

SUMÁRIO

A ADVOCACIA PÚBLICA E O BEM COMUM - LUIZ HENRIQUE SORMANI BARBUGIANI	01
RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO RELATIVAMENTE AOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA MUNICIPAIS - PATRÍCIA FERREIRA POMOCENO	03
A ADVOCACIA PÚBLICA ENTRE ESTADO E GOVERNO: A DEFESA JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO - BRUNO GREGO-SANTOS	05
BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADESÃO A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS - "CARONA" NO ÂMBITO DO ESTADO DO PARANÁ - AMANDA LOUISE RAMAJO CORVELLO BARRETO	07

A ADVOCACIA PÚBLICA E O BEM COMUM

LUIZ HENRIQUE SORMANI BARBUGIANI

Advogado inscrito na OAB/PR sob o nº 48.155; Procurador do Estado do Paraná. Diretor de Planejamento da Associação dos Procuradores do Estado do Paraná. Membro da Comissão de Advocacia Pública da Seção do Paraná da Ordem dos Advogados do Brasil. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O Advogado Público é necessariamente um servidor público, aprovado em concurso público de provas e títulos, como expressa o *caput* do artigo 132 da Constituição Federal, ao consignar que “exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas”.

Não é preciso mencionar que a Advocacia Pública não se restringe aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal, pois esta carreira jurídica na vertente pública engloba também os Advogados da União (Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Advogados da União), Procuradores do Município e Defensores Públicos (Estaduais e Federais).

Diante dessas subdivisões da Advocacia Pública, a seção II, inserida no capítulo IV, que trata “das funções essenciais da justiça”, dentro do título IV, denominado “da

organização dos poderes”, teve sua designação alterada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, passando a tratar “da Advocacia Pública”, substituindo a anterior “da Advocacia Pública da União”.

A nossa Lei Fundamental consigna expressamente a Advocacia-Geral da União (artigo 131), os Procuradores do Estado e do Distrito Federal (artigo 132) e os Defensores Públicos (artigo 134), entretanto, isso não significa que apenas essas carreiras são reputadas como integrantes da Advocacia Pública, pois existem Advogados ou Procuradores de Municípios responsáveis pela consultoria e representação judicial do ente municipal e, em alguns Estados e Municípios, Advogados Públicos ou Procuradores que exercem essas funções em autarquias e fundações públicas (pessoas jurídicas com personalidade de direito público), desde que as carreiras sejam expressamente criadas por lei e a assunção no cargo se dê mediante concurso público.

A principal diferença entre os integrantes da Advocacia Pública e os demais servidores públicos consiste no exercício de suas funções pressupor o registro na Ordem dos Advogados do Brasil, o que exclui dessa definição qualquer outro Assessor ou cargo em que se admite apenas o bacharelado no curso de Direito, como, por exemplo, o Analista Judiciário especializado na Execução de Mandados na Justiça Federal, dentre tantos outros.

Os Advogados em geral, Públicos ou Privados, como o texto constitucional ressalta no artigo 133, são indispensáveis à Administração da Justiça, devendo no exercício de suas funções serem invioláveis pelas suas manifestações e atos. Diante do conteúdo desse dispositivo, constata-se que as funções dos Advogados, em sendo essenciais para consagração da Justiça, interferem na realização e concretização da “Justiça no caso concreto”, o que pode ser identificado com o conceito de equidade.

A prestação jurisdicional é inerte e, portanto, depende da postulação em juízo dos Advogados enquanto defensores dos direitos de seus representados, para que a distribuição da Justiça se efetive por meio da aplicação da norma ao caso concreto, com a consequente pacificação da demanda aforada.

A atuação dos Advogados, da mesma forma, pode impedir a proliferação de demandas judiciais e conflitos em geral, por meio de uma Advocacia preventiva ou de consultoria aos interessados, o que evidencia a grandeza do exercício dessa profissão, sendo que essas atividades podem ser realizadas, tanto no âmbito privado quanto no âmbito público.

No exercício de seu cargo público, o Advogado, Procurador ou Defensor possui relevância que extrapola os limites da situação tratada individualmente na consultoria prestada ou no processo administrativo ou judicial em trâmite.

O artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro especifica que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, contudo, a definição do que é bem comum e quais são os fins sociais da norma, muitas vezes, é intuída pelo Magistrado em decorrência direta do exercício profissional do Advogado, ao apresentar os fundamentos jurídicos e interpretativos em prol de seu representado, com maior relevância quando se trata da defesa de um ente público, diante da repercussão dessa decisão perante a sociedade.

Um dos objetivos dos Advogados é a busca da Justiça, ao defender os interesses da parte que foi contratado para representar ou, no caso do Advogado Público, do ente estatal que possui vínculo estatutário, motivo pelo qual procura alcançar a razoabilidade e proporcionalidade na interpretação das normas jurídicas, extraindo o conteúdo mais favorável à parte.

Como bem observa Humberto Ávila, “um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for desproporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais.”¹

Carlos Maximiliano pondera que “o fim inspirou o dis-

positivo; deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo”, concluindo que “imperava a presunção de que o legislador haja pretendido editar um meio razoável, e, entre os meios possíveis, escolhido o mais simples, adequado eficaz.”²

Dentro dessa ótica, o Advogado Público funciona como um captador da melhor interpretação para a defesa do bem comum, procurando alcançar, por meio da hermenêutica, uma mais correta e adequada aplicação da norma ao caso concreto no Estado Democrático de Direito.

Essa participação democrática interfere no universo jurídico, o que se evidencia de maneira mais veemente na influência dos Advogados de ambas as partes em litígio na decisão proferida pelo Tribunal, órgão essencialmente colegiado que, como salientado por Norberto Bobbio, demonstra o alargamento da democracia em nossa sociedade.³

A condição de Advogado Público na defesa do Estado, que eminentemente almeja o bem comum, não pode ser dissociada e não deve destoar da finalidade precípua do ente público, não se restringindo ao interesse público secundário, ao visar principalmente ao interesse público primário e à Justiça.

Nessa atividade interpretativa, a Justiça e a equidade devem ser alcançadas por meio de exegese que mais se aproxime dos valores permeados na sociedade em determinado momento histórico, como bem ressaltado por Carlos Maximiliano.⁴

Assevere-se que Reinaldo Dias reconhece o Estado como “uma entidade politicamente organizada, sendo responsável pela administração de recursos da sua população”, motivo pela qual “é quem deve coordenar os esforços públicos, privados e sociais para o bem de toda a sociedade, ou seja, o bem comum.”⁵

O mencionado doutrinador ressalta que “não se deve confundir legitimidade com legalidade”, esclarecendo o fato de que “a legitimidade relaciona o poder com determinado sistema de valores”, de outro lado, a legalidade “o faz em relação a determinado ordenamento legal.”⁶

Acrescente-se, ainda, que o designativo “política” tem origem no termo *pólis* (*politikós*), intuindo “tudo aquilo que se refere à cidade, e portanto ao cidadão, civil, público e também sociável e social”.⁷

Assim, o Advogado Público deve atuar como um instrumento viabilizador das políticas públicas de Estado, aproximando a legalidade da legitimidade ao interpretar a norma jurídica no meio judicial e administrativo da maneira mais razoável e proporcional para a consecução do bem comum.

1 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 205.

2 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e a aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125.

3 “O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos.” (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 155).

4 “Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade.” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e a aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 136).

5 DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 260.

6 DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 42-43.

7 BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 159.

RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO RELATIVAMENTE AOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA MUNICIPAIS

PATRÍCIA FERREIRA POMOCENO

Advogada inscrita na OAB/PR sob o nº 37.183; Procuradora do Município de Curitiba, lotada na Procuradoria Fiscal, Representante Defensora da Fazenda Municipal no Conselho Municipal de Contribuintes do Município de Curitiba, pós-graduada em Direito Tributário pela UNISUL

O Estado é formado por entes que compõem suas unidades, denominadas de “órgãos” e por outras pessoas jurídicas, que são criadas para auxiliar o Estado em suas funções. Esses entes que possuem personalidade jurídica própria formam a denominada administração pública indireta, que é composta pelas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

Dentre essas pessoas jurídicas, nosso estudo será restrito às sociedades de economia mista, e especificamente na responsabilidade que os Municípios possuem relativamente aos débitos tributários das sociedades de economia mista das quais possuam maioria das ações.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo trazem o seguinte conceito de sociedade de economia mista:

“De outra parte, é possível definir as sociedades de economia mista como pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração indireta, instituídas pelo Poder Público, mediante autorização de lei específica, sob a forma de sociedade anônima, com participação obrigatória de capital privado e público, sendo da pessoa política instituidora ou de entidade da respectiva administração indireta o controle acionário, para exploração de atividades econômicas ou para a prestação de serviços públicos.”

Da análise do conceito acima transcrito, verifica-se que as sociedades de economia mista sempre são constituídas na forma de sociedades anônimas e o controle acionário sempre pertence à pessoa política que a instituiu ou à entidade da administração indireta.

A Lei das Sociedades Anônimas² dispõe em seu artigo 238 que “a pessoa jurídica que controla a companhia de eco-

nomia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.”

Quanto à responsabilidade do acionista controlador, a mencionada lei discrimina em seu artigo 117 as hipóteses de responsabilização.

Da análise das normas acima mencionadas, verifica-se que no caso de sociedade anônima, inexistente a responsabilidade tributária direta de qualquer dos acionistas, quanto aos débitos da sociedade de economia mista. Também no Código Tributário Nacional inexistente norma que confira a responsabilidade tributária direta no caso em exame.

Importante destacar que a responsabilidade dos acionistas pelas dívidas da empresa, nas sociedades anônimas está prevista no artigo 1º da Lei das S.A., a qual limita a responsabilidade ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

O doutrinador Fábio Ulhoa Coelho define preço de emissão como “o preço pago por quem subscreve a ação, à vista ou parceladamente. Destina-se a mensurar a contribuição que o acionista dá para o capital social (e, eventualmente, para a reserva de capital) da companhia, bem como o limite de sua responsabilidade subsidiária.”³

O artigo 242 da Lei das S.A. previa que a pessoa jurídica de direito público controladora da sociedade de economia mista, respondia subsidiariamente pelas suas obrigações, este artigo foi revogado pela Lei nº 10.303/2001.

Dessa forma, a responsabilidade direta do acionista controlador da sociedade de economia mista, relativamente aos débitos tributários não está prevista legalmente, e segundo a legislação específica das S.A. o acionista responde somente pelo preço das ações subscritas ou adquiridas.

Outrossim, determina a Constituição Federal em seu artigo 173, § 1º, sujeita as sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas no que se refere à responsabilidade tributária.

A legislação que prevê normas sobre as sociedades de economia mista é a Lei nº 6.404/1976 e o Decreto Lei nº

2.627/1940, e a única norma que dispunha sobre a responsabilidade direta pelas obrigações da sociedade era o artigo 242 da Lei nº 6.404/1976, o qual foi expressamente revogado.

Sendo a responsabilidade tributária sujeita ao princípio da legalidade, uma vez que o próprio artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, bem como o Código Tributário Nacional determina no artigo 97, inciso III, que somente a lei poderá estabelecer “a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e do seu sujeito passivo”, atualmente inexistente norma no sistema jurídico que determine a responsabilidade direta do Município pelos débitos tributários de sociedade de economia mista.

Existe parecer da PGFN (Parecer PGFN/CAS/Nº 913/2012)⁴, segundo o qual a responsabilidade tributária está sujeita ao princípio da legalidade, ou seja, são responsáveis aquelas pessoas que a lei determina que o sejam, não podendo ser criada por via interpretativa e analogicamente uma forma nova de responsabilização pelos débitos tributários.

Em regra nas leis que criam as sociedades de economia mista, existe expressa previsão de que, uma vez dissolvida, o patrimônio da sociedade reverte em favor do ente público que a instituiu.

Revertendo o patrimônio da sociedade de economia mista ao Município que a criou, acontecerá situação similar ao que ocorreu, no âmbito federal, quando a Rede Ferroviária Federal S.A., a qual foi extinta, e seu patrimônio reverteu para União. No caso da União, a defesa da PGFN quanto aos débitos tributários, anteriores à dissolução é no sentido, de que sendo a União imune, não pode responder por débitos tributários da sociedade de economia mista extinta. Nesse sentido destaca o seguinte o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível 5053289-37.2012.404.7000 no qual a 1ª Turma aplicou a imunidade recíproca, para o IPTU relativo a fatos geradores anteriores à dissolução da RFFSA.

Sendo um tributo, da espécie imposto lançado contra sociedade de economia mista do Município, o mesmo raciocínio desenvolvido pela defesa da Procuradoria da Fazenda Nacional, e aceito pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, poderá eventualmente ser utilizado, pois o Município goza da imunidade recíproca, não podendo ter contra si, exigido um imposto.⁵

Não obstante a ausência de norma legal determinante da responsabilidade direta do Município pelos débitos tributários das sociedades de economia mista das quais seja controlador, bem como do posicionamento da própria União relativamente à sua responsabilidade em casos semelhantes, alguns tribunais pátrios⁶ tem determinado a responsabilização dos Municípios, com base no artigo 50 do Código Civil, o qual dispõe sobre as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica.

Da análise dos julgados acima referidos, verifica-se que em ambos os casos, existiu a responsabilização da pessoa jurídica de direito público controladora da sociedade de economia mista, no entanto, somente após a desconsideração da personalidade jurídica desta, com comprovação de abuso da personalidade jurídica e do esgotamento do patrimônio da sociedade de economia mista.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 729.485/PR, interposto pelo Município de Curitiba, em demanda na qual foi condenado a pagar dívida não tributária da Companhia de Desenvolvimento de Curitiba – Curitiba S.A., deu provimento ao recurso, sob o fundamento de que o Município não havia participado da demanda, bem como que se existisse sua responsabilidade esta seria somente subsidiária.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em demanda envolvendo o Município de Curitiba, originária de débitos da sociedade de economia mista Curitiba S.A., sendo o resultado do julgamento favorável ao Município, sob o fundamento de que se a responsabilidade pelo pagamento existir necessariamente terá que ocorrer o exaurimento do patrimônio da sociedade de economia mista, a execução deverá ser redirecionada e o Município deve compor o pólo passivo da Execução.

De todo o exposto, conclui-se que a responsabilidade tributária está sujeita ao princípio da legalidade, não existindo, no momento, no sistema jurídico nacional norma legal que responsabilize diretamente a pessoa política, pelos débitos tributários da sociedade de economia mista. Qualquer imputação de responsabilidade pelos débitos tributários, da sociedade de economia mista dissolvida, ao Município que seja acionista controlador, somente poderá ocorrer de forma subsidiária, ou seja, somente após o esgotamento do patrimônio daquela, devendo existir a desconsideração da personalidade jurídica pelo Poder Judiciário, com o posterior, redirecionamento de eventual Execução Fiscal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil e alterações da LSA, e ampl. com estudo sobre o comércio eletrônico. São Paulo, 2003.

LIMA, Kátia Aparecida Zanetti de. Parecer PGFN/CAS/Nº 913/2012, acesso em 06/12/2013 no endereço: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/9132012>.

1 ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

2 Lei nº 6.404/1976.

3 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil e alterações da LSA, e ampl. com estudo sobre o comércio eletrônico. São Paulo, 2003.

4 LIMA, Kátia Aparecida Zanetti de. Parecer PGFN/CAS/Nº 913/2012, acesso em 06/12/2013 no endereço: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/9132012>.

5 A discussão envolvendo os tributos não pagos pela Rede Ferroviária Federal S.A., ainda não foi decidido definitivamente, existe recurso repetitivo, oriundo de defesa manejada pela Procuradoria Fiscal do Município de Curitiba, aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal (RE 599.176/PR).

6 Destaca a seguinte jurisprudência: TST - AIRR: 39940-48.2007.5.19.0009, Relator: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 11/05/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/05/2011 e TST - AIRR: 65140-60.2007.5.19.0008, Relator: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 11/05/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/05/2011.

A ADVOCACIA PÚBLICA ENTRE ESTADO E GOVERNO: A DEFESA JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO

BRUNO GREGO-SANTOS

Advogado inscrito na OAB/PR sob o nº 46.910; Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com intercâmbio acadêmico na University of Notre Dame Australia; Advogado. Procurador Municipal, presidente da Comissão de Advocacia Pública da OAB Maringá, membro da Comissão de Advocacia Pública da OAB Paraná e membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Pesquisador da Faculdade de Direito do Largo São Francisco - FD-USP, membro do Grupo de Discussão Comparative Administrative Law Initiative da Yale Law School, e membro acadêmico da Procurement Law Academic Network. Venceu o VII Prêmio Innovare na categoria Advocacia, a Láurea Acadêmica da Universidade Estadual de Maringá e a menção honrosa do II Prêmio Francisco Cunha Pereira Filho.

1. INTRODUÇÃO

O regime jurídico administrativo a que é adstrita toda a atuação da Administração Pública condiciona, evidentemente, o exercício diário da função pública. E o exercício da Advocacia Pública, função pública que é, se restringe especialmente pelas disposições do regime jurídico administrativo, em especial – como desenvolvemos mais profundamente em obra anterior¹ – quando tratamos da atuação do procurador na representação judicial do Estado.

Importante questão que se levanta nesse interessante campo é o questionamento – razoavelmente frequente no âmbito das relações entre os gestores públicos e as procuradorias – acerca da possibilidade de defesa, por parte de procuradores, em ações envolvendo o exercício da função pública. Observe-se que omitimos aqui, propositalmente, quem é defendido, vez que tal elemento cognitivo é essencial para a discussão que aqui se propõe.

Para tanto, proceder-se-á adiante com a apreciação dos diversos níveis e estamentos onde se dá o exercício da função pública e, tendo por base as suas competências, com a

definição – tão precisa quanto possível – do *locus* em que se encontra a advocacia pública em meio a tais estruturas. Com base nessa construção, será possível apreciar em que medida tal posicionamento condiciona a atuação da advocacia pública na representação judicial do Estado e, por via de consequência, como tais critérios se aplicam à definição do objeto passível de sustentação, em juízo, pelos procuradores.

Essas bases permitirão uma abordagem específica, no movimento conclusivo do texto, da questão central proposta: o que caracteriza a defesa do ato administrativo? Em que medida essa defesa implica na sustentação, por parte do membro da advocacia pública, de teses em favor da isenção de responsabilidade de gestores públicos?

A estes questionamentos nos dedicamos a seguir.

2. OS DIVERSOS ESTRATOS DO TRATO COM A COISA PÚBLICA

O Direito nos é caro, como ensinado nas lições iniciais dos cursos jurídicos, por ser elemento de estabilidade da sociedade. Ocorre, no entanto, que esse direito-segurança é contraditoriamente dotado de notável fluidez – sua evolução, assim, é insita à sua própria existência, vez que faz parte do fenômeno social em que se insere.

Assim, o que se entende por público tem sofrido profundo câmbio na contemporaneidade. Não se pode mais precisar o que é público ou, ao menos, o que é público não se confunde com o estatal. É a conclusão a que chegam os administrativistas italianos, capitaneados por Stefano Battini, ao analisarem o fenômeno da administração pública da União Europeia – uma “administração sem Estado”² –, ou então a “arena pública”³ de Sabino Cassese, a “esfera pública não estatal”⁴ a que se refere Barroso.

Num cenário tão volátil, é missão ingrata definir precisamente quais são os escopos de atuação no exercício da função pública, mas tal exercício é essencial para a diferenciação proposta. Nesse propósito é utilíssima a literatura dos cientistas da administração pública espanhóis, liderados por Varela Álvarez e Ramió, que estratificam a atuação pública

1 GREGO-SANTOS, Bruno. A impropriedade dos prazos processuais cometidos ao Estado em litígio. In: GREGO-SANTOS, Bruno; CARVALHO NETO, Joaquim; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William. *Temas Avançados da Advocacia Pública*. Maringá: UniCorpore, 2011. P. 49-92.

2 BATTINI, Stefano. *Amministrazioni senza Stato: profili di diritto amministrativo internazionale*. Milano: Giuffrè, 2003.

No mesmo sentido:

CHITI, Edoardo. EU and Global Administrative Organizations. In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio. *Global Administrative Law and EU Administrative Law*. Heidelberg: Springer, 2011. P. 13-40.

3 CASSESE, Sabino. L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo stato. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n.3, p. 601-650, 2001.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 61-62.

em administração pública, gestão pública e política pública.⁵

A administração pública seria o estrato de base, *locus* da execução direta dos serviços públicos – base do Direito Administrativo para Duguit e Jèze. A gestão pública seria o campo da direção coordenada da atuação estatal, enquanto a política pública, por sua vez, se dedicaria ao delineamento programático e estratégico numa macrovisão da missão estatal. Esses diferentes escopos nos remetem à diferenciação entre Estado e Governo – dicotomia eleita como título para o presente texto – e fazem despertar a pergunta: onde se encaixa a advocacia pública?

O princípio republicano e a alternância de poder, bases para tal diferenciação, nos permitem concluir que, no ponto de vista administrativo, o Estado constituiria o ente público de titularidade coletiva e natureza permanente, responsável pela consecução do mister público, enquanto o Governo se definiria como a atuação temporária e alternada, baseada na representação política, para a definição dos rumos e objetivos de tal mister.

O confronto de tal panorama com a definição das atribuições da advocacia pública pelos arts. 131 e seguintes da Constituição Federal, pelo art. 12, inciso I, do Código de Processo Civil e, por exemplo, pelo art. 1º do Estatuto da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, revela que a advocacia pública se insere na administração pública, sendo função tipicamente de Estado, e não de governo. Tal circunstância impede, no entanto, a atuação do procurador em processo que tem como réu gestor público, que age como governo?

3. ATO PESSOAL E ATO ADMINISTRATIVO

A caracterização da advocacia pública como função típica de Estado não a faz alheia às políticas públicas que traduzem o projeto de governo aprovado nas urnas pela vontade popular. Como bem edifica Canotilho ao longo de sua obra, o Estado democrático de Direito não impede tão somente às limitações constitucionais ao exercício do poder, mas o condicionam à responsividade à soberania popular.⁶ A atuação estatal – e aí, também, a advocacia pública – só seria materialmente legítima no que corresponda à vontade comum, como formula Schmidt-Assmann.⁷

No entanto, não é todo ato do gestor público que caracteriza a tradução democrática da soberania popular. Nesse sentido, *não é todo ato do agente político que atrairá a atuação da advocacia pública*. O princípio da impessoalidade, como bem destaca Medauar, implica que o ato administrativo não seja imputado ao agente, mas sim ao ente.⁸

Assim, o ato que seja praticado no cumprimento da função pública, com vistas à consecução do interesse público, é considerado ato administrativo; já o ato em que aja desvio de tais balizas não passa de ato pessoal do gestor público. Assim, em se caracterizando o ato administrativo, praticado nos limites

impostos pelo regime jurídico administrativo e de acordo com a missão institucional do Estado, poderá atuar em sua defesa judicial o procurador visto que, frente ao princípio da impessoalidade, estará atuando em defesa do ente, e não do gestor.

Já quando se tratar de ato pessoal do agente público, em dissonância com os estritos limites que orientam a atuação administrativa, descaracteriza-se a presença estatal como ente representado, o que afasta a possibilidade de atuação do procurador. É esse o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça em seus precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. [...] PREFEITO RÉU EM AÇÃO POPULAR. DEFESA JUDICIAL PROMOVIDA PELA PROCURADORIA MUNICIPAL. INTERESSES CONFLITANTES. [...] O STJ possui orientação firmada no sentido de que a defesa particular do agente por procurador público configura improbidade administrativa, salvo se houver interesse convergente da Administração.⁹

A jurisprudência vem traduzir, assim, um posicionamento já adotado na doutrina em torno do tema, estipulando, no entanto, regra que entendemos inversa em relação ao desenvolvimento até aqui exposto: define-se como regra a impossibilidade de defesa pela procuradoria, sendo a exceção o caso em que “houver interesse convergente da Administração”.

4. CONCLUSÕES

Como exposto nesse breve texto, apesar das naturais dificuldades em se diferenciar os diversos estamentos do que é público, pode-se definir com razoável segurança que a advocacia pública constitui função típica de Estado, integrando assim a administração pública. Isso não a faz, no entanto, absolutamente apartada da atuação do governo uma vez que, quando atua como gestor público e formulador de políticas públicas – legitimamente, portanto –, o agente político o faz não em seu nome e pessoa, mas como personificação do Estado.

Não restam dúvidas, em conclusão, de que a atuação da advocacia pública em defesa de ato pessoal do gestor público, que não se alinha com a missão institucional do Estado, constitui desafio à moralidade administrativa e, assim, caracteriza ato de improbidade. O atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, constitui evolução em relação à doutrina mais radical ao admitir a atuação de procuradores em defesa do ato administrativo legítimo, alinhando-se com o posicionamento até aqui exposto.

Nesse cenário ganha corpo a presunção de legitimidade dos atos administrativos, instrumental em uma questão premente: no caso concreto, quem é que definirá se o ato constitui “interesse convergente da Administração”? Trata-se de questão ainda a resolver, e cuja solução, entendemos, só pode advir dos estatutos e leis orgânicas de nossas procuradorias.

5 VARELA ÁLVAREZ, Enrique José. *Las administraciones públicas contemporáneas en España*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2003. *No mesmo sentido*: RAMÍO, Carles. *Teoría de la organización y administración pública*. Valencia: Universitat Pompeu Fabra, 1999.

6 BRUGUÉ, Quim; SUBIRATS, Joan. *Lecturas de Gestión Pública*. Madrid: Ministério de la Presidencia, 1996.

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. P. 100.

8 SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: INAP, 2003. P. 99.

9 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 132-133.

9 SUPERIOR Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.229.779/MG, Rel. Min. Herman Benjamin. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 set. 2011. *No mesmo sentido*:

SUPERIOR Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 29 jun. 2006.

SUPERIOR Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 798.100/RO, Rel. Min. Castro Meira. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 nov. 2009.

SUPERIOR Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 777.337/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 18 fev. 2010.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATTINI, Stefano. *Amministrazione senza Stato: profili di diritto amministrativo internazionale*. Milano: Giuffrè, 2003.

BRUGUÉ, Quim; SUBIRATS, Joan. *Lecturas de Gestión Pública*. Madrid: Ministério de la Presidencia, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSESE, Sabino. *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo stato*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n.3, p. 601-650, 2001.

CHITI, Edoardo. *EU and Global Administrative Organizations*. In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio. *Global Administrative*

Law and EU Administrative Law. Heidelberg: Springer, 2011.

GREGO-SANTOS, Bruno. *A impropriedade dos prazos processuais cometidos ao Estado em litígio*. In: GREGO-SANTOS, Bruno; CARVALHO NETO, Joaquim; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSI, William. *Temas Avançados da Advocacia Pública*. Maringá: UniCorpore, 2011. P. 49-92.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMIÓ, Carles. *Teoría de la organización y administración pública*. Valencia: Universitat Pompeu Fabra, 1999.

SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: INAP, 2003.

VARELA ÁLVAREZ, Enrique José. *Las administraciones públicas contemporáneas en España*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2003.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADESÃO A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS - "CARONA" NO ÂMBITO DO ESTADO DO PARANÁ

AMANDA LOUISE RAMAJO CORVELLO BARRETO

Advogada inscrita na OAB/PR sob o nº 21.908;
Procuradora do Estado do Paraná

A adesão a Ata de Registro de Preços, o chamado “carona” tem trazido grandes discussões entre os doutrinadores, aplicadores do Direito e Administradores Públicos.

Trata-se de uma figura em que órgão não participante do Registro de Preços, dentro da vigência da respectiva Ata e demonstrando obrigatoriamente a vantajosidade da contratação utiliza-a para aquisição de bens e serviços.

A origem do “carona” insere-se no âmbito da Lei nº 8.666/93, instituidora de normas gerais para licitações que, ao tratar do Registro de Preços, estabeleceu regras mínimas, deixando para o legislador de cada ente federado a prerrogativa de edificar seu próprio estatuto (no art. 15, §3º), mediante Decreto.

Assim, a nível federal foi editado o Decreto nº 3931/01 e posteriormente pelo Decreto nº 7892/13, prevendo expressamente a possibilidade de utilização da Ata de Registro de preços por órgãos não participantes do Registro de Preços e acabando com a possibilidade de adesão ilimitada.

No âmbito do Estado do Paraná a regulamentação da matéria foi efetivada por meio da Lei nº 15.608/07 e do Decreto nº 2.391/08, que, além de regulamentar o Sistema de Registro de Preços para a aquisição de bens e serviços pelos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, instituiu um sistema complexo, constituído por um órgão central (DEAM – Departamento de Administração de Materiais da Secretaria de Estado da Administração e Previdência), por órgãos e entidades participantes e por órgãos e entidades ingressantes.

De acordo com o art. 7º, do Decreto Estadual nº 2.391/08,

órgãos e entidades ingressantes que, num primeiro momento, não manifestaram interesse naquele Registro de Preços, mas, durante a vigência da Ata e observando certos requisitos, aderem-na.

O mesmo dispositivo veicula requisitos que devem ser observados por aqueles que pretendem aderir à ata, quais sejam: *i)* respeitada a vigência da Ata (de 01 ano), mediante prévia consulta ao órgão gerenciador; *ii)* comprovação da vantagem da contratação mediante Sistema de Registro de Preços e manifestação de interesse junto ao órgão gerenciador, para que este indique os fornecedores e respectivos preços, observada a ordem de classificação; *iii)* aceitação por parte do fornecedor beneficiário da Ata; *iv)* que o fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas; *v)* que as aquisições ou contratações adicionais não excedam a 100% dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços (requisito que atende integralmente o posicionamento do Tribunal de Contas da União que havia instado a União a alterar sua legislação para que o “carona” não fosse realizado de forma ilimitada¹); *vi)* previsão no instrumento convocatório acerca da possibilidade de utilização da Ata por órgãos que não constaram no levantamento como inicialmente participantes.

Os opositores do “carona” perfilam como argumentos contrários ao instituto, basicamente:

- 1) *infração ao princípio da isonomia entre os licitantes - uma vez que um fornecedor que não participou do certame se tivesse conhecimento que o volume de aquisições seria superior ao previsto no edital poderia ter participado da licitação;*
- 2) *infração ao princípio da vinculação ao edital - uma vez que não se respeita a estimativa para contratação, no tocante aos itens que serão regis-*

trados, bem como quanto aos órgãos ou entidades que participaram do certame;

3) transferência para o particular dos ganhos com a economia de escala - uma vez que, como inicialmente estava previsto um volume menor de aquisições, com o aumento do volume o preço unitário tenderia a cair; o que não ocorre quando há adesão posterior à Ata, deixando o ente estatal de ganhar com a economia de escala econômica.

Ora, no que diz respeito ao Estado do Paraná, vê-se que tais argumentos não encontram guarida, haja vista a limitação de aderência do órgão não participante a 100% da totalidade da Ata.

Assim sendo, não se pode dizer que há transferência para o particular dos ganhos da economia de escala, posto que não há aumento do volume de aquisição.

Tampouco há violação ao princípio da isonomia entre os competidores, porque o volume continua o mesmo, não havendo que se dizer que este ou aquele licitante é beneficiado com o aumento do volume de aquisição.

Com efeito, de antemão os supostos interessados, por meio tanto do edital de registro de preços, quanto do edital da licitação, tomam conhecimento de quais bens e de quais os montantes serão adquiridos por meio daquele certame, e da possibilidade da utilização da respectiva Ata por órgãos aderentes.

A maior polêmica, no entanto, instaurou-se em torno do fato de que o “carona” não foi expressamente previsto na Lei de Licitações, e no entendimento de alguns doutrinadores, que se trata de modalidade de dispensa de licitação, e como tal a competência para legislar acerca do tema é privativa da União, por se tratar de norma geral de licitação.

Data vênia, entendemos que tal entendimento não merece prosperar.

No tocante à suposta violação ao princípio da legalidade, não se pode olvidar que a autorização para regular amplamente o Sistema de Registro de Preços por meio de Decreto de cada ente federado, de acordo com a sua particularidade, foi concedida pela própria Lei de Licitações, em seu art. 15, §3º, limitando-se o legislador a estabelecer balizas para atuação do poder regulamentar.

É importante ressaltar, que ao contrário do que ocorre durante praticamente toda a lei de licitações, o legislador propositalmente não regulamentou à exaustão o Sistema de Registro de Preços - SRP, delegando ao poder regulamentar a tarefa de o fazê-lo, mediante premissas básicas, mas não exaurientes, por ele estabelecidas.

Neste particular, Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho² (2011), em seu artigo “O Sistema de Registro de Preços e o Carona”, esclarece:

Em nosso sentir [...] a prática limitada do carona não fere os princípios da legalidade e da obriga-

toriedade de licitação.

Não fere o princípio da legalidade porque a própria Lei nº. 8.666/93 conferiu a cada ente federativo a prerrogativa de regulamentar o seu SRP de acordo com as peculiaridades regionais ou locais. E a prática do carona, embora não tenha sido prevista na Lei geral, decorre da dinâmica do procedimento licitatório e da execução da ata de registro de preços, razão pela qual não pode ser considerada inovação indevida por parte do Chefe de Executivo.

Por outro lado, é importante destacar que o Sistema de Registro de Preços não é uma modalidade de licitação, mas um instrumento de gerenciamento dos contratos por parte da Administração Pública.

Ora, como é sabido, no Sistema de Registro de Preços a Administração Pública realiza uma licitação, na modalidade concorrência ou pregão, sem a obrigatoriedade de contratação, e registra-a numa ata, que poderá ser utilizada durante o período de um ano, acaso se confirme a necessidade de aquisição dos bens ou serviços ali registrados por parte do ente público, sendo o contrato firmado posteriormente, no momento da aquisição.

Desta forma, de plano constata-se que o “carona”, já que se insere na sistemática do Sistema de Registro de Preços, não é modalidade de licitação e como tal não se pode falar em competência privativa da União para legislar a respeito, cabendo sim aos demais entes federados editarem normas de acordo com a sua particularidade.

Também, não prospera o argumento que pela adesão a Ata de Registro de Preços haveria dispensa de licitação, justamente porque como visto há sim uma licitação que precede à respectiva Ata. Ou seja, os bens ou serviços registrados e seu respectivos fornecedores foram selecionados por meio de um certame, em que havia ciência de todos os participantes da possibilidade de adesão por parte de outro órgão da Administração Pública.

Na verdade, o “carona” é importante instrumento para melhor atendimento ao interesse público, pois visa propiciar a aquisição de bens com redução de atos licitatórios burocratizantes, com maior rapidez e economia ao erário público, até porque o aderente deve comprovar vantajosidade na contratação, sem abrir mão da licitação que precede a Ata de Registro de Preços, além de ter a anuência do órgão gerenciador e prévio conhecimento por parte dos participantes do certame, na medida em que tal possibilidade deve constar expressamente do instrumento convocatório.

Assim, não se pode deixar de prestigiar os princípios da transparência, economicidade, e eficiência da Administração Pública, fortemente presentes na adoção do “carona” pelos gestores públicos.

Por tais motivos, entendemos ser razoável e isenta de ilegalidade a adoção do instituto do “carona”, da forma como foi fixada pela legislação paranaense.

2 OLIVEIRA FILHO, Sérgio Veríssimo de. O sistema de registro de preços e o “carona”. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18671/o-sistema-de-registro-de-precos-e-o-carona>