aos princípios formadores da ordem econômica da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, em primeiro momento se discorrerá sobre os princípios e sua formação enquanto valores e, num segundo momento, tratar-se-á dos limites que estes impõem a possíveis reformas tributárias, tomando-se, para tanto, uma linguagem descritiva, em metodologia dedutiva.

2. PRINCÍPIOS E VALORES

A relação entre princípios e valores é temática das mais importantes quando para fins de compreensão da formação do próprio sistema de direito, inclusive para fins de compreensão da própria estrutura das normas jurídicas, estes elementos do sistema de direito.

Com efeito, os valores aqui considerados, hão de se dar a partir de um cotejo social, ou seja, haverão de ser compreendidos como aspectos que imprimem às condutas uma qualificação como positiva ou negativa com bases em si próprias. Neste ínterim, compreender sua importância é temática indispensável para a compreensão daquilo que

se apresentar intrínseco à própria noção de direito palavra que, não por acaso, pode designar semanticamente mais de um significado conforme o contexto verbal de sua aplicação (ULLMAN, 1973, p. 113-166), posto que pode designar tanto o um conjunto de imposições legais ou o que seria considerado pelo sujeito como positivo ou, em antítese, negativo para fins de imposição de sanção.

Portanto, compreender a presença dos valores na formação do direito, em especial no tocante ao seu papel na formação dos princípios é matéria que se impõe como indispensável no tocante a compreender como os princípios constitucionais da ordem econômica devem influenciar possíveis reformas tributárias.

2.1 Os valores na formação do direito

O Direito, enquanto conjunto de normas destinadas a regular as condutas intersubjetivas, está arraigado de valores. Descrevendo como estes se colocam no âmbito da produção legislativa, esclarece Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 181):

ao escolher, na multiplicidade intensiva e extensiva do real-social, quais os acontecimentos que serão postos na condição de antecedente das normas tributárias, o legislador exerce uma preferência: recolhe um deixando os demais. Nesse instante, sem dúvida, emite um juízo de valor, de tal sorte que a mera presença de um enunciado sobre condutas humanas em interferência subjetiva, figurando a hipótese da regra jurídica, já significa o exercício da função axiológica de quem legisla.

Ou seja, o processo de enunciação da norma de direito positivo já figura um processo valorativo, na medida em que prescinde da escolha de um acontecimento sobre o qual deverá recair a incidência normativa, através da formação do fato jurídico, posto que a construção normativa pelo legislador que a positiva, ao selecionar dentro os acontecimentos

aqueles que merece a atenção do direito, enuncia em sua formação valores, direcionados a partir da seleção daquele acontecimento, que valora, seja positiva ou negativamente, como devendo ser merecedor de tutela jurídica.

Assim, as condutas que se dirigem ao sujeito passivo da norma, que como observa Lourival Vilanova podem ser expressadas em condutas cujo conteúdo seja de “permitido” (p), “obrigatório” (o) ou “proibido” (v), prenunciam valores caros à sociedade, sendo os dois primeiros de cunho positivo e o último negativo, conforme bem observa Paulo de Barros Carvalho .

Neste sentido, esclarece o supracitado professor que “valor é um vínculo que se institui entre o agente do conhecimento e objeto, tal que o sujeito, movido por uma necessidade, não se comporta com indiferença, atribuindo-lhe qualidades positivas ou negativas” (CARVALHO, 2018, p. 181). Em sentido semelhante também observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1991, p. 111), que “valores são preferências por núcleos de significação, ou melhor, são centros significativos que expressam preferibilidade por certos conteúdos de expectativas”.

Ou seja, a construção dos valores se dá a partir do sistema seletor daquilo que seja caro, permitindo reconhecer e tirar o sujeito interpretante de uma situação de indiferença, como observa Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 183).

Com efeito, a experiência, aquilo que vivenciamos, como observa Hessen, reflete na valoração que fazemos sobre algo, seja de forma positiva ou negativa, de modo que aquilo que vivencia o intérprete, atua com vistas à formação daquilo que lhe seja caro, permitindo, assim, sua ponderação objetiva.

O valor, portanto, como observa Fabiana Del Padre Tomé (2016, p. 305), corresponde a atributo do próprio sujeito cognoscente, de sorte que não “é”, mas “está” presente nas escolhas do legislador e do intérprete ao longo do processo de positivação do direito, iniciando-se a partir da judicialização dos fatos que interessem a esse sistema.

Neste diapasão, inclusive, bem observa Luiz Fernando Coelho (2004) que os valores são compreendidos a partir do que eles representam, pois, não têm expressão ôntica, mas importam na medida em que representam um vínculo abstrato entre aquele que os experimenta e os exprime em linguagem, seja atribuindo qualidades positivas ou negativas ao que lhe seja caro e, portanto, julgue merecedor de atenção. Esse simples recolhimento de atenção, aliás, já representa elemento axiológico, pois tira o sujeito de uma situação de indiferença.

No âmbito do direito, a valoração está compreendida tanto no processo da produção das normas jurídicas em sentido amplo, como no processo das normas jurídicas em sentido estrito, como modal deôntico implicacional entre hipótese e consequente na prescrição de uma conduta, sendo presente desde a construção dos fatos jurídicos.

Portanto, os valores que carrega o intérprete importam na medida em que influenciam na maneira pelo qual este expressa enunciados normativos.

Ademais, o sentido que se atribui ao texto posto, também se constrói sob a influência dos valores que o interpretante traz consigo mesmo, como frutos, de sua própria experiência, de modo que a hermenêutica e interpretação normativa também se faz arraigada de valores.

Dada a influência dos valores no direito, bem observa Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 181) que “ali onde houver direito, haverá, certamente, o elemento axiológico”, posto que o valor se insere enquanto elemento inerente ao sujeito, uma vez que se forma a partir das experiências e, na medida em que aderem à existência do ser, se faz impossível a construção normativa sem a sua presença, posto que estão inerente ao ato de enunciação do qual o intérprete constrói as normas jurídicas.

Isto posto, não haveria norma sem valores e, conseqüentemente, não haveria direito positivo sem valores, por ser este o sistema de normas jurídicas postas na linguagem prescritiva do direito. Os valores estando presentes, portanto, na norma posta pelo legislador em enunciados

de direito positivo, bem como a partir da interpretação que lhe faz o intérprete ao prenunciar normas individuais e concretas.

Adverte-se, todavia, que os valores, enquanto objetos, não se tem acesso, mas sim às marcas que eles deixam na medida do que representam. Estudar os valores, portanto, requer compreender os significados destes a partir dos objetos e como atributos inerentes aos sujeitos. Ou seja, o que se tem acesso é, tão somente, às marcas deixadas pelos valores na enunciação-enunciada e que podem ser evidenciadas a partir da interpretação que lhe faz o intérprete e que, ao realizá-la, por sua vez, o faz arraigado, também, dos valores que carrega, estes frutos de sua experiência.

As normas jurídicas representam os enunciados prescritivos produzidos pelo intérprete, em formulação de juízo deôntico implicacional. Esclarecido este pressuposto, importa destacar que os valores também se inserem na construção deste juízo lógico, a partir da escolha dos fatos que juridicializam, fazendo incidir a norma jurídica.

Entretanto, as normas jurídicas não são valores. Não obstante estar a carga valorativa inerente à formação das normas jurídicas, com estas não se devem confundir, pois estão presentes de forma inerente ao sujeito que as elabora.

2.2 A presença dos valores nos princípios de direito

A formação do direito, como assentado, se faz inerente de valores, os quais são indissociáveis dos sujeitos que positivam as normas jurídicas, seja na qualidade de legislador, seja enquanto intérprete que constrói normas individuais e concretas, posto que os valores são frutos das experiências destes e não podem, por isso mesmo, serem dissociadas dos indivíduos.

Assim, uma vez positivados como enunciados normativos, os valores passam a pertencer, existindo no domínio do sistema de direito, através das marcas por ele deixadas na enunciação-enunciada, de forma que passam a ter existência própria dissociadas daquele que expediu

os enunciados, pois é impossível ter acesso aos valores que regeriam as condutas daquele que positivou o referido enunciado, uma vez que a valoração se dá de forma individual e é, portanto, subjetiva, dada a formação destes através da experiência individual.

Mesmo a construção descritiva das normas nos domínios da Ciência do Direito estará arraigada de valores, dado ser a interpretação uma atitude cognoscitiva de sujeito humano.

Tomando o direito positivo como um sistema, aqui destacado como um conjunto normativo, este se consubstancia a partir de componentes que buscam harmonizá-lo, na formação deste todo sistêmico.

Os princípios, como observa Roque Antônio Carrazza (2017, p.49), ocupam a função de preeminência em relação ao sistema de direito, podendo ser compreendido como um enunciado lógico explícito ou implícito que “vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.

Os sistemas, portanto, encontrariam nos princípios os instrumentos para sua unidade, na medida em que estes orientariam as relações dos ditos elementos. Este, inclusive, é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 990-991):

princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo

Considerando-se que o direito tem por objetivo regular condutas sociais, tem-se que os princípios prenunciam os elementos que esta mesma sociedade entenda por caros, na medida em que assentam

preferências que devem ser observadas no âmbito da regulação das condutas. Sendo assim, tem-se que, para cumprir a função de ordenação do sistema e dar coerência a este, os princípios jurídicos se formam a partir dos valores que esta sociedade intente resguardar, através da qualificação positiva daquilo que seja-lhes caro, ou negativa daquilo que seja-lhes contrário.

Os princípios servem como feixe que confere unidade ao sistema de direito. Neste sentido, tem função agregadora, servindo como elemento que caracteriza e confere unidade ao sistema, caracterizando sua própria existência. Isto posto, ter-se-iam princípios inerentes a todo o sistema de direito positivo ou mesmo princípios específicos à cada subsistema, como princípios de direito tributário, administrativo, penal, processual, etc., não obstante possam ser reunidos a partir de diversos subsistemas para formar um novo, por exemplo, princípios de direito processual tributário, onde reunir-se-iam princípios de direito processual e de direito tributário, dentre outros. Os princípios delimitam, assim, o conjunto a partir do qual se forma todo o sistema de direito ou mesmo sistemas menores inseridos neste.

Deste exposto, portanto, assume-se que sejam os princípios marca da positivação dos valores do legislador ou do intérprete que os descreve no sistema da Ciência do Direito, servindo, inclusive, ao afã de conferir-lhes unidade semântica, dado que orientam os significados que possam emergir das normas que nestes se formem.

Cumprе advertir, todavia, que os princípios não são valores, porém assentam sua existência quando pela sua positivação no sistema de direito positivo, bem como no sistema da Ciência do Direito, enquanto metalinguagem que descreve o direito positivo.

Ademais, importa destacar que a positivação dos valores em princípios é indispensável para que estes possam servir ao processo de enunciação, funcionando como fontes do direito, pois somente assim deixam de ser atributo do sujeito legislador e passam a verter-se como elemento que constitui o próprio direito.

Positivados os princípios como enunciados de direito, estes devem cumprir o papel de conferir harmonia e coerência ao sistema. Assim, enunciados como princípios, os valores orientam a construção das normas jurídicas e servem ao afã de assentar em harmonia o sistema de direito.

3. REFORMAS TRIBUTÁRIAS E OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

Os signos, tomados isoladamente, apenas fazem referência aos objetos, contudo, somente adquirem significado quando tomados no processo de significação.

Como observa Aurora Tomazini Carvalho (2018, p.130), “signo é tudo que representa algo para alguém, um objeto, um dado físico, um gesto, uma expressão facial, etc”. Neste sentido, enfatiza, pois, a autora, sustentando-se em Edmund Husserl, que seja signo a relação entre suporte físico, significado e significação.

O suporte físico é a parte material, que estaria no mundo sensitivo. O significado representaria, por sua vez, a representação daquele suporte físico, ou seja, o próprio objeto da significação, esta última, correspondendo ao que se suscita na mente daquele que interpreta, conforme destaca (2018, p.132):

todo suporte físico suscita uma interpretação (significação), que constitui uma realidade como seu significado, esta realidade, por sua vez, é também uma linguagem, materializa-se num suporte físico, que suscita outra interpretação (significação), numa semiose sem fim.

Quando inseridos em linguagem prescritiva própria do sistema de direito, os princípios passam a ser objeto de interpretação, que importa na medida em que se passa a atribuir-lhes significado.

É imperioso, portanto, cuidar em precisar o conteúdo semântico dos princípios, a fim de que se possa compreender os valores que os

formam, bem como aqueles que orientam, a fim de conferir harmonia ao sistema de direito positivo.

A significação dos princípios se dá a partir de estudo que transcende os limites da lógica formal deôntica, mesmo porque trata-se de estudo acerca de valores que, uma vez positivados em enunciados normativos são objeto de atribuição de sentido e conferem harmonia ao sistema de direito.

Estudar a semântica dos princípios, portanto, compreende tecer uma linguagem descritiva dos conteúdos de significação destes, considerando-se, para tanto, seu papel na ordenação de condutas intersubjetivas, levando em consideração, inclusive, a relação dos valores sobre estes.

A Constituição Federal, enquanto instrumento normativo de mais alta hierarquia, cuidou em assentar princípios cujo dever de observância assiste a todo o sistema de direito positivo, dado ser esta a norma positivada de mais alta hierarquia no Estado brasileiro, ao qual devem as demais normas observar relação de coerência mesmo porque, conforme já destacado, os princípios atuam como feixe de unidade do próprio sistema de direito.

Assim, tem-se que a Constituição, através de princípios, positiva valores, os quais, conforme destacado, são de observância imprescindível em todo o sistema de direito positivo, posto serem fundamentais para sua existência, bem como devem ser atentados afim de que as interpretações e construções normativas que se faça no âmbito do sistema de direito se deem de maneira coerente e harmônica.

O artigo 3º da Constituição Federal, inclusive, ao assentar “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, em verdade, tratou de assentar valores que devem orientar toda a positivação normativa infraconstitucional e, que, desta sorte, devem orientar as possíveis reformas tributárias a serem realizadas.

De outra senda, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170 assenta princípios gerais que devem permear toda a compreensão da ordem econômica.

Neste sentido, ao especificamente tratar de “ordem econômica”, ainda que expressamente o legislador não tenha assim denominado, este teria cuidado de destacar a existência de um sistema, considerado aqui a partir do plexo de normas jurídicas, enquanto elemento, cuja formação se delimita a partir dos princípios destacados. Ademais, havendo o sistema jurídico da ordem econômico como sendo incluído dentro de todo do conjunto maior das normas constitucionais, dos quais todos os demais subsistemas, e não tão somente o econômico, deveriam respeitar.

Com efeito, todas as normas que sejam positivadas e apresentem em seu conteúdo expressão de valor que direta ou indiretamente se associe com conteúdo capaz de dirigir a ordenação das condutas humanas intersubjetivas sob o aspecto econômico deverão, com os princípios da ordem econômica e com os demais princípios constitucionais, guardar observância.

Tomando o sistema econômico como um conjunto, tem-se que a classe que o define seriam as normas que prescrevam conteúdos que dirijam-se ao trabalho humano, livre iniciativa e existência digna, pois estes são os fundamentos, que expressamente são assentados no dispositivo, e que enunciam valores pelos quais devem todas as normas que, com ele, guardem pertinência, observar, positivados, pois, na forma de princípios.

O sistema tributário nacional é um subconjunto dentro do conjunto maior das normas constitucionais. Neste sistema maior, por sua vez, também se inserem as normas de direito econômico, dentre outras, de sorte que deva guardar com estes relação de pertinência, representada pelo signo \in na teoria dos conjuntos.

Ou seja, ainda que o subsistema de direito tributário goze de relativa autonomia sintática, semântica e organizacional, na medida em que este se insere internamente ao sistema constitucional, considerado como meta conjunto de normas, com esse deverá observar coerência sintática e semântica.

É, portanto, imprescindível que as normas infraconstitucionais que prescrevam condutas de conteúdo tributário, observem os valores

expressos como fundamentos e princípios no artigo 170 da Constituição Federal, posto que tanto o sistema tributário nacional como o sistema da “ordem econômica” são subsistemas que pertencem (⊆) ao meta sistema constitucional.

Com efeito, os princípios assentados dentre os incisos do dispositivo constitucional quanto à ordem econômica são: (i) soberania nacional; (ii) propriedade privada; (iii) função social da propriedade; (iv) livre concorrência; (v) defesa do consumidor; (vi) defesa do meio ambiente; (vii) redução das desigualdades regionais e sociais; (viii) busca do pleno emprego; (ix) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte e, conforme assenta o parágrafo único do enunciado, (ix) o livre exercício de qualquer atividade econômica.

As normas do sistema tributário, ainda que expressamente não mencionem, não poderão, pois, atentar contra estas disposições, posto terem sido estes valores positivados como ordenadores do sistema de direito brasileiro.

Reformas tributárias que sejam propostas, portanto, não podem deixar de observar os valores positivados pelo sistema constitucional considerado em sua integralidade, onde se incluem as normas de direito econômico.

Ademais, propostas de reformulação do sistema tributário, uma vez aprovadas, prescreveriam condutas hábeis a modificar a maneira pela qual os indivíduos regem suas atividades econômicas, seja enquanto dirigentes de atividades empresariais, ou como pessoas físicas, posto que o tributo está presente em toda a regência do cotidiano, tanto de forma direta, a partir do exercício material da conduta prevista dentro da hipótese da norma tributante, seja indiretamente, quando o indivíduo, mesmo sem guardar relação direta com a prática da conduta a ensejar a incidência da norma tributária, acaba arcando economicamente com os custos do cumprimento da obrigação tributária, na medida em que o dispendido econômico passa a refletir no preço da mercadoria ou do serviço que o consumidor adquire ou contrata.

Isto posto, ainda que o estudo das normas jurídicas seja dirigido aos intérpretes da linguagem jurídica, os efeitos que emanem delas também não podem passar despercebidos, sendo indispensáveis estudos econômicos, a serem realizados por intérpretes dotados de capacidade técnica para tanto.

Aos juristas, enquanto sendo agentes habilitados pelo próprio direito para interpretá-lo, impõe-se os estudos das normas jurídicas, seja nos planos sintáticos, semântico ou pragmático da linguagem, posto ser esta a forma pela qual os atos de fala se manifestam a fim de dirigem as condutas inter-humanas. Todavia, os efeitos que possam decorrer das normas jurídicas, competem ao estudo dos economistas, sociólogos, contabilistas, dentre outro nos estritos limites da linguagem do sistema que se fazem inseridos, havendo, pois, de serem analisados em cada uma destas os possíveis efeitos de reformas tributárias, enquanto que aos juristas competiria interpretar as referidas normas.

Ou seja, não obstante todas estas searas referirem-se, em aspecto mais amplo, aos estudos da sociedade, cada sistema está circunscrito às suas próprias peculiaridades, de modo que as observações, descrições ou outras formas de linguagem que enunciem, haverão de estar circunscritas aos seus próprios limites.

Nickolas Luhman bem observa que o sistema de direito é autopoietico, no sentido de ser fechado em si mesmo, porém hermeticamente aberto às mudanças sociais. Ocorre que o olhar do jurista deve ater-se à circunstância de fechamento do sistema, interessando os fatores externos somente à medida que passem a ser incorporados no próprio direito, passando a pertencer neste domínio.

Apesar de autônomos, contudo, os esforços de juristas, economistas, sociólogos, contabilistas, dentre outros, podem ser somados no que concerne a possíveis reformas tributárias, a fim de que, dentro de cada universo de linguagem, possam ser atentadas peculiaridades, apontados equívocos ou reforçadas premissas.

O que, todavia, deve ser visto com cautelas são argumentos de sujeitos capacitados para análise individual em cada um dos sistemas adentre àquele outro, sem o devido domínio da linguagem.

Em termos de lógica dos sistemas, tomar argumentos de outros sistemas de linguagem importaria em estabelecer relações entre sistemas distintos sem que o ponto de intersecção entre eles seja estabelecido com o rigor que é devido, tendo em vista que cada sistema apresenta sua própria linguagem.

Com efeito, as decisões que sejam tomadas em matéria de Reforma Tributária, para além de observar a pertinência com o próprio sistema, devem, ainda, guardar estudos acerca das possibilidades de irradiação de seus efeitos sobre os outros sistemas, como na economia, por exemplo, cabendo a cada um destes sistemas de linguagem realizar sua análise conforme seus próprios limites.

Deste modo, os valores que se defendam, para fins de promoção no âmbito de uma reforma tributária, devem ser observados por agentes capacitados dos outros sistemas de conhecimento e linguagem, a fim de corroborar ou não com a tomada de decisão do legislador.

Além disso, deve-se observar a necessidade de conformação das normas modificativas do sistema jurídico-tributário com as disposições constitucionalmente previstas, dado ser a juridicidade tributária um subconjunto inserido dentro do conjunto do direito constitucional, que toma as normas jurídicas responsáveis pela prescrição de obrigações que tenham o tributo como elemento fundamental, motivo pelo qual possíveis reformas tributárias deverão de observar os princípios constitucionalmente previstos, inclusive no que concerne à ordem econômica, de modo a guardar coerência com estes, sob o risco de, em não fazendo, comprometerem a coerência e harmonia inerente e própria à totalidade do sistema maior de direito.

Especificamente, portanto, no que tange aos princípios que regem a Ordem Econômica, sob o viés jurídico estes devem ser analisados no sistema de direito, ao passo que os efeitos econômicos decorrentes devem ser descritos pela economia, cada análise, pois, delimitada ao seu próprio sistema, não obstante as conclusões possam e devam ser apresentadas para servir como fundamento das decisões acerca da reformulação pretendida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os valores são inerentes à subjetividade daquele que constrói as normas jurídicas, de modo que deles não se dissocia, mas podem ser compreendidos não pelo que são, mas pelo que representam. A própria formação dos fatos jurídicos representa este traço, pois para se construir uma norma jurídica, toma-se os acontecimentos do mundo fenomênico e, sobre eles, se assenta valorização, demonstrando sua importância, capaz de tirar o sujeito de uma situação de indiferença para, a partir daí, elaborar normas jurídicas.

A posituação das normas jurídicas pelo legislador, todavia, assenta valores que passam a ser próprio do sistema de direito, os quais passam a ser denominados de princípios.

Os princípios, portanto, determinam os limites do próprio sistema, assentado aquilo que deve ser observado quando na construção das normas jurídicas.

Com efeito, os princípios, enquanto valores positivados no direito, são de observância obrigatória à toda sua sistemática de direito. Ou seja, os princípios constitucionalmente positivados, dentre eles destacamos os princípios de ordem econômica, não de ser observados para fins de edição de normas que modifiquem outros sistemas, como o tributário, posto que tanto o sistema tributário nacional como o sistema denominado de “ordem econômica” são subsistemas pertencentes ao meta sistema de direito, cuja Constituição é o instrumento formal de maior hierarquia, somente subordinado à Norma Hipotética Fundamental, ao qual os valores prescindem de serem observados conjuntamente.

Isto posto, uma pretensa reforma tributária que almeje modificar a sistemática da tributação, ainda que para simplificá-la, não poderá ser tomada sem a devida atenção aos princípios prescritos no artigo 170 da Constituição Federal, seja no *caput*, seja em seus incisos e parágrafo, pois estes correspondem a limites estabelecidos para a formação do conjunto maior das normas de direito brasileira, sendo o

conjunto das normas tributárias situado como subconjunto daquele das normas constitucionais.

É, pois, uma necessidade de coerência apontada a partir do uso da teoria das classes, onde um subconjunto pertencente a um conjunto maior não pode apresentar elementos diversos dos últimos. Ademais havendo, portanto, uma necessidade de coerência, a fim de que seja mantida a harmonia do sistema maior.

Mesmo um projeto de lei ordinário, que não busque modificar a Constituição Federal, não pode esquivar-se, pois, destas premissas, mesmo em casos que diretamente não assente modificações constitucionais expressas, tendo em vista a unidade sintático-semântica que deve ser observada por todos os elementos dos conjuntos pertencentes ao conjunto maior, notadamente, do direito, que tem na Constituição Federal seu elemento formal fundante e, nos valores que esta positiva através de princípios, seu fechamento.

Por fim, há de se destacar que os efeitos de uma reforma tributária podem não se verificar exclusivamente no sistema jurídico. Há nuances que devem ser observadas pela economia, sociologia, contabilidade, dentre outros sistemas de linguagem, a partir das intersecções que haja entre estes sistemas e o jurídico.

Todavia, a produção de efeitos há de ser observada dentro dos limites de linguagem daquele próprio sistema, por sua vez assentados em linguagem própria, com limites definidos, havendo, outrossim, de ser realizado dentro das habilidade do agente que seja competente àquele domínio, não obstante as diferentes facetas devam ser somadas para fins de auxiliarem na tomada de decisão do agente político enquanto responsável pela positivação de normas gerais e abstratas.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. Noeses, 7ª edição, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1991

INSPER. Contencioso Tributário no Brasil. Relatório 2019. Ano de referência 2018. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Contencioso_tributario_Relatorio2019_092020_v2.pdf Data de acesso: 03 de dezembro de 2020.

THE WORLD BANK. International Bank for Reconstruction and Development. Doing Business 2019. 16th edition The World Bank: Washington DC. 2019, p.159.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. 5^a ed. São Paulo: Noeses, 2016.

ULLMAN, Stephen. **Semântica**: uma introdução à ciência do significado. Tradução: MATEUS, Osório, J. A. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1973.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4^a ed. São Paulo: Noeses, 2010.

TAX REFORM AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF THE ECONOMIC ORDER

ABSTRACT

Proposals of simplification and reform of the Brazilian Tax System, despite being defended by many, should not be taken without a previously reflection of the premises of law, in order to understand if the limitation of

what is proposed does not affect its own rationality. The present study aims to describe, using the logic of classes, the role of the law principles, especially those related with the economic order, while being limits of possible modification on Brazilian Tax System, starting with the comprehension of what is a principle itself, beginning with its formation. In order to do that a qualitative methodology is using, whit descriptive approach, being the bibliographic research, the main technique used.

Keywords: Tax reform. Principles. Values. Economic order.

