



ESTADO DE SANTA CATARINA  
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

# Procuradoria Geral do Estado





ESTADO DE SANTA CATARINA  
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

---

# Procuradoria Geral do Estado



**EMais**  
Editores & Livraria Jurídica



ESTADO DE SANTA CATARINA  
Procuradoria Geral do Estado

#### GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

**Célia Iraci da Cunha** – Procuradora-Geral do Estado

**Eduardo Zanatta Brandeburgo** – Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

**Fernando Mangrich Ferreira** – Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

#### CORREGEDORIA-GERAL

**Rejane Maria Bertoli** – Corregedora-Geral

#### CENTRO DE ESTUDOS

**Fernando Mangrich Ferreira** – Procurador-Chefe

#### ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO CENTRAIS

**Queila de Araújo Duarte Vahl** – Procuradora-Chefe da Consultoria Jurídica

**Elisângela Strada** – Procuradora-Chefe da Procuradoria do Contencioso

**Elenise Magnus Hendler** – Procuradora-Chefe da Procuradoria Fiscal

#### Comissão Editorial

Weber Luiz de Oliveira

Bruno de Macedo Dias

Felipe Wildi Varela

João Paulo de Souza Carneiro

#### Impressão

Rocha Soluções Gráficas

#### Projeto Gráfico, Diagramação e Capa

Carla Botto de Barros

REVISTA DA

# Procuradoria Geral do Estado

R454

Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, n. 8 –  
Florianópolis: PGE/SC, 2019.

**256 p.**

Anual

ISSN: 2319-0671

1. Direito Administrativo. 2. Direito Tributário. I. Procuradoria  
Geral do Estado de Santa Catarina II. Título

CDU 340

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e seus §§ 1º, 2º e 3º; Lei da Lei 10.695 de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).



*Todos os direitos desta edição reservados à EMais.*  
[www.emaiseditora.com.br](http://www.emaiseditora.com.br) - [euquero@emaiseditora.com.br](mailto:euquero@emaiseditora.com.br)  
Florianópolis/SC

Impresso no Brasil / Printed in Brazil



## EDITORIAL

A Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina apresenta mais uma edição com temas de relevo Institucional e de importância para a Advocacia Pública.

A chamada de artigos decorreu de ampla divulgação de seu Regulamento, angariando artigos de variados espectros de Procuradores do Estado de Santa Catarina que, mesmo premidos pela avassaladora atuação profissional na defesa do Ente Público, encontraram tempo e dedicação (exponencial!) para problematizar, analisar, dividir e contribuir com posições jurídicas a propósito de temas ligados ao Direito Público e à atuação profissional.

Igualmente, os interesses para divulgação de artigos não foram apenas domésticos; membros da Advocacia Pública de outras Unidades Federativas (MG e SP), da Magistratura e Assessores Jurídicos contribuíram com textos para a divulgação de suas ideias.

Nessa edição, a Seção “Peça Histórica” é agraciada com a Petição Inicial sobre a dívida pública estadual, proposta em 2016, que se convolou em importante passo para a finalização jurisdicional e legislativa negociada, em âmbito nacional, em que se possibilitou a diminuição, expressiva, de aportes financeiros pelo Tesouro estadual, viabilizando, enfim, uma melhor eficiência da realização de políticas públicas, papel primordial a que é vocacionada a Advocacia de Estado. Foi incluída nessa Seção Parecer contratado pelo Estado de Santa Catarina, do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, que auxiliou com a inteligência da Tese de Santa Catarina. Como Introdução, o Procurador-Geral do Estado da época, Dr. João dos Passos Martins Neto, contribuiu com texto que assenta o fundamento de se ter uma Seção histórica na Revista, que é justamente não perder a história e o seu contexto em relação a Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina.

A última Seção apresenta as estatísticas da PGE/SC, com o desiderato de publicizar a atuação profissional e institucional, trazendo informações que demonstram, mesmo que de forma mais sintética, a relevante atuação dos Procuradores do Estado de Santa Catarina e de seus competentes Servidores, no mister de sempre se desincumbir, como Agentes de Estado e pertencentes às Funções Essenciais à Justiça, dos deveres e atribuições inerentes aos elevados cargos em que se encontram nomeados.

Mister, por fim, agradecer ao Centro de Estudos da PGE/SC, por intermédio de seu Procurador-Chefe, Dr. Fernando Mangrich Ferreira, e os servidores que o compõem, o que se faz na pessoa da diligente Dra. Cláudia Regina Castellano Losso. Agrademos, por fim, à Direção da PGE/SC, pela pessoa da Procuradora-Geral do Estado, Dra. Célia Iraci da Cunha, que de modo especial manteve e incentivou mais uma edição da Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, possibilitando a produção acadêmica que enriquece sobremaneira a Instituição.

Boa leitura!

**Comissão Editorial**

## **MENSAGEM DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO**

A Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina chega, no ano de 2019, à sexta edição com a participação de articulistas que trazem à publicação qualidade inquestionável e simbolizam o foco da PGE de produzir e disponibilizar ao público uma revista que se apresenta como aliada dos profissionais da área do Direito.

A edição deste ano é composta por artigos de autoria de destacados operadores da área jurídica do país, em especial, Procuradores do Estado de Santa Catarina, que representam a qualificação do corpo técnico da PGE e a busca constante pelo conhecimento, a partir de especializações, mestrados e doutorados, além da carreira acadêmica e docente.

A seleção dos artigos contou com criteriosa avaliação para confirmar o compromisso da Procuradoria Geral do Estado de abrir espaço ao livre debate de ideias para o exercício de uma Advocacia Pública de qualidade e voltada ao atendimento, precipuamente, dos interesses do Estado e da coletividade.

Temos a certeza de que a leitura da Revista da PGE 2019 valerá cada minuto investido.

**Célia Iraci da Cunha**  
Procuradora-Geral do Estado de Santa Catarina

# SUMÁRIO

## PRIMEIRA SEÇÃO - ARTIGOS

<b>INFRAESTRUTURA, DESASTRES E A SUSTENTABILIDADE</b> .....	13
Alisson de Bom de Souza	
Felipe Wildi Varela	
<b>REDIRECIONAMENTO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA O SÓCIO ADMINISTRADOR DE EMPRESA DISSOLVIDA IRREGULARMENTE: UMA POSSÍVEL INTERPRETAÇÃO DECORRENTE DA TESE FIRMADA NO TEMA 630 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b> .....	29
Augusto Barbosa Hackbarth	
Vinícios Truppel Gonçalves Martins	
<b>A PRÉVIA BUSCA DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO PARA ACESSO JUDICIAL COM BASE NO RE 631240</b> .....	47
Bruno de Macedo Dias	
<b>A NECESSIDADE DE ANÁLISE INDIVIDUAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUANDO O CONTRATADO INVOCA A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO DE OUTROS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	59
Carlos Roberto Costa Junior	
<b>A DIGNIDADE HUMANA COMO FIM ÚLTIMO: VISÃO INTEGRAL E INTERDEPENDENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO</b> .....	67
Evandro Régis Eckel	
<b>ELEMENTOS DA LEGISLAÇÃO SANITÁRIA E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE</b> .....	91
Felipe Barreto de Melo	
<b>TRANSFERÊNCIA DE PACIENTES PARA HOSPITAIS DE RETAGUARDA</b> .....	99
Felipe Barreto de Melo	
Letícia Hoffmann da Silva	
<b>A INTEGRALIDADE DO DIREITO À SAÚDE</b> .....	111
Marcia Coli Nogueira	
<b>UMA ESTRUTURA REMUNERATÓRIA PREMIAL MODERNA PARA ADVOGADOS PÚBLICOS: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS</b> .....	123
Onofre Alves Batista Júnior	
Sandro Drumond Brandão	

**O QUE SE ENTENDE POR INTERESSE PÚBLICO? AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DESAFIOS E POSSIBILIDADES** ..... 139

Paulo Roney Ávila Fagúndez

**CONCEPÇÕES DE ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: A PREMÊNIA DE UMA CONCEPÇÃO SOCIOAMBIENTAL**..... 153

Pedro Manoel Abreu

Weber Luiz de Oliveira

**A TESE DE SANTA CATARINA NA ACO 444: UMA LUTA DE TRÊS DÉCADAS PELOS ROYALTIES DO PETRÓLEO** ..... 167

Sérgio Laguna Pereira

Gian Marco Nercolini

**ESTADO, DIREITO E DEMOCRACIA NOS TEMPOS ATUAIS**..... 185

Thiago Aguiar de Carvalho

## **SEGUNDA SEÇÃO - PEÇA HISTÓRICA**

**A AÇÃO DA DÍVIDA PÚBLICA**..... 199

João dos Passos Martins Neto

**MANDADO DE SEGURANÇA** ..... 203

João dos Passos Martins Neto

Ricardo Della Giustina

Jair Augusto Scrocaro

Bruno de Macedo Dias

**PARECER JURÍDICO** ..... 231

Carlos Ayres Britto

## **TERCEIRA SEÇÃO - ESTATÍSTICAS**

**INFORMAÇÕES ESTATÍSTICAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**..... 259

# **PRIMEIRA SEÇÃO**

## **ARTIGOS**

# INFRAESTRUTURA, DESASTRES E A SUSTENTABILIDADE

Alisson de Bom de Souza<sup>1</sup>

Felipe Wildi Varela<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Notas introdutórias sobre o Direito da Infraestrutura. 3. Notas introdutórias do Direito dos Desastres. 4. Governança e a vulnerabilidade socioambiental. 5. Sustentabilidade e o controle jurídico dos desastres de infraestrutura. 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito da Infraestrutura, a primeira categoria fundamental deste artigo, é disciplina jurídica em recente desenvolvimento na doutrina brasileira, haja vista que a infraestrutura pública no Brasil vem sendo objeto do Direito Administrativo e sob a gestão de uma Governança pouco comprometida em dotar o país de infraestrutura básica para o desenvolvimento nacional.

Esse suposto descaso com a infraestrutura pública, evidenciada pela ausência de um regime jurídico cientificamente embasado e indutor de uma relação adequada entre os gestores públicos e os empresários da infraestrutura, acarreta na segunda categoria fundamental deste artigo, os desastres na infraestrutura pública.

Se o Direito da Infraestrutura é recente, o regime jurídico dos desastres no Brasil é também incipiente, sendo desenvolvido a partir de influência internacional a respeito do tratamento adequado para prevenção e resposta em relação às catástrofes.

A interação entre infraestrutura pública e os desastres, por meio da Governança, permite o diálogo epistemológico entre categorias de relevância social e a verificação se a ausência de infraestrutura pública (vulnerabilidade socioambiental) é fator

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Máster Universitario em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela *Universidad de Alicante*, Espanha. Especialista em Direito Público pela UNIVALI-ESMAFESC e Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL-LFG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador do Estado de Santa Catarina. e-mail: alisson@pge.sc.gov.br.

<sup>2</sup> Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Máster Universitario em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela *Universidad de Alicante*, Espanha. Graduado em Direito pela UNIVALI. Procurador do Estado de Santa Catarina. e-mail: varela@pge.sc.gov.br.

desencadeante de desastres e também como a infraestrutura pública deve considerar o risco de desastres.

A proposta do trabalho leva em consideração a Sustentabilidade como paradigma de interação entre a infraestrutura pública, o regime jurídico dos desastres, a Governança e a vulnerabilidade socioambiental, sendo a Sustentabilidade, a quarta categoria fundamental deste artigo, pauta axiológica comum para todas as categorias expostas.

A Sustentabilidade exige a responsabilidade das autoridades em promover a infraestrutura pública, incluindo no gerenciamento de riscos de qualquer obra pública a capacidade de evitar ou mitigar desastres.

Os desastres destroem, fazem desaparecer, limitam, causam prejuízos. Tratar o risco de desastres com sustentabilidade é imperativo no regime jurídico da infraestrutura pública no Brasil.

A explicação científica a respeito da interação dessas quatro categorias fundamentais: Direito da Infraestrutura, dos Desastres, Governança e Sustentabilidade, é o objetivo deste artigo. Inicialmente, apresentam-se notas introdutórias sobre o Direito da Infraestrutura. Em seguida, faz-se uma exposição geral sobre o regime jurídico dos desastres, bem como sobre a Governança e a vulnerabilidade socioambiental. Por fim, segue o artigo na apresentação da sustentabilidade e o controle jurídico dos desastres de infraestrutura.

Para tanto, aplica-se o método indutivo, utilizando-se como fontes a doutrina nacional relacionada às categorias fundamentais Direito da Infraestrutura, regime jurídico dos desastres e sustentabilidade.

## 2. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO DA INFRAESTRUTURA

O conceito jurídico de infraestrutura na doutrina brasileira não se encontra consolidado. A influência econômica e social é evidente para a caracterização de infraestrutura sob o prisma jurídico:

As infraestruturas são instalações artificiais civis ou militares – mas de uso civil –, com nós e enlaces que acarretam o “efeito rede”, dimensionadas no tempo e orientadas ao desenvolvimento econômico e social. São consideradas como bens mistos sob a ótica dos bens públicos e possuem propriedades técnicas, econômicas e institucionais que as diferem dos demais investimentos, públicos ou privados.

As infraestruturas materiais (econômicas) podem ser locais, regionais, nacionais ou transacionais. Taxonomicamente, a infraestrutura é um gênero, subdividindo-se em setores operados por indústrias em espécies (subsistemas físicos) determinadas. Tais setores, atualmente, são representados por quatro categorias: saneamento básico, telecomunicações, energia e transportes. Como indústrias, consideram-se aquelas que exploram a própria infraestrutura e os serviços públicos correlatos (como transporte público, distribuição de gás, energia, água e esgoto e serviços de telecomunicações) nos subsistemas físicos (rodovias, ferrovias, dutovias, portos, aeroportos, hidrovias, antenas

de telecomunicações, torres de transmissão e postes de energia).<sup>3</sup>

O direito da infraestrutura é uma disciplina em construção e engloba conceitos de várias áreas do direito:

O direito da infraestrutura seria um ramo de estudo relacionado a qualquer tipo de relação jurídica que envolva as infraestruturas públicas, seja por meio de investimentos públicos ou privados. Diante disso, pertence a esse ramo o estudo de medidas governamentais a fim de se promover a infraestrutura pública, tanto pelo setor público como pelo privado – como o planejamento governamental ou o uso de PPPs. Dessa forma, tanto a aplicação de parcela da arrecadação da CIDE-Combustíveis em infraestrutura de transportes como um edital de licitação para concessão de aeroportos seriam objeto de análise dessa seara de estudo, envolvendo participação pública, privada ou mista.<sup>4</sup>

Há ainda a distinção do direito da infraestrutura com a disciplina do direito regulatório, que seria a função estatal de disciplinar e, por vezes, intervir normativamente em atividades econômicas com o objetivo de implementar políticas públicas.

O fracasso dos governos em entregar investimentos em infraestrutura no Brasil se deve ao chamado risco regulatório. “Investimentos em infraestrutura são por si só arriscados, e tal risco cresce ainda mais devido à atuação do governo”<sup>5</sup>. Um exemplo de risco provocado pelos governos é o licenciamento ambiental:

Quando o licenciamento é mais célere e feito com condições bem definidas, é possível ser mais duro nas condições para a sua concessão, sem que os investidores por isso exijam um maior retorno. Ou seja, mais valem regras duras que removam incertezas, do que um processo incerto, arrastado e fora do controle dos investidores.<sup>6</sup>

“Risco regulatório é a variação no fluxo de caixa do negócio induzida por decisões arbitrárias do governo”<sup>7</sup>. A confiança legítima na relação entre os governos e os investidores pressupõe a mitigação do risco regulatório:

A confiança do investidor no Estado e a expectativa legítima desse último de que o investidor irá promover o conjunto de investimentos previstos contratualmente para alcançar o interesse público tutelado é um binômio convergente que deve ser pautado pela confiança legítima, sem o que não se constrói, minimamente, uma infraestrutura que ofereça qualidade de vida para as pessoas e que garanta o desenvolvimento nacional.<sup>8</sup>

3 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 153-154.

4 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 96-97.

5 CARRASCO, Vinicius; MELLO, João Manoel Pinho de. Por que fracassamos na infraestrutura? Diagnósticos, remédios e um arcabouço teórico de análise. In: PASTORE, Affonso Celso (org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 43.

6 CARRASCO, Vinicius; MELLO, João Manoel Pinho de. Por que fracassamos na infraestrutura? Diagnósticos, remédios e um arcabouço teórico de análise. In: PASTORE, Affonso Celso (org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. p. 44.

7 CARRASCO, Vinicius; MELLO, João Manoel Pinho de. Por que fracassamos na infraestrutura? Diagnósticos, remédios e um arcabouço teórico de análise. In: PASTORE, Affonso Celso (org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. p. 46.

8 DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. **Ensaio sobre o conteúdo jurídico da confiança legítima e sua incidência no setor de infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 49.

Há alguns casos que demonstram a quebra da confiança legítima entre os governos e os investidores de infraestrutura: 1) a descontinuidade dos procedimentos de manifestação de interesse (PMIs); 2) a não concessão de reajuste tarifário para as concessionárias ou permissionárias de serviço público; 3) a falta de atualização do valor dos pedágios em estradas em regime de concessão; 4) paralisação de obra sem fundamento legal que a autorize, causando onerosidade excessiva aos contratados; 5) inadimplência contratual por parte da Administração e exigência de continuidade das obras; 6) elementos de projetos básicos ou executivos que se relevam inadequados tecnicamente ou que geram riscos não mitigados.<sup>9</sup>

Na legislação ambiental brasileira, o conceito de utilidade pública para a infraestrutura segue a Lei nº 12.651/2012, ao disciplinar as normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal, além de dispor sobre a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, define, em seu artigo 3º, VIII, “b”, que são consideradas como utilidade pública “as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão [...]”.

No nível transnacional, a infraestrutura possui tratamento mais escasso em estudos sobre o tema. Investimentos transnacionais em infraestrutura possuem três justificativas: efeitos transbordamento, questões de capacidade fiscal e de financiamento; e paternalismo. O primeiro é para evitar o efeito *free rider* aos estrangeiros que podem se beneficiar de uma infraestrutura e não pagar pelo seu uso, o que pode ser mitigado pelo mecanismo da tarifa. No caso da capacidade fiscal, os auxílios financeiros supranacionais podem aliviar as limitações fiscais. Por fim, o paternalismo é utilizado como proteção a grupos minoritários<sup>10</sup>.

A discussão em torno desse tipo de infraestrutura transnacional não é recente. Em 1889, os Estados Unidos convocaram a Primeira Conferência Internacional Americana a fim de promover um transporte ferroviário integrado na América. No entanto, a ideia acabou prosperando no âmbito rodoviário, transformando o antigo projeto de uma Ferrovia Pan-Americana para um eixo rodoviário transnacional. Eis que surge a Rodovia Pan-Americana, estrutura rodoviária que conecta as partes austrais da América do Sul ao Alasca, com mais de 25 mil quilômetros de extensão<sup>11</sup>.

No Brasil, o artigo 178 da Constituição Federal prevê a estruturação da infraestrutura de transportes na esfera internacional, devendo-se observar os acordos firmados

9 DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. **Ensaio sobre o conteúdo jurídico da confiança legítima e sua incidência no setor de infraestrutura**. p. 50.

10 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 100.

11 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 100-101.

pela União:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

Na esteira da análise das infraestruturas transnacionais ou transregionais, devem ser considerados os chamados “efeitos de transbordamento” (spillover) positivos em países ou regiões contíguas, erigindo duas categorias na esfera internacional: primeiramente, aquelas com o impacto principal no país de origem e nos vizinhos, como rodovias internacionais. O exemplo bem específico que pode ser citado é o da Usina Binacional de Itaipu, havendo efeitos transbordamentos no Brasil e Paraguai, além da Argentina. Há, também, aquelas que têm reflexos no mundo inteiro, como a World Wide Web. Essas infraestruturas globais, inclusive, devem ser o desafio dos próximos tempos. O transbordamento é considerado um efeito externo da infraestrutura, aplicando-se também na esfera federativa<sup>12</sup>.

Outro ponto importante é o caráter dinâmico da necessidade pública de determinada infraestrutura. O interesse público de promoção de determinada infraestrutura modifica-se no tempo, abrindo espaço para a infraestrutura de uso efetivo e a de uso potencial. A primeira é a dimensionada para uso regulado de oferta e demanda. Já a segunda é promovida para potencializar a demanda.

André Castro Cavalho restringe o conceito de infraestrutura para o seu caráter artificial, o que permite diferenciá-la de rios, mares ou montanhas, por exemplo. Bens ou recursos naturais não podem entrar no conceito de infraestrutura, muito embora o autor reconheça haver corrente doutrinária que estenda o uso desse conceito para abarcar essas situações<sup>13</sup>.

A infraestrutura não seria nem princípio nem direito inscrito constitucionalmente, mas sim um instrumento para a consecução do fim maior que é o desenvolvimento. O investimento em infraestrutura deve vir sempre coligado com a ideia de instrumento para o desenvolvimento, esse sim um direito de toda a humanidade. A infraestrutura é um instrumento diretor da política governamental<sup>14</sup>:

O que deve ficar desde ora destacado é que a infraestrutura – e a escolha do que e quando o governo deve prover – passa a ser vista de forma estratégica pelo Estado: isso traz importantes implicações. Se o investimento em infraestrutura possui uma finalidade instrumental, não pode ser concebido como um gasto público comezinho, sem

12 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 104-105.

13 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 111.

14 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 158.

importância, mas sim como um importante fator de dinamização econômica, territorial e social. Isso se evita, por exemplo, investimentos em infraestrutura totalmente desconectados e desconectados da função instrumental que ela deve possuir.<sup>15</sup>

Nas infraestruturas públicas é possível verificar práticas que garantam o desenvolvimento nacional sustentável, sobretudo no uso de técnicas que promovam menor agressão ao meio ambiente. A expansão e manutenção da infraestrutura devem estar aliadas com essas considerações: em havendo medidas igualmente eficazes e menos agressivas, estas devem ser priorizadas. No Brasil, o uso de energia solar, sistemas de reuso de água e aproveitamento de água da chuva, sistemas de iluminação alternativos e uso de materiais reciclados podem ser citados como exemplos substitutos aos investimentos mais agressivos ao meio ambiente.<sup>16</sup>

Registre-se, por fim, a faceta intertemporal ou intergeracional da infraestrutura. As diferentes infraestruturas em geral duram períodos que atravessam gerações, o que pode justificar a questão intergeracional no seu custeio, porquanto muitas gerações beneficiar-se-ão do estoque criado, além de realçar a relevância do gerenciamento de riscos e desastres na concepção dos projetos de infraestrutura de longo prazo.

### 3. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO DIREITO DOS DESASTRES

Os eventos denominados popularmente como desastres<sup>17</sup> existem no planeta Terra desde os primórdios. Ocorre, todavia, que no transcurso da história eles foram adquirindo novos contornos e definições, assim como, produzindo e causando efeitos variados nos diversos contextos social, econômicas e culturais em que ocorrem.

Ricardo Stanziola Vieira explica que o desastre ecológico pode ter duas fontes de origem. Ele pode ter como “causa estritamente a ação humana, decorrente do desenvolvimento de atividades e tecnologias ditas perigosas e que envolvem certo nível de risco” ou, ainda, “ser produto de fenômenos naturais, nos quais também incidem fatores humanos, a exemplo do agravamento de fenômenos climáticos decorrentes do aquecimento global, em grande medida provocado pela ação humana”<sup>18</sup>.

Não obstante a sua fonte de origem, hodiernamente, faz parte do senso comum que os desastres<sup>19</sup> naturais e aqueles provocados pela interferência do Homem se

15 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 162.

16 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 168.

17 Para fins deste artigo científico serão utilizados como sinônimos os termos desastre ambiental e desastre ecológico.

18 VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio + 20 – Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo “direito da sustentabilidade”. **Revista NEJ** – Eletrônica, vol. 17 – n. 1 – p. 48-69 / jan-abr. 2012. p. 59.

19 Adota-se o conceito de desastre como sendo “[...] cataclismo sistêmico de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas. Por tal razão, o sentido de desastres ambientais (naturais e humanos) é concebido a partir da combinação entre eventos de causa e magnitudes específicas.” In: CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 27. 201

intensificaram nas últimas décadas<sup>20</sup>. Furacões, tsunamis, derretimento acelerado das geleiras, secas, inundações, aumento da temperatura global e as constantes migrações de povos são reflexos, diretos e indiretos, da alteração da normalidade dos ecossistemas terrestres. São eventos que abalam o patrimônio público e privado, causando danos ao ambiente além de impor consideráveis desafios ao desenvolvimento intergeracional de forma sustentável.

Antigamente os desastres eram atribuídos a feitos divinos, resultantes de carmas, destino ou má sorte. Na Idade das Luzes, com o rompimento da dogmática espiritual, esses eventos passaram a ser avaliados de forma empírica – razão instrumental. Hoje, vive-se outro momento, não se sabe ao certo a origem desses acontecimentos extremos. Há, contudo, fortes evidências que apontam os desastres ambientais como resultados das mudanças climáticas como indica Délton Winter Carvalho.

Não obstante as persistentes incertezas científicas, as mudanças climáticas (i) parecem exercer um destacado papel neste cenário, juntamente com outros fatores de amplificação dos riscos e dos custos de desastres, tais como (ii) as condições econômicas modernas; (iii) o crescimento populacional e a tendência demográfica; (iv) as decisões acerca da ocupação do solo; (v) a infraestrutura verde e construída.<sup>21</sup>

O mundo, seja no âmbito terrestre, marítimo, fluvial e até mesmo na sua atmosfera, está cada vez mais exposto a riscos de todas as espécies – naturais ou antropogênicos –, riscos esses, capazes de desencadear desastres de consequências incalculáveis para a sua população, economia, infraestrutura e ambiente, de modo a alterar, substancialmente, a vida de uma determinada localidade.

A minguada de uma regulamentação própria e específica para responder e pacificar os transtornos provocados pelos desastres, cada vez mais frequentes, a ciência jurídica começou a tratar, especificamente, sobre os contornos jurídicos decorrentes desses fenômenos extremos. Para Daniel Farber, “o Direito encontra-se completamente despreparado para lidar com desastres. Uma comunidade crescente de pesquisadores reconhece esse problema e está formulando soluções sob a rubrica de Direito dos Desastres”<sup>22</sup>.

Estados Unidos e Europa<sup>23</sup> já possuem um sistema jurídico mais consolidado

20 “Deve-se fazer a advertência acerca da atual impossibilidade de descrições causais, lineares e conclusivas acerca dos fatores de contribuição para as recentes intensificações dos desastres, contudo alguns elementos parecem dignos de destaque e de confiabilidade científica. Neste sentido, muito deste incremento dos registros de ocorrência de desastres tem relação (sinérgica e cumulativa) com o aumento do acesso à informação (registro e disseminação), bem como crescimento populacional (particularmente relevante uma vez que o crescimento mais significativo se dá em zonas costeiras e acréscimo de capital em áreas de risco). In: CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. **Revista NEJ** – Eletrônica, vol. 18 – n. 3 – p. 397-415 / set-dez. 2013. p. 400/401.

21 CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. **Revista NEJ** – Eletrônica, vol. 18 – n. 3 – p. 397-415 / set-dez. 2013. p. 401.

22 FARBER Daniel. Navegando a interseção entre o Direito Ambiental e o Direito dos Desastres. *In*: Estudos aprofundados em direito dos desastres. **Interfaces comparadas**, org. Daniel Farber e Delton Winter de Carvalho. Curitiba: Ed. Prismas, 2017, p. 27.

23 Na União Européia, o Tratado de Lisboa passou a dispor sobre a “competência para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou complementar ações dos Estados-Membros relativamente a proteção civil”.

no que se refere a esta temática. No mesmo sentido, a Organização das Nações Unidas já vem há alguns anos abordando o assunto na sua agenda global como se observa no Quadro de Ação de Hyogo (2005), nos Objetivos do Milênio (2000), nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (2015) e no Quadro de Sendai (2015).

No Brasil, todavia, a questão temática é relativamente nova. A Lei Federal n. 12.608, de 2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, tem como objetivo a adoção de medidas necessárias à redução dos riscos de desastre, a proteção das áreas afetadas e o socorro a populações atingidas<sup>24</sup>. Inovou, portanto, ao contemplar ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação dos locais afetados. Até então, a práxis era a atuação pós evento.

A definição de desastre, por sua vez, é extraída do artigo 2º, inc. II do Decreto 7.257, de 2010, que regulamentou o PNPDEC e descreveu o fenômeno como sendo o “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.

O professor Paulo Afonso Leme Machado destaca a importância da regulamentação nacional ao consignar que referida lei

tem uma característica marcante: o desastre pode e deve ser prevenido. Não é preciso a ocorrência do perigo de desastre, que comportaria a produção de uma prova robusta. Basta o risco do desastre, que, mesmo incerto, obriga a evitar as prováveis consequências de um fenômeno natural ou advindo da ação ou omissão humana.<sup>25</sup>

Outro ponto de relevo é o reconhecimento, por parte do legislador nacional, de que as mudanças climáticas estão relacionadas a ocorrência de desastres. A Lei Federal n. 12.608, 2012, ao estabelecer que a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil deve integrar-se a Políticas Nacionais de Mudanças Climáticas<sup>26</sup> acaba por reconhecer que a conexão entre ambos fenômenos (desastres e mudança climática).

Para Délton Winter Carvalho, o elo entre o direito ambiental e o direito dos desastres são as mudanças climáticas, uma vez que “as medidas de adaptação às mudanças climáticas e suas consequências serão o local em que haverá uma maior intensidade nas intersecções” entre esses ramos do direito<sup>27</sup>. Assim, conclui o autor, “a vulnerabilidade (e as estratégias para a sua redução) consiste num conceito comum tanto à adaptação quanto ao gerenciamento dos riscos catastróficos”<sup>28</sup>.

24 Art. 2º É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm). Acesso em 15 ago. 2019.

25 LEME MACHADO, Paulo Afonso. Os desastres ambientais e a ação civil pública. In: Estudos aprofundados em direito dos desastres. *Interfaces comparadas*, org. Daniel Farber e Délton Winter de Carvalho. Curitiba: Ed. Prismas, 2017. p. 380.

26 Lei Federal n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009 – Institui a Política Nacional sobre Mudanças do Clima – PNMC e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12187.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12187.htm). Acesso 15 ago. 2019.

27 CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 18 – n. 3 – p. 397-415 / set-dez. 2013. p. 402.

28 CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. *Revista NEJ*

O Direito dos Desastres, a exemplo de outros ramos das ciências, não deve trilhar seu caminho sozinho. A “interconectividade entre diversos ramos do direito, cuja integração e articulação faz-se necessária para a consecução dos objetivos deste ramo”<sup>29</sup>. As funções deste novel ramo do Direito de prevenir ou mitigar, fornecer respostas emergenciais, compensação e reconstrução apontam para o seu caráter interdisciplinar.

Os desastres ambientais, em sentido lato sensu, são eventos cujas consequências, por muitas vezes, não cessam imediatamente com a estabilização do evento causador (chuva, seca, tufão, tsunamis, vulcão entre outros). “Seus efeitos se protraem no tempo e ramificam-se tal como uma reação em cadeia”<sup>30</sup>. Além do prolongamento dos efeitos no tempo, os efeitos diretos e indiretos de um desastre natural poderão atingir diversos seguimentos da Sociedade.

A pacificação social desses conflitos demandará Governanças “multidisciplinares (de outras áreas do conhecimento), tendo por escopo informar e incrementar processos de tomada de decisão relacionada aos desastres”<sup>31</sup>. É preciso buscar a cooperação<sup>32</sup> e a participação dos diversos seguimentos e atores sociais (Governança) para se alcançar a efetividade do Direito dos Desastres.

#### 4. GOVERNANÇA E A VULNERABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

Nos tópicos que precedem ao presente é possível verificar a necessidade de se compatibilizar as crescentes necessidades de infraestruturas públicas sólidas (fomento do desenvolvimento nacional sustentável) e, de outro lado, assegurar uma atuação eficiente e coordenada do Estado e da Sociedade em casos de Desastres Ambientais (prevenção, mitigação, adaptação e resiliência). Nesse contexto, a Governança<sup>33</sup> surge como instrumento posto para conciliar esses vetores e reduzir as vulnerabilidades socioambientais.

A Governança vem ganhando destaque nas agendas nacional e internacional. A crescente demanda pela maior participação de atores nos processos de decisão, transparência e controle social indicam a importância de rompimento das formas tradicionais

– Eletrônica, vol. 18 – n. 3 – p. 397-415 / set-dez. 2013. p. 402.

29 CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 18 – n. 3 – p. 397-415 / set-dez. 2013. p. 410.

30 CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 18 – n. 3 – p. 397-415 / set-dez. 2013. p. 410.

31 CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 18 – n. 3 – p. 397-415 / set-dez. 2013. p. 410.

32 Art. 2º [...] § 1º As medidas previstas no caput poderão ser adotadas com a colaboração de entidades públicas ou privadas e da sociedade em geral. § 2º A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm). Acesso em 15 ago. 2019.

33 Governabilidade e governança não são sinônimas. São institutos distintos, como alerta Leandro Valles Bento: “Embora se trate de duas dimensões mutuamente implicadas que se interpenetram constantemente, costuma-se distingui-las a fim de compreender a problemática própria de cada uma, vale dizer, a institucional e a sistêmica, a técnico-organizacional e a política, denominado-as respectivamente de “governança” e governabilidade”. In: DINIZ, Eli. Governabilidade, governance e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. In: *Revista do Serviço Público*, ano 47, v. 120, maio/agosto de 1996, p. 12.

de interlocução do Estado com a Sociedade, sobretudo, quando a questão tratada é multidisciplinar.

A Governança não é ação isolada, mas o contrário. Compreende a ação conjunta do Estado e da Sociedade “para construir consensos que tornem possível formular políticas que permitam responder equilibradamente ao que a sociedade espera do governo”.<sup>34</sup> E, conclui Eli Diniz,

As novas condições internacionais e a complexidade crescente da ordem social pressupõem um Estado dotado de maior flexibilidade, capaz de descentralizar funções, transferir responsabilidades e alargar, ao invés de restringir, o universo dos atores participantes, sem abrir mão dos instrumentos de controle e supervisão.<sup>35</sup>

Os desastres ambientais, pelas suas peculiaridades e proporções, são eventos extremos cujas consequências não se observam limites territoriais ou fronteiras. Extrapolam, por vezes, a capacidade local de resposta e afetam a infraestrutura, a economia e o desenvolvimento social de uma localidade, “gerando perdas humanas, materiais, econômicas e/ou ambientais, e excedendo a habilidade dos afetados de fazer frente a elas por seus próprios meios”.<sup>36</sup> A exposição de determinada parcela da Sociedade aos riscos ambientais derivativos de desastres os torna vulneráveis a esses eventos.

A vulnerabilidade possui uma definição ampla. Está relacionada com a suscetibilidade do ser humano estar, constantemente, exposto a uma situação perigo ou dano. A incapacidade individual, de um grupo de pessoas ou de uma sociedade de evitar o perigo relacionado aos desastres ambientais e, assim, ser obrigado a viver sob tais condições de perigo evidencia a sua vulnerabilidade.<sup>37</sup>

Em perspectiva mais abrangente, a vulnerabilidade é definida por Osmar D. Cardona sob a ótica de três componentes: i- a simples exposição; ii- a suscetibilidade de sofrer danos, sem fazer qualquer resiliência; e, iii- a capacidade de reconstrução e absorção do impacto.<sup>38</sup> Entretanto, o autor reconhece a dificuldade de se estabelecer um conceito determinado de vulnerabilidade, ao considerar que a vulnerabilidade não pode ser definida sem a referência da capacidade de uma população absorver, responder e reconstruir dos impactos de um desastre. Justifica o autor que um evento pode passar

34 TOMASSINI, Luciano. “Governabilidad y Políticas Publicas em America Latina”. In: FLOREZ, Fernando Carrillo (editor). *Democracia em déficit. Governabilidad y desarrollo em America Latina y el Caribe*. Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo, 2001. p. 45.

35 DINIZ, Eli. Governabilidade, governance e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. In: *Revista do Serviço Público*, ano 47, v. 120, maio/agosto de 1996, p. 13.

36 VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio + 20 – Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo “direita da sustentabilidade”. *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 17 – n. 1 – p. 48-69 / jan-abr. 2012. p. 60.

37 BRAGA, Tânia Moreira.; OLIVEIRA, Elzira Lucia de; GIVISIEZ, Gustavo Henrique Naves. Avaliação de metodologias de mensuração de risco e vulnerabilidade social a desastres naturais associados à mudança climática. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, Fundação Seade, v. 20, n. 1, p. 81-95, jan./mar. 2006. Disponível em <https://wp.ufpel.edu.br/consagro/files/2011/03/BRAGA-Tania-Vulnerabilidade.pdf>, Acesso em 16 ago. 2019.

38 CARDONA, Osmar.D. The need for rethinking the concepts of vulnerability and risk from a holistic perspective: a necessary review and criticism for effective risk management. In: Bankoff, G.; Frerks, G.; Hilhorst, D. (Eds.). *Mapping vulnerability: disasters, development, and people*. London: Earthscan Publications, 2004. p. 37-51. Disponível em [https://doms.csu.edu.au/csu/file/78a6c5d7-fd8b-ff7e-fff3-2ffb78764ebe/1/resources/readings/Reading12\\_2.pdf](https://doms.csu.edu.au/csu/file/78a6c5d7-fd8b-ff7e-fff3-2ffb78764ebe/1/resources/readings/Reading12_2.pdf). Acesso em 15 ago. 2019.

relativamente despercebido por um país desenvolvido e, ainda assim, pode significar uma catástrofe noutro, considerando a capacidade de cada um para absorver os sistemas atingidos.<sup>39</sup>

A Governança nacional (políticas públicas) de combate aos fenômenos ligados aos desastres ambientais sempre foram marcadas pela fragmentação de suas ações. A exemplo, pode-se citar os inúmeros órgãos, programas e até mesmo fundos criados ao longo de décadas para promoverem ações preventivas ou de mitigação específicas contra seca, inundações, deslizamentos, entre outros fenômenos que causam danos ao ambiente. Não se observa uma ação conjunta e articulada capaz de atuar como um todo, nas diversas dimensões que abrangem o PNPDEC: prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil.

Ricardo Stanziola Vieira alerta que uma Governança ambiental efetiva está diretamente ligada a estabilidade do Estado de Direito. Reforçar e aprimorar a estrutura normativa já existente é tão ou mais importante do que criar novos mecanismos de gestão.<sup>40</sup>

É certo que, mais do que criar novas legislações é importante fazer valer as já existentes. O direito deve agir como elemento pacificador na sociedade frente aos fatos e situações concretas consequentes de um desastre. Da mesma forma, a complexidade das vulnerabilidades socioambientais não pode ficar a mercê desse processo de estabilização. Daí o importante papel de uma Governança eficiente, pautada em critérios de sustentabilidade, a fim de assegurar uma infraestrutura nacional apta para a execução de ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação das áreas afetadas.

## 5. SUSTENTABILIDADE E O CONTROLE JURÍDICO DOS DESASTRES DE INFRAESTRUTURA

O debate sobre o que se entende hoje por sustentabilidade se iniciou no século passado, notadamente na Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, no ano de 1972, estendendo-se até o século XXI. O centro das discussões era construir aparatos sociais, econômicos, tecnológicos e jurídicos que fossem indispensáveis à sobrevivência humana e ao desenvolvimento perene.<sup>41</sup>

Em 1987, o relatório de Brundtland trouxe a conceituação nos seguintes termos: “o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades”. O compromisso intergeracional é incorporado às discussões

39 CARDONA, Osmar.D. The need for rethinking the concepts of vulnerability and risk from a holistic perspective: a necessary review and criticism for effective risk management. In: Bankoff, G.; Frerks, G.; Hilhorst, D. (Eds.). *Mapping vulnerability: disasters, development, and people*. London: Earthscan Publications, 2004. p. 37-51. p. 48. Disponível em [https://doms.csu.edu.au/csu/file/78a6c5d7-fd8b-ff7e-fff3-2ffb78764ebe/1/resources/readings/Reading12\\_2.pdf](https://doms.csu.edu.au/csu/file/78a6c5d7-fd8b-ff7e-fff3-2ffb78764ebe/1/resources/readings/Reading12_2.pdf). Acesso em 15 ago. 2019.

40 VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio + 20 – Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo “direita da sustentabilidade”. *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 17 – n. 1 – p. 48-69 / jan-abr. 2012. p. 55.

41 SOUZA, Alisson de Bom de. *Processo de demarcação de terras indígenas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 64.

relativas ao desenvolvimento sustentável.<sup>42</sup>

O desenvolvimento nacional é a finalidade das infraestruturas públicas, devendo ser qualificado no atual contexto como desenvolvimento nacional sustentável, não se restringindo somente à dimensão ambiental, mas sim há um conceito positivo e integral de sustentabilidade.

Um exemplo pode ser extraído da Lei no 11.959/2009, que dispõe acerca da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca. O artigo 7º, VI, prescreve que o desenvolvimento sustentável da atividade pesqueira pode ocorrer por meio da construção e modernização da infraestrutura portuária de terminais portuários, além da melhoria dos serviços portuários.

Já a parte final do parágrafo único do artigo 3º da Lei no 12.608/2012 corrobora a ideia de amplitude do termo “desenvolvimento sustentável”. A PNPDEC determina a sua integração com outras políticas públicas setoriais visando à promoção do desenvolvimento sustentável.

O que se vislumbra é que o desenvolvimento sustentável exige uma infraestrutura sustentável, que se valha de tecnologias mais novas e menos agressivas ao meio ambiente e à sociedade.

Eventos de caso fortuito ou força maior causam impactos consideráveis nos projetos de infraestrutura, em geral negativos. São fatores não previstos na definição dos investimentos em infraestrutura, o que acaba reduzindo um pouco a importância da abordagem sobre seus impactos positivos no crescimento. Assim, diversos fatores exógenos, como mudanças climáticas ou desastres naturais, fazem com que toda a sistemática de benefícios econômicos e sociais seja alterada.<sup>43</sup>

O direito das catástrofes é intimamente ligado com as infraestruturas críticas e aparece como um aglutinado de normas a garantir a segurança nacional. Transporte, energia e telecomunicações aparecem como algumas das infraestruturas consideradas críticas para a segurança de um país. Ademais, o ramo não é restrito a catástrofes naturais, abarcando também a ação humana prejudicial às infraestruturas (a usina de Chernobyl é um exemplo). Nesse sentido, não importa a titularidade da infraestrutura em uma federação, as catástrofes irão demandar esforços de todas as esferas federativas, como ocorre, no Brasil, no caso das inundações com os auxílios do Governo Federal via transferências a Estados e Municípios atingidos por chuvas fortes no verão. Inclusive, essa colaboração também ocorre dentro da sociedade civil, auxiliando a defesa civil em caso de catástrofes e calamidades públicas.<sup>44</sup>

Andre Castro Carvalho explica que:

42 SOUZA, Alisson de Bom de. **Processo de demarcação de terras indígenas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 65.

43 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 168.

44 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 171.

A questão da vulnerabilidade das infraestruturas críticas é interessante não apenas quanto ao aspecto de práticas de terrorismo nos Estados Unidos e na Europa, mas também na questão de catástrofes e desastres naturais, os quais submetem as infraestruturas a falhas mecânicas, tecnológicas e limitações físicas. Ou seja, essa é uma preocupação não somente de algumas regiões, mas de todo o mundo. O Chile é um país que possui grande experiência na avaliação da vulnerabilidade das infraestruturas face às atividades sísmicas corriqueiras no seu território. No balanço da infraestrutura chilena para o período 2010-2014, a Câmara Chilena da Construção realizou um estudo relacionado aos danos na infraestrutura pública por conta dos terremotos e maremotos ocorridos em 2010, sugerindo que se adotasse o padrão norte-americano de teste de vulnerabilidade às infraestruturas estratégicas, a fim de promover um programa de recuperação e preparação da infraestrutura para catástrofes supervenientes.<sup>45</sup>

O grande problema da vulnerabilidade é a infraestrutura ser concebida em relação a eventos passados. A multinacional Toshiba, responsável pela tecnologia da usina de Fukushima I no Japão, teve de lidar recentemente com um tsunami sem precedentes na história do país. À época da construção (quarenta anos atrás), tal catástrofe não fora vislumbrada como possível. Os registros de tsunami na época eram de três metros; o de 2011 chegou a ondas de quatorze metros. Ou seja, o problema da previsibilidade é algo que prejudica a concepção das infraestruturas preparadas para soluções de catástrofe e crises, o que tende a ser corrigido pela experiência – como se fosse um processo de “learning by doing”. Por derradeiro, convém mencionar a necessidade de simulações e testes de vulnerabilidade nas infraestruturas. Como exemplo, as infraestruturas que estão sob gestão de particulares no Chile costumam ser submetidas a esse tipo de operação simulada, como ocorreu em uma simulação de ameaça de bomba na Autopista Costanera Norte. Ou seja, a gestão de crises também se faz com o efetivo treinamento dos responsáveis pela infraestrutura e da própria sociedade usuária.<sup>46</sup>

No Brasil, o direito dos desastres relacionado com as infraestruturas ainda possui normatização incipiente e pouco específica nos diversos setores. O que se pode mencionar como exemplo é a Lei Federal n. 12.340/2010, que regulamentou as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades subnacionais para ações de resposta e recuperação nas áreas atingidas por desastres. No artigo 6º, a lei autoriza o DNIT e o Ministério da Defesa a atuar, conjunta ou isoladamente e por solicitação do ente federado afetado, na recuperação, na execução de desvios e na restauração de estradas e outras vias de transporte rodoviário sob jurisdição dos entes subnacionais afetados por desastres. É uma regulamentação específica ao setor de transportes por rodovias.

Em decorrência da sustentabilidade é possível afirmar o conceito de infraestrutura verde, como elemento de proteção de desastres. Como afirma Carvalho:

[...] a observação do meio ambiente como infraestrutura verde demonstra não apenas sua condição de bem ambiental, mas também de serviços ecossistêmicos, o que encoraja

45 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 172-173.

46 CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. p. 173-174.

a uma maior valorização no monitoramento, manutenção e recuperação destas áreas. Tais infraestruturas têm um enorme potencial para a proteção das comunidades humanas de inundações, terremotos, tempestades, furacões, fogos, deslizamentos, entre outras catástrofes.<sup>47</sup>

A questão da gestão de riscos, crises e catástrofes nas infraestruturas é um fator a ser considerado pelo poder público no planejamento governamental (Governança), devendo promover estudos e projetos prévios que levem em conta essas características, como corolário do próprio desenvolvimento nacional sustentado perseguido pelo ordenamento jurídico.

## 6. CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo é possível verificar que a infraestrutura pública é um dos elementos necessários para se alcançar para o desenvolvimento nacional, devendo a sua expansão e manutenção estar aliada com os vetores de sustentabilidade, sobretudo no uso de técnicas que promovam menor agressão ao meio ambiente. Contudo, o que se verifica é que o Estado brasileiro não se tem alçado grandes logros nesta área de grande sensibilidade, uma vez que, a cada ano, aumenta o número de locais e pessoas em situação de vulnerabilidade socioambiental.

Outro ponto de destaque é que o meio ambiente vem sofrendo uma crescente exploração de sua biodiversidade, o que vem causando uma contínua exaustão dos recursos naturais, seja em âmbito global ou local. Nessa perspectiva, as comunidades periféricas são as mais atingidas pelos desastres ambientais e pela falta de infraestrutura como destaca Ingo Wolfgang Sarlet.

[...] os cidadãos vulneráveis em termos sócio econômicos [...] dispõem de um acesso muito mais limitado à informação ambiental, o que acaba por comprimir a sua autonomia e liberdade de escolha, impedindo que evitem determinados riscos ambientais por absoluta (ou até mesmo parcial) falta de informação.<sup>48</sup>

Como os ecossistemas estão cada vez mais deteriorados, acaba-se, por observar, reflexos na dinâmica do clima, criando-se, ambiente propícios para os acontecimentos denominados de desastres ambientais – seja de origem natural ou antropogênica.

A recente normatização da Política Nacional de Defesa Civil, ao dispor sobre a gestão de desastres, previu que as medidas de Governança devem contemplar ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação. Fixou ainda, dada a incerteza desses eventos extremos que, a incerteza quanto ao risco de desastre não deve representar óbice para que medidas de prevenção sejam perfilhadas.

A Governança, por sua vez, instrumento à disposição do Estado, em parceria com a Sociedade, deverá esta apta a atender àqueles em situação de vulnerabilidade

47 CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 51.

48 SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35-36.

socioambiental frente aos efeitos decorrentes de um desastre.

Uma Governança efetiva deve criar soluções para o futuro, não apenas a partir das experiências já vividas, mas prospectar aquelas que nunca se tenham deflagrado, mas que haja probabilidade de ocorrer. É preciso prever os desastres e não apenas repará-los após ocorrido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Tânia Moreira.; OLIVEIRA, Elzira Lucia de; GIVISIEZ, Gustavo Henrique Naves. Avaliação de metodologias de mensuração de risco e vulnerabilidade social a desastres naturais associados à mudança climática. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, Fundação Seade, v. 20, n. 1, p. 81-95, jan./mar. 2006. Disponível em <https://wp.ufpel.edu.br/consagro/files/2011/03/BRAGA-Tania-Vulnerabilidade.pdf>, Acesso em 16 ago. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em 15 ago. 2019.

BRASIL. Lei Federal n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009 – Institui a Política Nacional sobre Mudanças do Clima – PNMC e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm). Acesso 15 ago. 2019.

BRASIL. Lei Federal n. 12.651, de 25 de março de 2012 – Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm). Acesso em 15 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.257, de 04 de agosto de 2010. Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm). Acesso em 15 ago. 2019.

CARDONA, Osmar.D. The need for rethinking the concepts of vulnerability and risk from a holistic perspective: a necessary review and criticism for effective risk management. In: Bankoff, G.; Frerks, G.; Hilhorst, D. (Eds.). **Mapping vulnerability: disasters, development, and people**. London: Earthscan Publications, 2004. p. 37-51. p. 48. Disponível em [https://doms.csu.edu.au/csu/file/78a6c5d7-fd8b-f7e-fff3-2ffb78764ebe/1/resources/readings/Reading12\\_2.pdf](https://doms.csu.edu.au/csu/file/78a6c5d7-fd8b-f7e-fff3-2ffb78764ebe/1/resources/readings/Reading12_2.pdf). Acesso em 15 ago. 2019.

CARRASCO, Vinicius; MELLO, João Manoel Pinho de. Por que fracassamos na infraestrutura? Diagnósticos, remédios e um arcabouço teórico de análise. In: PASTORE, Affonso Celso (org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública: instrumentos para o seu desenvolvimento**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. **Revista NEJ** – Eletrônica, vol. 18 – n. 3 – p. 397-415 / set-dez. 2013.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. **Ensaio sobre o conteúdo jurídico da confiança legítima e sua incidência no setor de infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

DINIZ, Eli. Governabilidade, governance e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. In: **Revista do Serviço Público**, ano 47, v. 120, maio/agosto de 1996, p. 12.

LEME MACHADO, Paulo Afonso. Os desastres ambientais e a ação civil pública. In: Estudos aprofundados em direito dos desastres. **Interfaces comparadas**, org. Daniel Farber e Delton Winter de Carvalho. Curitiba: Ed. Prismas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia de proibição de retrocesso em matéria socioambiental. In: STEINMETZ, Wilson Antônio;

AUGUSTIN, Sérgio (Org.). **Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2011. p. 136.

SOUZA, Alisson de Bom de. **Processo de demarcação de terras indígenas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

VEIGA, José Eli da. **A desgovernança mundial da sustentabilidade**. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 2013.

VIEIRA, Ricardo Stanzola. Rio + 20 – Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo “direito da sustentabilidade”. **Revista NEJ** – Eletrônica, vol. 17 – n. 1 – p. 48-69 / jan-abr. 2012.

## REDIRECIONAMENTO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA O SÓCIO ADMINISTRADOR DE EMPRESA DISSOLVIDA IRREGULARMENTE: UMA POSSÍVEL INTERPRETAÇÃO DECORRENTE DA TESE FIRMADA NO TEMA 630 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Augusto Barbosa Hackbarth<sup>1</sup>

Vinícios Truppel Gonçalves Martins<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas

**RESUMO:** O presente estudo, incipiente e de porte confessadamente modesto, tem como escopo assentar algumas bases teóricas e lógicas a partir do julgamento que fundamentou a tese firmada no Tema 630 do STJ (“Em execução fiscal de dívida ativa tributária ou não-tributária, dissolvida irregularmente a empresa, está legitimado o redirecionamento ao sócio-gerente”). Identificadas as premissas e tomando em consideração a conclusão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do repetitivo, analisa-se a viabilidade jurídica do alargamento do âmbito de aplicação da tese, sem com isso macular a lei processual, os cânones constitucionais pertinentes ou qualquer outro dispositivo legal relacionado.

Parte-se da suposição de que, se é possível reconhecer a responsabilidade pessoal do sócio administrador por débitos não tributários da pessoa jurídica, cobrados em execução fiscal (Lei nº. 6.830/80) após constatação da dissolução irregular da sociedade, então a mesma responsabilização também é possível em execuções não regidas pela LEF – desde que se encontre na lei civil/comercial a previsão de responsabilidade pessoal do administrador, a par do que ocorre no art. 135, III do CTN para os débitos de natureza tributária. Busca-se, assim, atingir um novo patamar de eficácia executiva a partir da legislação já existente, trazendo à superfície do debate a importância social de preservar os interesses do credor (público ou particular) sem malferir direitos e

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE; pós-graduado em Direito Constitucional pela UNIDERP-Anhanguera; Procurador do Estado de Santa Catarina em Joinville/SC.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE; estagiário da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina em Joinville/SC

garantias processuais, bem como as mazelas e dificuldades da recuperação de créditos na esfera processual civil.

## 1. INTRODUÇÃO

A recuperação dos créditos de dívida ativa da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária (Lei nº. 4.320/64, art. 39, §2º), ressoa-se de um problema crônico de inefetividade, fato corroborado pela última edição do relatório “Justiça em números 2019” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referente ao ano exercício de 2018<sup>3</sup>.

Como o próprio relatório bem destaca, os números negativos se justificam pelo fato de que o executivo fiscal só aporta no Judiciário após uma primeira frustração na tentativa de cobrança, que se dá no âmbito administrativo. Quando da judicialização da certidão de dívida ativa (CDA), a administração fazendária já exauriu suas possibilidades de recuperação do crédito, sendo mais provável que, no caso específico da pessoa jurídica, a mesma tenha cessado suas atividades sem comunicação oficial ao fisco ou baixa formal no órgão de registro competente. Dito de outro modo, o tempo necessário ao deslinde do processo administrativo fiscal (para o caso, naturalmente, de crédito tributário) e citação da pessoa jurídica no feito executivo se encarrega de fulminar a execução *ab ovo*, antes mesmo de qualquer diligência patrimonial ou constrição efetiva de bens do devedor.

O mesmo panorama se aplica à ação autônoma de embargos à execução (LEF, art. 16). Manejada pelo executado com o fito de desconstituir a certidão de dívida ativa (que instrui o executivo fiscal), a ação de embargos tende a tramitar por considerável período de tempo – tempo suficiente, diga-se, para que a pessoa jurídica encerre suas atividades de forma irregular, deixando para trás não só débito fiscal originário, como também o ônus sucumbencial da ação autônoma de impugnação, quando esta é julgada improcedente. É verdade, registre-se, que prevaleceu a tese firmada no julgamento do Tema 526<sup>4</sup> do STJ, segundo o qual os embargos do devedor não suspendem de forma automática a execução fiscal subjacente. No entanto, o que se experimenta na prática é o esvaziamento da eficácia executiva por via transversa, eis que a tendência após o ajuizamento dos embargos é que se proceda ao seu exame e julgamento antes do prosseguimento da execução, agregando-se intervalo de tempo ainda maior entre o ajuizamento da CDA e a satisfação do crédito exequendo.

De todo modo, o déficit de eficácia da cobrança executiva não se manifesta exclusivamente na execução fiscal. O fenômeno da ineficácia executiva não é recente,

3 “Justiça em números 2019”, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>>, acessado em 17/09/2019. “Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,5 pontos percentuais, passando de 71,2% para 62,7% em 2018”.

4 “A atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor fica condicionada ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*)” (STJ, REsp 1272827/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22/05/2013).

tampouco desconhecido da doutrina especializada. O desenvolvimento recente de uma mentalidade “multiportas”, reforçada após a aprovação da Lei nº. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), reacende o debate acerca de possíveis dribles legais e institucionais ao processo de execução convencional, apostando-se na força da arbitragem, da transação (mesmo em sede de direito público) e outros procedimentos de cobrança extrajudicial, como é o caso do protesto de CDA<sup>5</sup> e da execução fiscal administrativa – esta última ainda em foro de discussão parlamentar<sup>6</sup>.

Até que se chegue a um modelo aperfeiçoado de gestão e cobrança da dívida ativa, é preciso que o estoque atual seja enfrentado à luz da legislação de regência, viabilizando a consecução do objetivo primordial da execução civil – satisfação do credor<sup>7</sup> – sem subverter o esquema jurídico-processual e constitucional vigente.

Assim é que, considerando o grande lapso temporal necessário ao deslinde do processo executivo e o restrito tempo de sobrevivência das empresas brasileiras<sup>8</sup>, cumpre-se adotar práticas judiciais que, sem descuidar do cumprimento rigoroso da legislação positiva e da observação das balizas constitucionais vigentes, contemplem o desiderato elementar de qualquer processo executivo: debelar crises de adimplemento<sup>9</sup> mediante prática de atos expropriatórios eficazes, no interesse do credor<sup>10</sup>.

O redirecionamento da execução (genericamente considerada) à pessoa do sócio administrador da empresa, em caso de sua comprovada dissolução irregular, consubstancia medida simples e de fácil implementação prática, consentânea com o ordenamento

5 Considerar tese firmada no Tema 777 do Superior Tribunal de Justiça: “A Fazenda pública possui interesse e pode efetivar o protesto da CDA, documento de dívida, na forma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997, com a redação dada pela Lei 12.767/2012” (STJ, REsp 1.686.659/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 28/11/2018) e precedente do Supremo Tribunal Federal na ADI 5135/DF: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política”.

6 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº. 4.257/2019. Ementa: Modifica a Lei no 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1568749392407&disposition=inline>>. Acesso em 30/09/2019.

7 “Ao contrário do módulo processual de conhecimento, que alcança seu fim normal tanto com a vitória do demandante como com a do demandado, na execução forçada só se alcança o fim normal do processo quando o resultado final é favorável ao demandante. Trata-se de módulo processual de desfecho único. Isto porque, sendo destinada à satisfação do direito material do exequente, seu desfecho normal só se dará quando tal satisfação ocorrer” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 144).

8 Considere-se a seguinte informação jornalística, baseada em levantamento do IBGE: “Cinco anos após serem criadas, pouco mais de 60% das empresas já fecharam as portas. A constatação é da pesquisa Demografia das Empresas, divulgada nesta quarta-feira (4) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Do total de 733,6 mil empresas que nasceram em 2010, 277,2 mil (37,8% do total) sobreviveram até 2015”. Disponível em <<https://www.valor.com.br/brasil/5144808/maioria-das-empresas-fecha-portas-apos-cinco-anos-diz-ibge>>, acessado em 10/09/2019. Importante levar em consideração não só a dificuldade de definição metodológica no levantamento desse tipo de informação, como também a grande variabilidade dos números numa escala temporal, principalmente devido à conjuntura econômica (ciclos de crescimento e crises). Nesse sentido, sugerimos leitura do relatório elaborado pelo SEBRAE (Outubro/2016), intitulado “Sobrevivência das empresas no Brasil”, disponível em <<https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-102016.pdf>>, o qual deixa clara, por exemplo, a redução da taxa de mortalidade das empresas no período entre 2008/2012, conhecido pela escalada no preço de *commodities*, evolução do PIB, etc.

9 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 574.

10 “Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente (...)” (CPC, art. 797).

processual e a Constituição da República, sendo o caso de cogitar sua aplicação para além das hipóteses já assentadas pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 630).

## 2. DESENVOLVIMENTO

Não é recente o veredicto do Superior Tribunal de Justiça (STJ), plasmado na Súmula 435<sup>11</sup> da Corte Superior, acerca da possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra os sócios administradores da sociedade empresária dissolvida irregularmente. Os precedentes originários da súmula remontam aos anos de 2007 e 2008 (REsp 716.412/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 12/09/2007, DJe 22/09/2008; REsp 980.150/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, Juiz convocado do TRF 1ª Região, Segunda Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 12/05/2008; REsp 1.017.732/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25/03/2008, DJe 07/04/2008).

Os julgados que originaram o texto do verbete sumular, sem exceção, partiram do art. 135, III do Código Tributário Nacional (CTN) como fundamento para o reconhecimento da responsabilidade pessoal dos sócios administradores da pessoa jurídica. Dito dispositivo estabelece a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado quanto às “obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos” (grifamos). Para o STJ, portanto, a dissolução irregular da pessoa jurídica configura ato de infração da lei, atraindo a regra de responsabilização pessoal do sócio administrador e viabilizando a prática de atos constrictivos voltados contra o patrimônio dos gestores, sem perquirição acerca de eventuais elementos subjetivos de sua conduta.

A dissolução irregular, por seu turno, resta configurada quando o sócio administrador inobserva o rito legal de liquidação e extinção da pessoa jurídica. Apropriamo-nos da conceituação utilizada na ementa do acórdão do REsp 1.371.128/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *in verbis*:

“É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002—onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência—ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei”.

Não há dúvida, porém, de que a construção do fundamento de responsabilidade do sócio administrador, a partir do art. 135, III do CTN, reduz o âmbito de aplicação da Súmula 435. Nas execuções fiscais de crédito não-tributário, por exemplo, a responsabilização pessoal do administrador da pessoa jurídica não encontra guarida no texto do CTN, pela simples razão de que nem o art. 135 nem qualquer outro dispositivo da

<sup>11</sup> “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Lei nº. 5.172/66 se aplicam à demanda executiva de dívidas de valor não tributárias.

Atento a essa circunstância, o STJ afetou o julgamento do REsp 1.371.128/RS nos termos do art. 543-C do CPC/73, dando origem ao Tema 630 da Corte. A questão posta à apreciação e julgamento do tribunal foi a “(...) possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra o diretor da empresa executada, por dívida de natureza não tributária, diante de indícios de dissolução irregular, nos termos da legislação civil” (grifamos).

Antecipamos a tese firmada pelo STJ no julgamento do precitado repetitivo: “Em execução fiscal de dívida ativa tributária ou não-tributária, dissolvida irregularmente a empresa, está legitimado o redirecionamento ao sócio-gerente” (grifamos).

O passo dado pelo STJ, nesse julgamento, foi no sentido de firmar a responsabilidade pessoal dos sócios administradores também pelos débitos de natureza não tributária, sempre que verificada no âmbito da ação de execução fiscal a dissolução irregular da empresa. Para validar a conclusão, o relator do recurso representativo da controvérsia, eminente Ministro Mauro Campbell Marques, assentou que: (i) os fundamentos para responsabilização pessoal dos sócios administradores, em caso de dívida não tributária, podem ser encontrados também em dispositivos da legislação civil, sem dependência direta e necessária do texto do art. 135, III do CTN; (ii) o caráter de ilicitude (infração à lei) da dissolução irregular da pessoa jurídica não pode variar conforme a natureza do crédito inscrito em dívida ativa, pois tal variação implicaria a adoção de soluções distintas para razões de mesma ordem.

No que concerne aos dispositivos da legislação civil que reconhecem a responsabilidade pessoal do sócio administrador por ato de infração à lei, tome-se em consideração o vetusto (porém vigente) Decreto nº. 3.708/1919 (“Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada”), o qual dispõe que, via de regra, os sócios gerentes não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, salvo os atos praticados com violação da lei.

Já aí se nota que a “violação da lei” é causa suficiente à responsabilização pessoal do sócio administrador perante terceiros, o que torna dispensável a construção teórica a partir do art. 135, III do CTN. E, registre-se, sequer se mostraria razoável restringir o caráter ilícito da dissolução irregular à demanda executiva de crédito tributário, uma vez que nada justifica tal discrimen jurídico. Em outras palavras, como bem destacado pelo eminente relator no bojo do recurso especial de que aqui se trata:

“(...) ‘*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*’. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico “dissolução irregular” seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78—LSA no âmbito não-tributário, não havendo em nenhum dos casos a exigência de dolo como feita pela Corte de Origem”.

O voto do REsp 1.371.128/RS menciona, ainda, o art. 1.016 do CCB, que preconiza a responsabilidade solidária dos administradores perante terceiros prejudicados, por ato culposo cometido no desempenho de suas funções. Novamente, portanto, a

lei veicula comando que dispensa a aferição de dolo ou má-fé do sócio administrador, bastando para a responsabilização pessoal que o dito gestor atue culposamente – de modo negligente, por exemplo, olvidando os dispositivos legais que regem o processo de liquidação e baixa da sociedade empresária.

Ainda no Código Civil Brasileiro, destacam-se os arts. 1.150 e 1.151, que tornam ineludivelmente obrigatórios os atos de registro da liquidação e extinção das sociedades empresárias junto Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais. Os deveres jurídicos criados ao empresário são claros, dispondo-se que “Os documentos necessários ao registro deverão ser apresentados no prazo de trinta dias, contado da lavratura dos atos respectivos” (art. 1.151, §1º) e “As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora” (art. 1.151, §3º).

Importante citar, ainda, os arts. 2º e 32, II, “a” da Lei nº. 8.934/94 (“Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências”), que obrigam o arquivamento dos atos de dissolução e extinção de sociedades mercantis.

Do exposto até aqui, resumidamente, tem-se que: (i) a dissolução irregular da pessoa jurídica é inequivocamente um ilícito civil, dado que o Código Civil Brasileiro e a legislação comercial vigente obrigam o empresário não só a liquidar ativo e passivo da pessoa jurídica, como também a registrar formalmente os atos de dissolução e extinção no órgão competente; (ii) a responsabilização pessoal do sócio administrador que infringe a lei, deixando de promover os atos de liquidação e extinção da pessoa jurídica, é prevista tanto no art. 135, III do CTN como no art. 10 do Decreto nº. 3.078/1919, para não citar outros dispositivos similares (p. ex. art. 158 da LSA).

A tese firmada no Tema 630 do STJ, como já dito de início, reconhece a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal à pessoa do(s) sócio(s) administrador(es), independentemente da natureza do crédito público inscrito em dívida ativa, sempre que verificada a dissolução irregular da pessoa jurídica.

Postas as premissas e conclusões acima, pretende-se agora formular novo questionamento, ousando buscar a resposta no ordenamento positivo e à luz da jurisprudência do STJ. Questiona-se: a tese firmada no Tema 630 do STJ, dados os fundamentos do julgado, poderia ser manejada de forma a justificar e legitimar o redirecionamento de outras espécies de execução à pessoa do(s) sócio(s) administrador(es) da pessoa jurídica, sempre que verificada a sua dissolução irregular? Ou, mais especificamente, a fim de bem limitar o objeto do presente artigo: a tese firmada no Tema 630 do STJ poderia ser manejada de forma a justificar e legitimar o redirecionamento do cumprimento de sentença à pessoa do(s) sócio(s) administrador(es) da pessoa jurídica, sempre que verificada a dissolução irregular da pessoa jurídica executada?

Note-se, inicialmente, que tanto a Súmula 435 do STJ quanto a tese firmada no Tema 630 tratam especificamente da ação de execução fiscal – no primeiro caso, da execução fiscal de crédito tributário, e no segundo, da execução fiscal de crédito não-tributário. Tal circunstância autoriza a formulação de uma nova pergunta, que auxiliará na

busca de resposta ao primeiro questionamento: o redirecionamento da ação executiva ao sócio administrador é um fenômeno isolado e restrito à Lei nº. 6.830/80? Por que razão?

Salvo melhor juízo, quer parecer que a LEF não goza de qualquer peculiaridade que a torne palco exclusivo do redirecionamento executivo à pessoa do sócio administrador. É bem verdade que o art. 4º, V da LEF prevê expressamente a possibilidade de promoção da ação de execução fiscal contra o responsável por dívidas tributárias ou não tributárias de pessoas jurídicas de direito privado. O dispositivo, entretanto, faz remissão aos “termos da lei”, de modo a demonstrar que a regra de responsabilização pessoal do sócio administrador está fora da própria LEF, como visto há pouco (CTN, art. 135, III para os créditos tributários, para ficar nesse único exemplo). Além do que, pode-se afirmar com certo grau de segurança que os casos de sujeição passiva indireta não formam rol taxativo na indigitada lei especial (art. 4º), tratando-se de uma enunciação não exaustiva<sup>12</sup>. Dito de outro modo, ressalvado melhor entendimento, não se encontra no texto da LEF qualquer dispositivo circunstancial capaz de melhor acomodar o conceito ou a ideia do redirecionamento, uma vez que todos os preceptivos autorizadores do dito instituto se encontram em leis diversas, de ordem tributária ou não.

Nesse ponto, importa consignar que também o CPC prevê a sujeição dos bens do sócio à execução “nos termos da lei” (CPC, art. 790, II), deixando ver que a possibilidade de responsabilização pessoal do administrador não se afigura como fenômeno adstrito aos limites da ação de execução fiscal; sem ignorar, ainda, que “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei” (CPC, art. 795–grifamos). Dito de outra forma, muito embora os senhores ministros do STJ só tenham se debruçado sobre a questão do redirecionamento do feito executivo à luz da Lei nº. 6.830/80, não vislumbramos nesse momento qualquer peculiaridade atinente à LEF que a torne berço exclusivo do redirecionamento executivo à pessoa do sócio administrador.

Importante assentar, no ponto, que a expropriação de bens de terceiro (sócio) em processo executivo apenas ressalta a inquestionável distinção doutrinária entre os conceitos de débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), enquanto elementos obrigacionais<sup>13</sup>.

Por vezes, no âmbito processual, há descoincidência entre as figuras do devedor e do responsável<sup>14</sup>, evidenciando a existência de categorias distintas de responsabilidade patrimonial: a primária, quando há coincidência entre devedor e responsável; e a secundária, quando se observa a já citada descoincidência entre devedor e responsável<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. *A execução da dívida ativa da fazenda pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 210-211.

<sup>13</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Volume 2 – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 42.

<sup>14</sup> “A responsabilidade patrimonial opera, como dito, no campo processual, e não no substancial. Isto se dá porque a responsabilidade patrimonial não corresponde a uma relação entre credor e devedor, mas entre Estado e o responsável, podendo aquele invadir o patrimônio deste, para o fim de sujeitar bens que o integram, para permitir, assim, a atuação da vontade concreta do direito objetivo” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 194).

<sup>15</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.256.

Para exemplificar, dispositivos como o art. 790, II, IV e VII do CPC lançam hipóteses de responsabilização patrimonial secundária (“obrigação puramente processual”<sup>16</sup>), a qual se encontra sempre na dependência de expressa previsão em lei<sup>17</sup>. Na vigência do CPC revogado, o STJ manifestou expressamente que “(...) tais dispositivos [CPC/73, art. 592, II e 596] contêm norma em branco, vinculada a outro texto legal, de maneira que não podem—e não devem—ser aplicados de forma solitária. Por isso é que em ambos existe a expressão ‘nos termos da lei’” (REsp 401.081/TO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 15.05.2006).

Humberto Theodoro Júnior sublinha que “O não-devedor, destarte, pode também ser executado, mas apenas quando algum dispositivo legal de cunho objetivo (...) tiver tornado líquida e certa sua co-responsabilidade”<sup>18</sup>.

O que avulta, portanto, é que a responsabilidade patrimonial secundária do sócio administrador, em caso típico de dissolução irregular da pessoa jurídica, decorre naturalmente da aplicação de dispositivos da legislação tributária, civil/comercial e do CPC em vigor, sem qualquer inovação ou movimento hermenêutico ousado.

Assim, ressalvado melhor posicionamento, a tese fixada pelo STJ em seu Tema 630 parece autorizar uma conclusão mais ampla que aquela declinada pelos ministros julgadores, por questão de simples lógica argumentativa, do seguinte modo resumida: (i) se o redirecionamento da execução fiscal não tributária ao sócio administrador, em caso de dissolução irregular da pessoa jurídica, é juridicamente viável diante da prescindibilidade do art. 135, III para configuração da responsabilidade pessoal do sócio; (ii) se o ordenamento jurídico pátrio conta com inúmeros dispositivos aptos e suficientes à responsabilização pessoal do sócio administrador em caso de infração da lei; (iii) se a dissolução irregular da pessoa jurídica consubstancia infração à lei civil, fato sedimentado na doutrina e jurisprudência; (iv) se a LEF não dispõe de qualquer dispositivo específico que torne a execução fiscal palco exclusivo ou preferencial do redirecionamento; (v) se a figura do responsável patrimonial secundário não é estranha ao Código de Processo Civil, bastando para configuração de dita responsabilidade a existência de dispositivo(s) legal(is) que a preveja; então, por consequência direta e necessária, outras espécies de execução civil também podem se aproveitar do redirecionamento ao sócio em caso de dissolução irregular da empresa, eis que inadmissível a aplicação judicial de soluções diversas para idênticas razões (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositivo*).

A valer a conclusão acima lançada, portanto, nada impediria que o redirecionamento da execução vingasse também no âmbito do cumprimento de sentença, desde que verificada a dissolução irregular da pessoa jurídica – pressuposto suficiente à responsabilização pessoal do sócio administrador. Consoante assentado em sede introdutória, não são poucos os casos em que os devedores se servem da ação de embargos à execução

(LEF, art. 16) com a finalidade de retardar o andamento do feito executivo, ou mesmo para viabilizar de modo legítimo a discussão judicial de temas compreendidos como caros ao patrimônio da pessoa jurídica. Em ambos os casos, o fator “tempo” atua contra os interesses do credor, aumentando a possibilidade estatística de dissolução da pessoa jurídica antes da satisfação do(s) débito(s) consolidado(s). Natural, portanto, que não só a execução fiscal impugnada, mas também a execução da sentença dos embargos venham a restar prejudicadas ou inviabilizadas pela dissolução irregular da empresa devedora, de modo a reclamar medidas processuais compatíveis com o quadro fático (desolador) apresentado, dando-se especial relevo ao interesse do credor como pilar implícito da ordem econômica e financeira.

Desse modo, por exemplo, tanto a pessoa jurídica condenada ao pagamento dos ônus sucumbenciais na ação de embargos (ou outro processo de conhecimento) estaria normalmente sujeita à execução pelo art. 513 e seguintes do CPC, como também o(s) sócio(s) administrador(es) responsável pela dissolução irregular da empresa – desde que demonstrada tal circunstância objetiva, bem como o exercício formal do poder de administração pelo sócio redirecionado, observando-se a cláusula específica da última alteração do contrato social.

É bem verdade que o art. 513, §5º do CPC/15 parece obstar a pretensão de aplicação do redirecionamento no cumprimento de sentença (“O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento”).

A conclusão, porém, não pode ser precipitada.

A redação do CPC não surpreende, e está em consonância com a garantia constitucional do devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV). Não de hoje, “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros” (CPC/15, art. 506), o que também se lia no Código de 1973 (art. 472). De modo geral, portanto, prevalece a regra de que a execução de sentença abrange unicamente os atores participantes da formação do título executivo, assegurando que a obrigação afinal impingida aos executados tenha sido objeto de ampla discussão no processo de conhecimento.

Como exemplo, rememora-se a jurisprudência do STJ acerca do redirecionamento do cumprimento de sentença em ação de cobrança de taxa condominial<sup>19</sup>. Discute-se, em casos desse jaez, a possibilidade de incluir no polo passivo da execução o promitente vendedor do imóvel, quando a ação de cobrança foi ajuizada e julgada apenas contra o promitente comprador, ou vice-versa. Importante notar que, no exemplo em referência (cumprimento de sentença em ação de cobrança de cotas condominiais), o dever jurídico atribuível ao executado encontra origem na relação de direito material (propriedade do bem imóvel que gerou a cota condominial devida), reconhecida em sentença pelo julgador da ação de cobrança. Não estranha, nesse caso, que a ampliação subjetiva do

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 19ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999, p. 188.

17 MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 752.

18 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 25.

19 REsp 1.740.661, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, publicado em 07/08/2019: “(...) é assente nesta Corte Superior o entendimento de que deve haver uma vinculação entre o polo passivo da ação de conhecimento, na qual se formou o título executivo judicial, e o polo passivo da demanda executiva (...)”.

polo passivo seja vedada na execução de sentença, sob pena de vulneração da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (CF/88, art. 5º, LV) – isso no que se refere à pessoa do executado redirecionado. Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça não divergem quanto à aplicação do art. 568, I do CPC/73 (atual art. 779, I do CPC/2015).

Situação diversa se verifica no caso do sócio administrador que passa a integrar a execução por força de redirecionamento, determinado pela autoridade judiciária mediante constatação e reconhecimento da dissolução irregular da pessoa jurídica. Nesse caso, a inclusão de novo sujeito processual no polo passivo da execução não se justifica por alguma particularidade da relação jurídica de direito material, discutida à exaustão no processo de conhecimento. Bem por isso, desde que fundada na cláusula legal de responsabilização pessoal do administrador, a convocação de novos sujeitos para a formação da trama executiva não vulnera qualquer das garantias constitucionais processuais já referidas, como do devido processo legal e ampla defesa. Isso porque, na hipótese de redirecionamento executivo por dissolução irregular da empresa, o ônus atribuído ao sócio administrador decorre tão somente da infração à lei perpetrada – fenômeno absolutamente divorciado da relação jurídica de direito material que uniu autor e réu durante toda a tramitação do processo de conhecimento.

Consoante já adiantado, “A responsabilidade patrimonial consiste na possibilidade de algum ou de todos os bens de determinada pessoa ser submetido à expropriação executiva, pouco importando seja ela devedora, garante ou estranha ao negócio jurídico substancial”<sup>20</sup>. Trata-se de discernir a legitimidade passiva para a execução, que toma em consideração a pertinência subjetiva em relação à crise de adimplemento, da exequibilidade, que se refere à identificação do responsável pela satisfação da prestação vindicada, tenha ou não relação com o liame obrigacional de direito substancial<sup>21</sup>. A dissolução irregular da empresa, como causa da responsabilidade pessoal do sócio administrador, é circunstância superveniente e exógena ao processo de conhecimento, razão por que a participação desse sócio na formação do título executivo é não só prescindível, como também descabida.

A dissolução irregular, no caso aqui tratado, é a causa inaugural da responsabilidade pessoal. Antes dela, não existe lide contra o sócio administrador. Tal situação, a nosso ver, apenas escancara a reconhecida e impositiva distinção jurídica entre dívida (obrigação assumida no campo do direito substancial) e responsabilidade (sujeição patrimonial revelada em relação típica de direito processual).

É dizer, o redirecionamento nesse caso não afronta a Constituição da República, o comando do art. 513, §5º do CPC, ou mesmo a jurisprudência consolidada do STJ acerca do redirecionamento em sede de cumprimento de sentença. De fato, há que se obstar o redirecionamento da execução quando o novel executado que se quer trazer ao polo passivo não participou do processo de conhecimento; no entanto, tal regra não

20 CÂMARA JÚNIOR, José Maria. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JÚNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.808.

21 *Idem ibidem*, p. 1.808.

se há de aplicar quando o fundamento do redirecionamento está completamente divorciado da relação jurídica debatida no processo de conhecimento. A dissolução irregular, conforme já assentado, consubstancia infração à lei muitas vezes superveniente ao julgamento da ação, além de não relacionada ao objeto do processo originário. Não pode haver afronta à ampla defesa do executado redirecionado, por exemplo, se a dissolução irregular sequer existia ao tempo do processo de conhecimento.

Por outro lado, sequer é verdadeiro que o sócio administrador contra quem o cumprimento de sentença foi redirecionado não pode se defender na execução. Primeiramente, deve-se ressaltar que a única defesa cabível nesse momento processual (em caso de dissolução irregular) se refere à ocorrência ou não da antedita dissolução, questão que enxergamos como objetiva e de mínima complexidade fática e jurídica. Dado que a dissolução irregular configura situação de fato geralmente constatada em execução, momento em que o *status* patrimonial do devedor é legalmente devassado pelo credor, nada mais natural que a defesa seja produzida em sede executiva, no bojo do cumprimento de sentença (CPC, art. 525). Ilegitimidade de parte, inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação são matérias que a própria lei insere no rol de temas arguíveis em sede de impugnação ao cumprimento de sentença (CPC, art. 525, § 1º, II e III), de modo que o executado redirecionado poderá exercer seu direito de defesa sem qualquer embaraço, após regular convocação para integrar a relação processual em sede executiva (CPC, art. 238).

Ademais, ainda sobre o direito de defesa do executado redirecionado, importa notar que a situação do cumprimento de sentença não difere daquela verificada na execução fiscal, quando do redirecionamento por força da Súmula 435 do STJ. Também na execução fiscal o sócio administrador não participa da formação do título executivo. O sócio administrador, nessa hipótese, não é pessoalmente convidado a se manifestar sobre sua possível e eventual inclusão futura no polo passivo da execução fiscal, eis que a dissolução irregular da pessoa jurídica é evento futuro (em relação ao fato gerador da obrigação tributária) e incerto, impassível de suposição antecipada pela autoridade fiscal. Ainda assim, em caso de redirecionamento no bojo da execução fiscal, o sócio administrador se defende tanto nos autos executivos (quando a matéria versar questão de ordem pública cognoscível de ofício pelo juízo, sem necessidade de dilação probatória<sup>22</sup>), quanto por meio da ação autônoma de impugnação que entender cabível e pertinente, dado que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF/88, art. 5º, XXXV).

Ademais, imperioso constar que a modificação do polo passivo na fase de cumprimento de sentença, por si só, não parece algo absolutamente estranho à rotina do STJ. Independentemente do desfecho dado ao caso, a possibilidade de redirecionamento da execução de sentença esteve em pauta no julgamento dos Temas 467<sup>23</sup>, 468 e 632<sup>24</sup>.

22 Súmula nº. 393/STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

23 REsp 1.120.620/RJ, Rel. Min. Raul Araújo: “A concessão da exploração do serviço de transporte ferroviário de passageiros em favor da SUPERVIA, mediante prévio procedimento licitatório, não implicou sucessão empresarial entre esta e a FLUMITRENS”.

24 REsp 1.371.010/MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, desafetado em 16/05/2014. Questão submetida a julgamento: “Legitimidade passiva da BRASIL TELECOM S/A para responder pelas condenações impostas à

No REsp 225.051/DF<sup>25</sup>, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, discutiu-se a possibilidade de responsabilização da Igreja Presbiteriana do Brasil por débito oriundo de condenação judicial do Instituto Presbiteriano Nacional de Educação, uma vez demonstrado que o patrimônio do antedito instituto foi remanejado para unidades que compunham a Igreja Presbiteriana. A Igreja foi afinal incluída no polo passivo da execução, não sem a ressalva do relator no sentido de que tal inclusão “não adveio de sua participação anterior no processo de conhecimento, mas de sua responsabilidade subsidiária pelas dívidas contraídas pelo Instituto”. E da lavra da então Desembargadora Nancy Andrihgi, à fl. 185 daquele caderno processual: “(...) em que pese a ausência de qualidade de devedora, a Igreja Presbiteriana está sujeita ao processo executivo, agora na posição de responsável legal pelas dívidas da sociedade civil contraídas e não pagas. É *legitimada ordinária independente*, e não primária, por força do comando legal erigido no art. 1.375 do Código Civil, e do art. 592, inciso II do CPC” (grifo no original).

Não se extrai da jurisprudência do STJ, portanto, algum óbice de princípio ao redirecionamento em cumprimento de sentença. O que se necessita perquirir, caso a caso, é a existência de idôneo fundamento jurídico apto a embasar a responsabilização (sujeição patrimonial) de terceiro. No caso de redirecionamento do cumprimento de sentença à pessoa do sócio administrador, na hipótese de comprovada dissolução irregular da pessoa jurídica, quer parecer que todos os requisitos necessários à responsabilização do gestor se mostram presentes, na forma do alinhavado nas linhas precedentes.

Vislumram-se, é claro, algumas possíveis objeções à tese aqui lançada. O porte deste trabalho não autoriza, todavia, o enfrentamento minucioso de tais temperamentos.

Poder-se-ia alegar, inicialmente, que o julgamento do Tema 630 pelo STJ se deu antes da vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015), e que a previsão de um incidente específico para desconsideração da personalidade jurídica no novo diploma processual civil (art. 133 e seguintes) melindraria a conclusão adotada pela Corte Superior na apreciação do repetitivo.

Com todas as vênias, não parece ser o caso.

Muito embora o texto legal seja explícito quanto ao cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no cumprimento de sentença (CPC, art. 134), tal expediente só encontra sentido e utilidade quando utilizado na perscrutação dos

Telecomunicações de Mato Grosso do Sul–Telems S/A em ações decorrentes dos contratos de planta comunitária de telefonia – PCT”.

25 PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL. ART. 592, CPC. OFENSA À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. VÍNCULO SOCIETÁRIO. OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE (SCHULD E HAFTUNG). DISREGARD DOCTRINE. INVOCAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. RECURSO DESACOLHIDO. I–O princípio da responsabilidade patrimonial, no processo de execução, origina-se da distinção entre débito (Schuld) e responsabilidade (Haftung), admitindo a sujeição dos bens de terceiro à execução judicial, nos limites da previsão legal. II–A responsabilidade pelo pagamento do débito pode recair sobre devedores não incluídos no título judicial exequendo e não participantes da relação processual de conhecimento, considerados os critérios previstos no art. 592, CPC, sem que haja, com isso, ofensa à coisa julgada. III–O processo de conhecimento e o de execução têm autonomia, cada qual com seus pressupostos de existência e validade. Enquanto no primeiro se apura a obrigação, no segundo se permite ao credor exigir a satisfação do seu direito. (STJ – REsp 225.051/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07/11/2000)

“pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica” (CPC, art. 134, §4º), mais especificamente o “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial” (CCB, art. 50). A dissolução irregular da sociedade empresária, porém, não se situa na órbita do abuso da personalidade jurídica. Eventual instauração de incidente de desconsideração nessa hipótese, salvo melhor juízo, careceria inclusive de objeto, uma vez que não haveria qualquer elemento subjetivo a ser perquirido incidentalmente ao caso concreto. Ora, a dissolução irregular é situação objetivamente constatável, e o próprio STJ fixou suas balizas conceituais<sup>26</sup>.

O mesmo STJ já assentou, também, que a dissolução irregular da pessoa jurídica não configura abuso de personalidade, tornando descabidas as elucubrações em torno do art. 50 do CCB<sup>27</sup>. De fato: a dissolução irregular é ilícito que dispensa investigação incidental, porque ausente de seu núcleo o necessário dolo de fraudar ou lesar terceiro.

Não bastasse sua feição objetiva, independente de dolo ou má-fé, a dissolução irregular opera ainda uma inversão do ônus probatório<sup>28</sup>, incumbindo ao sócio elidir a irregularidade da extinção ou demonstrar não ter agido com culpa (negligência). Não há, para o credor exequente, necessidade de qualquer “acertamento” prévio para a configuração da qualidade de responsável<sup>29</sup>, atribuível ao sócio administrador da empresa que se dissolveu irregularmente.

Tem-se, para o redirecionamento e a desconsideração da personalidade jurídica, distintos âmbitos de aplicação, a demonstrar que o novo CPC não abalou em nada a viabilidade jurídica da responsabilização direta dos sócios em sede executiva. Também nesse sentido caminham as ainda atuais lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Não é qualquer sócio responsável pelas dívidas da sociedade, mas apenas aqueles definidos em lei; ora, a lei prevê situações em que a responsabilidade do sócio é direta, situações nas quais não se pode falar em desconsideração da personalidade jurídica. Não se pode, pois, confundir a desconsideração com a responsabilidade pessoal do sócio por obrigação da sociedade. Para se cogitar da desconsideração, é preciso que o sócio não seja alcançado de outra forma que não seja pelo afastamento da personalidade jurídica [Humberto Theodoro Júnior. Partes e terceiros na execução. Responsabilidade patrimonial (RP 100/139)]”<sup>30</sup>.

26 “(...) a certidão emitida por oficial de justiça, atestando que a empresa devedora não funciona mais no endereço constante dos seus assentamentos na junta comercial, constitui indício suficiente de dissolução irregular e autoriza o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes”. (STJ – AgInt no REsp 1.587.168/SE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16/05/2019)

27 “(...) a jurisprudência desta Corte de Justiça tem sinalizado em sentido diametralmente oposto, deliberando não se caracterizar abuso da personalidade jurídica, para os fins da desconsideração de que trata o citado art. 50 do Código Civil de 2002, a mera demonstração de dissolução irregular sociedade empresária ou de insolvência da pessoa jurídica” (STJ – AgInt nos EDcl no AREsp 960.926/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13/12/2016).

28 “Quando há dissolução irregular da sociedade, o ônus da prova se inverte e o gerente da sociedade, incluído na execução fiscal, poderá demonstrar não ter agido com dolo, culpa, excesso de poder ou mediante fraude. Nesse sentido: REsp 1.017.732/RS e AgRg no REsp 813.875/RS” (STJ – REsp 1.746.008/MS, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 26/06/2018).

29 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 25.

30 NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.653.

Após discorrer sobre a desconsideração da personalidade jurídica, comentando o art. 592, II do CPC/73, Ovídio Baptista da Silva rememora que “Além desses casos de responsabilidade anormal do sócio, outros poderão ocorrer em que o vínculo de responsabilidade perante dívidas da sociedade decorra da própria lei ou do contrato, como nas hipóteses em que o sócio responda solidariamente pelas obrigações sociais”<sup>31</sup>. O renomado processualista distingue, portanto, as figuras da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilização patrimonial direta, ressaltando que esta última decorre de previsão legal expressa (v.g. art. 135, III do CTN; art. 10 do Decreto nº. 3.708/1919; art. 158 da Lei nº.6.404/76; art. 1.016 do CCB; etc).

Amador Paes de Almeida, autor da lição abaixo transcrita, segue na mesma direção, louvando-se em escólio similar de Fábio Ulhôa Coelho<sup>32</sup>:

“(…) o comportamento dos sócios que agem com dolo ou culpa, em violação da lei ou do estatuto, não pode ser imputado senão aos próprios administradores, que, em casos tais, são responsáveis pelos prejuízos que venham a causar a terceiros, por força da legislação em vigor, independentemente de se invocar a *disregard doctrine*.

(…) o uso abusivo da sociedade, a fraude, como artifício para prejudicar terceiros, levado a efeito ‘dentro de presumida legalidade’, é que, a nosso ver, autorizam a aplicação da *disregard*”<sup>33</sup>.

Não há se confundir, portanto, o âmbito de aplicação de um incidente processual voltado à superação episódica<sup>34</sup> da personalidade jurídica da sociedade empresária, em caso de fraude, abuso, ou simples desvio de função, com a hipótese de responsabilidade patrimonial do sócio administrador, em caso de fato objetivo (dissolução irregular) rotulado expressamente pela própria lei como ilícito.

Bem por isso, está-se de acordo com o fundamento (mas não necessariamente com o desfecho final do processo) de decisões do STJ que afastaram a desconsideração da personalidade jurídica em caso de dissolução irregular<sup>35</sup>, eis que de fato não se trata de hipótese de aplicação da *disregard doctrine*. A dissolução irregular enseja pura e simples responsabilização patrimonial secundária, conclusão avalizada pela tese firmada no Tema 630 do STJ. A questão, no entanto, não está pacificada, havendo decisões do próprio STJ que enxergam na dissolução irregular causa suficiente à desconsideração da personalidade jurídica<sup>36</sup> – interpretação esta que, diga-se de passagem, goza de inegável

31 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil, Volume 2 – Execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 74.

32 COELHO, Fábio Ulhôa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 38.

33 ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios – Obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 165-166.

34 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil–Parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, volume 1, 2015.

35 “A mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si só, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica” (AgRg no REsp 1173067/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 12/06/2012).

36 “Do encerramento irregular da empresa presume-se o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial, apto a embasar o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para se buscar o patrimônio individual de seu sócio (REsp 1.259.066/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/06/2012)” (STJ–AgRg no AREsp 589.662/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/03/2015). Importantíssimo destacar, ainda, o quanto decidido no REsp 1.315.166/SP, em que pese o referido caso não ter

substância e alguma razoabilidade.

É caso, pensa-se, de interpretar e aplicar a tese firmada no Tema 630 com rigor lógico, sob de casuísmo e arbitrariedade no manejo do precedente vinculante (CPC, art. 927, III).

### 3. CONCLUSÃO

O que se extrai, portanto, da própria lógica que conduziu a construção da tese firmada no Tema 630 do STJ, ressalvado melhor posicionamento, é que: (i) o redirecionamento da execução à pessoa do sócio administrador, em caso de dissolução irregular da pessoa jurídica, não se mostra aplicável tão somente às execuções regidas pela Lei nº. 6.830/80, na medida em que tal diploma normativo não veicula qualquer norma peculiar ou específica a justificar a exclusividade do tratamento; (ii) no cumprimento de sentença, que desde a reforma legislativa de 2005 consubstancia fase processual de natureza executiva, não se pode supor que um mesmo fato (dissolução irregular da pessoa jurídica) implique consequência jurídica diversa no plano processual, máxime diante da inexistência de norma jurídica a justificar tal discrimen; (iii) não se está, salvo melhor juízo, a vilipendiar qualquer direito ou garantia fundamental do sócio redirecionado em cumprimento de sentença, eis que sua inclusão no polo passivo da execução se deve a fato superveniente e não diretamente relacionado ao conteúdo do título executivo, preservado o direito de defesa e a cláusula de amplo acesso ao Poder Judiciário; (iv) as conclusões assentadas nos itens anteriores não enfraquecem em nada o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, dada a distinção do seu âmbito de aplicação em relação ao redirecionamento executivo; (v) nada parece impedir, aproveitando a deixa lançada na introdução deste artigo, que a Fazenda Pública se aproveite do redirecionamento executivo à pessoa do sócio administrador, em caso de dissolução irregular da pessoa jurídica, tanto na execução fiscal (Súmula 435 do STJ) quanto no cumprimento de sentença da ação de embargos julgada improcedente (com fixação de honorários advocatícios), neste último caso com fulcro na tese do Tema 630 do STJ, ampliativamente interpretada.

Não se pode dar as costas, negligentemente, ao fato de que o processo de execução

sido enfrentado à luz dos argumentos desenvolvidos ao longo do presente trabalho. Extraído da ementa do referido acórdão: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente” (Súmula 435 do STJ), entendimento este restrito à execução fiscal, não permitindo o imediato redirecionamento ao sócio da execução de sentença ajuizada contra a pessoa jurídica, no caso de desconsideração de sua personalidade, na hipótese de não ser localizada no endereço fornecido à junta comercial. (...) A dissolução irregular da sociedade empresária, presumida ou, de fato, ocorrida, por si só, não está incluída nos conceitos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial a que se refere o art. 50 do CC/2002, de modo que, sem prova da intenção do sócio de cometer fraudes ou praticar abusos por meio da pessoa jurídica ou, ainda, sem a comprovação de que houvesse confusão entre os patrimônios social e pessoal do sócio, à luz da teoria maior da *disregard doctrine*, a dissolução irregular caracteriza, no máximo e tão somente, mero indício da possibilidade de eventual abuso da personalidade, o qual, porém, deverá ser devidamente demonstrado pelo credor para oportunizar o exercício de sua pretensão executória contra o patrimônio pessoal do sócio” (STJ – REsp 1.315.166/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 16/03/2017). Gize-se que o referido recurso especial chegou ao STJ com alegação de violação do art. 50 do CCB; em outras palavras, tratou-se de caso em que o próprio credor requereu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, de modo que o STJ não enfrentou a possível distinção entre desconsideração da personalidade jurídica e mero redirecionamento do feito executivo por responsabilidade patrimonial secundária, tampouco abordando os pressupostos e a final conclusão do Tema 630 da Corte.

genericamente considerado (sem o qual, por mais das vezes, não se tem completa tutela jurisdicional<sup>37</sup>) perde diuturnamente crédito e realce no cotidiano forense, principalmente pela falta de eficácia na recomposição do patrimônio do credor.

É chegado o momento, também, de reconhecer e/ou aceitar que as decisões normativas (parlamentares) e judiciais induzem comportamentos específicos dos agentes sociais e econômicos. Em outras palavras, “Leis e decisões judiciais são importantes não por possuírem um valor em si, mas pelos efeitos causados em relação ao grupo que pretendem atingir—ou que atingem não intencionalmente”<sup>38</sup>.

Aplicando-se mirada interdisciplinar ao objeto do presente estudo, urge reconhecer que a autonomia científica do direito processual civil não retira sua feição de engrenagem de um sistema amplo e complexo. O processo civil não existe “fora” da economia:

Na perspectiva de sua estrutura, a abertura do processo civil às ciências que estudam o comportamento humano, em especial à perspectiva da nova economia institucional, é útil na medida em que permite que se compreenda o processo como uma instituição cuja mecânica de incentivos aos comportamentos dos participantes deve ser estruturada na forma de arranjos institucionais adequados ao fim de dar tutela aos direitos. (...) Em seu aspecto econômico, o conjunto de normas que estruturam o sistema processual pode ser concebido como um sistema de incentivos ao comportamento dos sujeitos processuais<sup>39</sup>.

Não se pode perder de vista, portanto, que decisões judiciais obstrutivas do interesse do credor (como quaisquer outras decisões) orientam as ações futuras dos jurisdicionados, gerando impactos que transcendem a órbita da ação de execução individualmente considerada, ou a expropriação como mero ato instrumental isolado. A construção de um arcabouço jurisprudencial favorável à blindagem patrimonial do(s) sócio(s) administrador, sem o abono de dispositivos legais e princípios jurídicos claramente determinantes dessa postura, é prática que tende a disseminar insegurança jurídica<sup>40</sup>, inibindo a circulação de bens e serviços. Não é dada a opção de ignorar o fenômeno econômico que perpassa a construção do edifício jurídico. Uma análise econômica do Direito, indispensável em tempos de valorizada interdisciplinaridade, parte necessariamente da “premissa de que os agentes econômicos se comportam de forma racional, maximizando seus benefícios líquidos e utilizando toda informação disponível em seu processo de tomada de decisão”<sup>41</sup>.

37 “(...) o processo, ainda que vocacionado à descoberta da existência do direito afirmado, destina-se a prestar tutela jurisdicional à parte que tem razão, o que não acontece quando se profere sentença de procedência dependente de execução” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, volume 2, p. 693).

38 BODART, Bruno; FUX, Luiz. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 02.

39 ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter institucional e estratégico do fenômeno processual*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 381-382.

40 Considerar, ainda nesse sentido, a preocupação estampada na exposição de motivos do Novo CPC (Lei nº. 13.105/2015): “O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta”.

41 TABAK, Benjamin Miranda. *Análise econômica do Direito. Proposições legislativas e políticas públicas*. Revis-

Por certo, não se quer sustentar a ideia de que qualquer ato ou decisão volta-dos à defesa do patrimônio material e imaterial do devedor consubstanciam heresia ou insegurança jurídica; ou que a decisão judicial deva buscar orientação e colher sua validade de teorias econômicas apartadas das regras jurídicas vigentes; ou que o exercício prático da tutela de garantias processuais e constitucionais não possa ou deva, por vezes, contradizer o senso comum do mercado. Da mesma forma, não se despreza ou questiona a plena subsistência da regra geral, que é de absoluta autonomia patrimonial<sup>42</sup> da pessoa jurídica em relação aos sócios<sup>43</sup>. O ponto, parece-nos, reside na necessidade de tomar em consideração que a opção ideológica por um “garantismo debitório” exacerbado implica consequências que vão muito além do caso concreto em julgamento. Para além da dignidade do devedor, há que se ponderar não só acerca da dignidade do credor e de toda a rede de indivíduos dependentes da satisfação do crédito, como também da responsabilidade social do julgador e dos efeitos indiretamente decorrentes do provimento judicial executivo. Não é tarefa simples.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter institucional e estratégico do fenômeno processual**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios – Obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BODART, Bruno; FUX, Luiz. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). “Justiça em números 2019”. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>>, acessado em 17/09/2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. **Lei de Execuções Fiscais**: LEF. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm)>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades Por Ações**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. **Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e Das Outras Providências**. Brasília, 18 nov. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm)>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL, Lei nº 4.320. **Normas Gerais de Direito Financeiro Para Elaboração e Contrôles dos Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal**. Brasília, 17 abr.

ta de Informação Legislativa, Ano 52, Número 205, jan/mar 2015, p. 333.

42 COELHO, Fabio Ulhoa. *Novo Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 30ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 140.

43 “A regra legal a observar é a do princípio da autonomia da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes, distinção que só se afasta provisoriamente e tão só em hipóteses pontuais e concretas” (STJ—REsp 1.245.712/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11/03/2014).

1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm)>. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº. 4.257/2019. Ementa: Modifica a Lei nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?d-m=7984784&ts=1568749392407&disposition=inline>>. Acesso em 30/09/2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Novo Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 30ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil-Parte geral. Volume 1**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, volume 2.

NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SEBRAE (Outubro/2016), intitulado "Sobrevivência das empresas no Brasil", disponível em <<https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-102016.pdf>>

SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A execução da dívida ativa da fazenda pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil, Volume 2 – Execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TABAK, Benjamin Miranda. **A análise econômica do Direito. Proposições legislativas e políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa, Ano 52, Número 205, jan/mar 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 19ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Volume 2 – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 42.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JÚNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.256.

## A PRÉVIA BUSCA DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO PARA ACESSO JUDICIAL COM BASE NO RE 631240<sup>1</sup>

Bruno de Macedo Dias<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O acesso à Justiça e a exigência de prévia provocação administrativa. 3. Proposta de parâmetros com base no Recurso Extraordinário 631.240. 4. Construção de uma Justiça Administrativa prévia e constitucional. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas

**RESUMO:** É constitucional o estabelecimento de prévia busca de Justiça Administrativa e o esgotamento de prazo razoável para decisão, desde que ela se pautar por três valores fundamentais: celeridade, simplicidade e eficácia. A lógica adotada é a mesma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 631240. Não há ofensa ao acesso à Justiça, pois esse mecanismo servirá justamente para viabilizá-lo, com redução do volume de processos.

### 1. INTRODUÇÃO

Durante curso de mestrado realizado em dupla titulação entre a Universidade do Vale do Itajaí e a Universidade de Alicante (Espanha), este autor concentrou seus esforços no estudo do fenômeno da judicialização excessiva, que resultou no que se concluiu em uma crise de sustentabilidade da prestação jurisdicional. Como antídoto, propôs a constitucionalidade do uso de meios alternativos de solução de controvérsia prévios e obrigatórios para reduzir dramaticamente o volume de processos judiciais. A referida pesquisa resultou na obra **A constitucionalidade de filtros ao Acesso à Justiça para assegurar o funcionamento sustentável do Poder Judiciário**<sup>3</sup>.

Após o amadurecimento das ideias trabalhadas naquela obra, chega-se a conclusão de que o problema merece uma abordagem especial e específica para os processos

<sup>1</sup> Estudo apresentado no Congresso Nacional de Procuradores do Estado e do Distrito Federal de 2017, realizado no Estado de São Paulo, cuja participação foi proporcionada pela Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina.

<sup>2</sup> Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí (Univali) Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí (Univali). *Master en Derecho Ambiental e de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante/ESP. Especialista em Direito Material e Processual Civil pelo CESUSC/ESMESC. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

<sup>3</sup> DIAS, Bruno de Macedo. **A constitucionalidade de filtros ao Acesso à Justiça para assegurar o funcionamento sustentável do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

judiciais da Administração Pública, tanto pela facilidade de se visualizar uma alternativa ao tema quanto pela parcela considerável que tais demandas judiciais representam no universo de demandas judiciais.

Embora as ações relativas à Administração Pública possam versar sobre inúmeros temas, observa-se que a quase totalidade dos conflitos decorrem de divergências entre os órgãos do Poder Público e os servidores, administrados, contratados ou contribuintes. Também é frequente que inúmeras demandas versem sobre idêntica matéria, de forma que a consolidação rápida de um entendimento da Administração Pública tem o potencial de evitar os conflitos subsequentes, especialmente quando se verifica uma posição equivocada interna, que resultaria em uma inevitável derrota judicial.

A solução proposta é a construção de uma Justiça Administrativa célere, simples e eficiente, cuja atuação possa convencer o Poder Judiciário de que a intervenção judicial imediata, como regra, é desnecessária e incorreta. Com isso, tem-se primeiro a tentativa de solução administrativa do conflito, sem que se admita um ajuizamento que atrepele esse procedimento.

Com a evolução desse procedimento e consolidação de sua reputação perante a comunidade jurídica, é possível cogitar um futuro no qual tais decisões adquiram prestígio semelhante ao do Juízo Arbitral<sup>4</sup>, no qual a análise judicial é limitada aos requisitos formais, salvo existência de má-fé.

Para que se comece a trilhar esse caminho, primeiramente, é indispensável analisar se seria constitucional a exigência de prévia busca e análise administrativa como requisito para ingressar com uma demanda judicial. Propõe-se que essa abordagem seja feita com base no conceito de acesso à Justiça e no RE 631.240<sup>5</sup>.

## 2. O ACESSO À JUSTIÇA E A EXIGÊNCIA DE PRÉVIA PROVOCAÇÃO ADMINISTRATIVA

A rigor, qualquer discussão sobre a limitação de ingresso com ação perante o Poder Judiciário é imediatamente contrastada com o a garantia do acesso à Justiça. Tal garantia, contudo, é pouco estudada e compreendida quanto ao seu verdadeiro alcance, de modo que seu exercício não é dissociado do seu abuso. Como consequência, tem-se que o manejo desenfreado desse instrumento acaba por torná-lo inviável.

Primeiramente, deve-se resgatar o conteúdo constitucional do art. 5º, XXXV, no qual o acesso à Justiça é consagrado: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>6</sup>.

4 Vide artigos 31 a 33 de BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2017.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240**. Tribunal Pleno. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF. Julgado em 03 de setembro de 2014. Publicado no diário de justiça de 07 de novembro de 2014.

6 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Duas ponderações já podem ser feitas: (i) a Constituição não assegura ilimitado direito de provocação ao Poder Judiciário, ao limitar o acesso aos casos de lesão ou ameaça de lesão ao direito; (ii) sempre que a exigência de tentativas extrajudiciais não implicar real ameaça ou lesão ao direito, não há ofensa alguma ao instituto.

A situação fica mais profunda, contudo, ao se perceber o óbvio – a Constituição Federal não é formada de um único inciso e nenhuma garantia é absoluta ao ponto de poder subjugar as demais.

Essa ideia, na verdade, é convergente com a atual noção de acesso à Justiça qualificado. Enquanto uma visão clássica (formal) limitava o instituto ao direito de provocar o Poder Judiciário, o conceito moderno (material) prevê que não basta o direito de petição. É necessária uma resposta tempestiva, por Juiz natural (que realmente conheça o processo), com ampla defesa e contraditório, devido processo legal e análise qualificada dos requerimentos.

Neste sentido:

Com efeito, por meio do Estado democrático, em especial na segunda metade do século XX, o direito de acesso à justiça encontrou terreno fértil para florescer e firmar-se como direito fundamental por excelência, embora já se tivesse feito reconhecer anteriormente como direito humano.

Essa valorização do direito de acesso à justiça fez surgir um movimento em prol da ampliação e da efetividade da prestação jurisdicional, cobrando do Estado uma justiça mais justa e célere<sup>7</sup>.

Humberto Theodoro Júnior acrescenta:

Tutela jurisdicional efetiva, adequada e justa somente seria a disponibilizada às partes com observância e respeito aos ditames garantísticos da Constituição. Deixou de ser significativa a antiga distinção entre direito processual constitucional e direito processual comum. Todo o direito processual, direito ao acesso à justiça, se viu envolvido pelo manto da constitucionalidade, traduzido na declaração de garantia de *processo justo* em substituição à velha noção de devido *processo legal*<sup>8</sup>.

Outrossim, o abuso do direito de acesso à Justiça por uns pode inviabilizar a mesma garantia aos demais, que realmente precisem dela, diante da sobrecarga do Poder Judiciário em patamares sem precedente.

Os números sobre o problema da crise de Judicialização são densos de modo que se recomenda a leitura da obra referida na introdução para aprofundamento. Por celeridade, exemplifica-se a situação no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e, na sequência,

Acesso em: 27 jun. 2017.

7 ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. P. 80.

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil**. In: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. V. III. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-a-cesso-a-justica-constituicao-e-processo-desafios-constitucionais-da-reforma-do-processo-civil-no-brasil>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho entre 2004 e 2013:

Em 1994, foram 10.187 processos distribuídos e 9.580 julgados. Em 2002, chegou-se a 30.658 casos novos e 29.292 julgados, respectivamente. Em 2013, já com base nos dados do Conselho Nacional de Justiça aportaram 78.323 casos novos e foram julgados 107.422 processos no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

[...]

Esse simples levantamento [Justiças Estadual, Federal e do Trabalho entre 2004 e 2013] permite algumas interessantes conclusões: o número total de processos que aguarda julgamento (estoque) aumentou aproximadamente 114% (cento e catorze por cento), enquanto o número de casos novos é 38,62% (trinta e oito vírgula sessenta e dois por cento) superior ao levantamento de 2004.

A população brasileira, entre 2004 e 2013, mesmo período adotado para a comparação dos dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, passou de 181.581.024 (cento e oitenta e um milhões, quinhentos e oitenta e um mil e vinte e quatro) pessoas para 201.032.714 (duzentos e um milhões, trinta e duas mil, setecentos e catorze) pessoas, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Portanto, esta cresceu, pelas estimativas oficiais, praticamente 10,71% (dez vírgula setenta e um por cento) entre os dez períodos de análise, ou pouco mais de 1% (um por cento) ao ano. A taxa de crescimento do número de litígios novos, entretanto, é 3,6 (três vírgula seis) vezes maior, enquanto que o estoque teve um crescimento dez vezes mais rápido que a população<sup>9</sup>.

Chega-se, então, a outro grave problema: qual é a capacidade de julgamento com qualidade por magistrado. Sem aprofundar a questão<sup>10</sup>, novamente, exemplifica-se o problema com base em estudo realizado por Eduardo Jobim<sup>11</sup>. Segundo o autor, a Suprema Corte americana julgava uma média anual de 120 processos, e a reduziu para 80. No Supremo Tribunal Federal, cada Ministro somava, em média, 4.133 decisões monocráticas por semestre – sem incluir as decisões colegiadas. Ou seja, “Trazidos esses números, e comparados os dois países, veremos que o número de decisões, por ano, da Suprema Corte Americana é próximo do número de decisões que cada Ministro profere, individualmente, no STF, por semana<sup>12</sup>.”

É flagrante a situação insustentável do volume de demandas judiciais. Medidas que busquem reduzir essas ações e direcionadas para soluções extrajudiciais não ofendem o acesso à Justiça. É justamente o contrário. Tais medidas são a única solução para um acesso à Justiça verdadeiro.

Qual seria, então, a relevância da Justiça Administrativa para esse cenário de insustentabilidade da prestação jurisdicional?

<sup>9</sup> DIAS, Bruno de Macedo. **A constitucionalidade de filtros ao Acesso à Justiça para assegurar o funcionamento sustentável do Poder Judiciário**. p. 71-74.

<sup>10</sup> Para interessados em aprofundar-se sobre esse tema, recomenda-se a obra referida na introdução.

<sup>11</sup> JOBIM, Eduardo. A interpretação Econômica do Direito e a Duração Razoável do Processo: análise de mecanismos alternativos para solução de litígios. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord). **O Processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 60-63.

<sup>12</sup> JOBIM, Eduardo. A interpretação Econômica do Direito e a Duração Razoável do Processo: análise de mecanismos alternativos para solução de litígios. p. 60-63

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, 22,77% das demais judiciais apresentam litigantes do setor público (federal, estadual ou municipal)<sup>13</sup>. O volume é considerável. Evitar que tais demandas cheguem ao Poder Judiciário reduzirá o trabalho e o custo deste, trará economia ao Poder Público por não ter que elaborar as defesas judiciais e acrescentará estabilidade ao reduzir as inúmeras ordens judiciais recebidas diariamente pelas Procuradorias Gerais do Estado e do Distrito Federal.

### 3. PROPOSTA DE PARÂMETROS COM BASE NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 631.240

Em 07.11.2014, o Excelso Pretório decidiu, em matéria de repercussão geral, que não é inconstitucional, nem ofende o direito de acesso à Justiça, exigir que o beneficiário apresente requerimento administrativo e aguarde o prazo legal para análise, como condição para poder ingressar com ação judicial em face do Instituto Nacional do Seguro Social.

Extrai-se do primeiro trecho da ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo<sup>14</sup>.

O julgamento foi de certo modo surpreendente, diante da postura da Corte Constitucional e de todos os demais Órgãos Jurisdicionais de supervalorizar o direito de peticionar junto ao Poder Judiciário. A sua leitura, contudo, é bastante esclarecedora.

De modo simplista, para uma decisão tão extensa e complexa, podem ser destacados quatro aspectos que levaram a decisão: (A) o excesso de judicialização, que sobrecarregou o Poder Judiciário e inviabilizou a análise célere e adequada dos processos; (B) sem a provocação administrativa, não existiria o conflito, pois não há resistência à pretensão; (C) um reconhecimento de estabilidade e evolução do procedimento administrativo; (D) a ideia de proteção jurídica, em substituição da proteção jurisdicional. Serão abordados os três últimos aspectos, com ênfase para o terceiro.

A noção de pretensão resistida é bastante simples e advém das origens do processo civil. O litígio (ou lide) é caracterizado por um interesse de um (pretensão) em choque com o interesse de outro (resistência). Sem uma posição da administração, não é possível presumir a resistência:

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias

<sup>13</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Os 100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2014.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240**.

administrativas<sup>15</sup>.

É defensável a aplicação da mesma ideia para a Justiça Administrativa.

O aspecto mais importante, contudo, foi o reconhecimento de excelente utilidade na atuação administrativa do órgão previdenciário. Os Ministros reconheceram que a esfera administrativa teria maior rapidez que o pronunciamento judicial, seria mais acessível (há mais agências que unidades da Justiça Federal) e frequentemente deferiria o direito ora judicializado. Ou seja, o Poder Judiciário estava recebendo um volume absurdo de ações possivelmente inúteis e, pasmem, em detrimento do interesse do beneficiário.

Podem ser identificados três elementos chaves na valorização outorgada pelo Poder Judiciário ao ente previdenciário: celeridade, simplicidade e eficácia.

Partiu-se do pressuposto de que não seria possível um requisito para o ingresso de ação que fosse demasiadamente demorado, complexo ou resultasse em um inevitável indeferimento.

Sob a ótica da celeridade, destaca-se a manifestação dos Ministros:

22. Os atendimentos no INSS hoje são feitos por agendamento, o que eliminou as conhecidas filas que se formavam antes da abertura das agências. O tempo médio entre o agendamento e o efetivo atendimento é de vinte dias. O beneficiário passa aproximadamente uma hora dentro da agência, sendo trinta minutos antes de ser chamado pelo atendente e trinta minutos durante o atendimento. Excetuados os benefícios que dependem de perícia, mais da metade dos pedidos é respondida no momento do próprio atendimento, exigindo-se diligências dos restantes. Nestes últimos, o tempo médio de espera pela decisão é de 30 dias. Para agendamento de perícia, o tempo médio de espera está entre 20 e 30 dias.

[...]

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)–Ministro Gilmar, há um ponto que não mencionei no meu voto, Vossa Excelência acaba de mencionar, que eu gostaria de destacar. O requerimento administrativo tem prazo: 45 dias. Nenhum processo judicial termina em 45 dias. É claro que o advogado, é a tendência natural, gosta de judicializar mesmo, mas o interesse do segurado é pedir administrativamente. É muito mais rápido<sup>16</sup>.

No tocante à simplicidade, colhe-se:

56. Por fim, alega-se que muitos beneficiários não teriam condições de percorrer longas distâncias para ingressar com um requerimento administrativo, o que deveria justificar o acesso direto ao Poder Judiciário. Porém, segundo dados disponíveis na página eletrônica da Previdência (<http://agencia.previdencia.gov.br/e-aps/servico/741>), o INSS hoje possui mais de 1.500 (mil e quinhentas) unidades de atendimento, fixas e móveis. Além do atendimento presencial, existe a Central de Atendimento 135, que permite a obtenção de informações e a formulação de requerimentos e agendamentos por telefone, gratuitamente. No ano de 2012, a referida central realizou um total de quase cinquenta e oito milhões de atendimentos. Além disso, a página eletrônica da Previdência presta

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240.**

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240.**

serviços semelhantes, e, segundo os memoriais ofertados, recebe mais de sessenta milhões de visitas por ano.

[...]

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI–Vossa Excelência me permite? Está se afirmando: “Não tem agência, então procura o juiz”. Ora, onde não há agência é muito menos provável que exista comarca. E muito menos Justiça Federal<sup>17</sup>.

Sob o prisma da eficácia, extrai-se:

31. Isto porque, como previsto no art. 88 da Lei nº 8.213/1991, o serviço social do INSS deve “esclarecer junto aos beneficiários seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade”. Daí decorre a obrigação de a Previdência conceder a prestação mais vantajosa a que o beneficiário faça jus, como prevê o Enunciado nº 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social (“A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”)<sup>18</sup>.

A razoabilidade da decisão judicial é indiscutível. Não seria admissível um pressuposto para ação judicial que fosse apenas um obstáculo a ser transposto pelo autor, com perda inútil de tempo e esforço. A conclusão a qual chegou a Corte Constitucional decorreu necessariamente da qualidade do instrumento discutido, ainda que não seja perfeito.

Por fim, não menos importante é a mudança de ótica proposta no julgado. Quando o Constituinte originário preserva o direito de levar à Justiça uma lesão ou ameaça (verdadeira) de lesão a direito, ele não pretendeu criar, necessariamente, uma proteção jurisdicional. Sempre que existir uma alternativa para proteção jurídica do direito, ela atende o requisito constitucional:

O Brasil é um dos países com um dos maiores índices de judicialização. Estamos falando de 100 milhões de processos em tramitação. Portanto, estamos falando que, para cada dois habitantes, um tem uma demanda na Justiça. Para 18 mil juizes, temos essa quantidade de processos. E, tendencialmente, podemos ainda expandir. Por outro lado, o sistema quer que a proteção judicial efetiva se realize sempre que necessário, mas o sistema também deseja – a mim, parece-me que é essa a percepção que o Ministro Barroso traduz no seu voto – que dê proteção jurídica sem – ou sempre que possível – a necessidade de intervenção judicial.

[...]

Não se trata, em nenhum momento, de dificultar, de forma alguma, o controle judicial de qualquer ato, nem mesmo da omissão por parte das autoridades previdenciárias, mas dizer, fundamentalmente, antes até da proteção judicial, o que importa é a proteção jurídica. Se ela se efetivar, dispensa-se a proteção judicial–proteção judicial, se necessária. Mas é importante que se efetive a proteção jurídica. Então, a mim, parece-me que essa questão está bem equacionada no voto do eminente Relator. Eu vou pedir vênias para

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240.**

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240.**

acompanhá-lo na integralidade<sup>19</sup>.

Essa visão decorre da necessidade de redução dos processos judiciais, sob pena de o Poder Judiciário não mais conseguir fazer a proteção jurídica do direito, e da importância de as partes somente levarem à Justiça aquilo que não pode ser resolvido fora dela.

Não há motivo para se concluir que idêntica solução não possa ser dada para a Justiça Administrativa, desde que ela atenda aos mesmos valores destacados pelo Supremo Tribunal Federal no *case* da previdência social.

#### 4. CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA PRÉVIA E CONSTITUCIONAL

Estabelecidas as premissas para viabilidade constitucional de uma Justiça Administrativa prévia ao ingresso judicial, devem ser abordados os aspectos mais importantes para sua criação, consolidação e aceitação pelo Poder Judiciário.

Um primeiro aspecto interessante a ser trazido é o aproveitamento de Procuradores do Estado e do Distrito Federal como os integrantes naturais destes órgãos. Pela natureza de seus conhecimentos, da função exercida e da profunda experiência com as definições jurisprudenciais, é lógico recorrer a estes para sua formação. Ademais, não há – ou não deve haver – nenhuma outra carreira jurídica dentro das estruturas da Administração Pública, por ser essa atividade privativa das Procuradorias Gerais. Logo, é extremamente apropriada a construção da Justiça Administrativa com os Procuradores.

É interessante destacar, ainda, a relevância da presença dos Procuradores do Estado e do Distrito Federal em tais órgãos como motivadores e beneficiados por uma verdadeira redução de litigiosidade. São eles os integrantes da Administração Pública com maior conhecimento das mazelas do fenômeno da judicialização, dos erros do Poder Público que são revistos pela Justiça e do efeito multiplicador que as demandas tendem a possuir.

Por outro lado, uma vez transferida a solução de litígios do Poder Judiciário para uma Justiça Administrativa, o aparente esforço institucional necessário para retirar Procuradores dos processos judiciais será premiado com a redução deste trabalho, o que realimenta um ciclo virtuoso ao permitir que as Procuradorias possam investir cada vez mais em medidas para redução de litigiosidade.

Um segundo aspecto, lógico e essencial, é a plena observância de garantias processuais. A formação de uma Justiça Administrativa que não observe ampla defesa e contraditório, a produção probatória ou acesso recursal (art. 5º, LV, da Magna Carta)<sup>20</sup> certamente não tem condições de entregar um produto (decisão) minimamente constitucional.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240.**

20 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

Terceiro, conclui-se que uma Justiça Administrativa propensa a preceder (ou, futuramente, substituir) o ingresso judicial deve pautar-se por três valores fundamentais: celeridade, simplicidade e eficácia. Eles foram construídos no estudo realizado por esse autor e, ainda que não sejam enumerados pelo Excelso Pretório no *case* INSS, são facilmente encontrados na fundamentação.

O intuito é evitar que um meio alternativo de solução de controvérsia seja proposto com o exclusivo intuito de atrapalhar ou postergar a busca de um direito por um cidadão:

Para isso, são estabelecidos três requisitos mínimos para os meios alternativos de solução de controvérsia, sem os quais o indivíduo que os procurar terá o seu direito colocado em situação de risco: **celeridade, simplicidade e efetividade**. O meio alternativo não pode ser um mero inconveniente ao titular do direito, nem uma forma de postergar ou obstruir seu exercício<sup>21</sup>.

Como garantir, então, esses três fundamentos?

**Celeridade:** Conforme visto acima, dois prazos chamaram a atenção do Supremo Tribunal Federal. O processo do INSS tem prazo de 45 dias e agendamento médio de perícia em 30 dias. Conforme a circunstância do litígio e a complexidade probatória/técnica, é possível que um prazo maior seja necessário. Todavia, o parâmetro extraído é interessante. Seria defensável, por exemplo, que um processo de instância única tenha 60 dias (sem contar o recurso). Período muito maior, contudo, poderia ser considerado proibitivo pelo Poder Judiciário.

**Simplicidade:** A exigência de burocracia para apresentar um pedido pode ser vista como um impedimento ao acesso administrativo. Como solução, propõe protocolo e acompanhamento eletrônicos. É interessante, ainda, a gratuidade do acesso administrativo, para estimular o uso. Diante dos consideráveis custos de um processo judicial, a redução de litígios futuros certamente gerará uma economia correspondente.

**Eficácia:** É indispensável que uma Justiça Administrativa não seja construída exclusivamente para proferir decisões favoráveis ao Poder Público, especialmente quando há jurisprudência desfavorável. Isso levará apenas a uma ideia de tentativa de protelação de condenação judicial futura, não redução de litigiosidade.

Propõe-se, finalmente, que a regulamentação assegure boa margem de imparcialidade e autonomia de julgadores. Logicamente, seria possível pensar em uma Justiça Administrativa voltada para os interesses da própria Administração Pública. Suas decisões, contudo, seriam inevitavelmente parciais.

Com a construção de decisões imparciais e técnicas, por outro lado, seria possível atingir futuramente um prestígio semelhante ao emprestado ao Juízo Arbitral, cujas decisões não são revistas em seu mérito: “Não é possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, sendo, contudo, viável a apreciação de eventual nulidade

21 DIAS, Bruno de Macedo. **A constitucionalidade de filtros ao Acesso à Justiça para assegurar o funcionamento sustentável do Poder Judiciário.** p. 166.

no procedimento arbitral.”<sup>22</sup>

Por fim, convém abordar brevemente como pode ser estabelecida a busca da Justiça Administrativa como requisito para ingresso em Juízo. Por se tratar de matéria processual, a legislação estadual não poderia criar essa limitação, por força do art. 22, I, da Magna Carta<sup>23</sup>, que prevê competência privativa da União Federal. Após a consolidação de unidades de Justiça Administrativa célere, simples e eficazes nos Estados e Distrito Federal, seria possível trabalhar em prol dessa regulamentação.

Com esses aspectos e o investimento em um canal de comunicação eficiente com o Poder Judiciário, será possível demonstrar os inúmeros ganhos de todas as partes com a redução de litigiosidade. Esse é o primeiro passo para que o Poder Judiciário chegue a mesma conclusão tomada no RE 631.240<sup>24</sup>.

Isso, contudo, ainda é insuficiente.

O investimento em uma Justiça Administrativa forte e séria pode levar o Poder Judiciário a uma compreensão de que não deve intervir no mérito de suas decisões, exceto em casos de grave vício processual, má-fé ou conluio.

O primeiro passo deve ser dado pela Administração Pública.

## 5. CONCLUSÃO

A contínua valorização do Acesso à Justiça e a noção de que o Poder Judiciário é a solução de todos os problemas criou uma verdadeira crise de sustentabilidade da Justiça. A prestação jurisdicional, hoje, é absolutamente insustentável. Tal fato é de pleno conhecimento das Procuradorias-Gerais do Estado e do Distrito Federal, pois os processos da Administração Pública em suas três esferas correspondem a 22,77% do total de demandas<sup>25</sup>.

Os efeitos experimentados pelos magistrados e servidores da Justiça são igualmente constatados nos Procuradores e em seu pessoal de apoio. A produção de petições judiciais é crescente e abusiva, sem que haja tempo adequado para o ideal estudo dos processos e redação das manifestações. Muitos precisam dedicar mais horas do que as adequadas ou delegar a redação de manifestações – função constitucionalmente exclusiva de Procurador – justamente pela sobrecarga decorrente do fenômeno da judicialização.

Neste cenário, propõe-se o investimento na construção de uma Justiça Administrativa prévia, pautada pelos princípios da celeridade, simplicidade e eficácia, composta por Procuradores do Estado, para evitar que os conflitos da Administração Pública sejam resolvidos predominantemente pelo Poder Judiciário.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 693.291**. Terceira Turma. Relatora: Nancy Andri-ghi. Brasília, DF. Julgado em 19 de abril de 2005. Publicado no diário de justiça de 06 de junho de 2005.

23 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240**.

25 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Os 100 maiores litigantes**.

Como norte, há o julgamento no RE 631.240<sup>26</sup>.

Diante da consolidação de uma Justiça Administrativa adequada, a exigência de prévia busca como condicionante para ajuizamento de uma ação judicial pode ocorrer de duas formas: por lei federal ou por construção judicial.

O acesso à Justiça não pode mais ser visto como garantia isolada e absoluta, sob pena de seu abuso – atualmente em prática – ser a própria causa de sua inviabilidade. O constituinte buscou proteger o direito, não uma mera possibilidade de petição. Sempre que a Justiça Administrativa for célere e eficiente, ela não colocará em risco o direito, nem ofenderá o acesso à Justiça como se encontra em nosso texto constitucional.

Em razão do exposto, **conclui-se que a exigência de prévia busca de uma Justiça Administrativa, bem como do aguardo de tempo razoável para decisão, é constitucional e compatível com o Acesso à Justiça, desde que o instrumento implementado seja célere, simples e eficaz, como demonstrou o Supremo Tribunal Federal no RE 631.240.**

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Os 100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 693.291**. Terceira Turma. Relatora: Nancy Andri-ghi. Brasília, DF. Julgado em 19 de abril de 2005. Publicado no diário de justiça de 06 de junho de 2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240**. Tribunal Pleno. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF. Julgado em 03 de setembro de 2014. Publicado no diário de justiça de 07 de novembro de 2014.

DIAS, Bruno de Macedo. **A constitucionalidade de filtros ao Acesso à Justiça para assegurar o funcionamento sustentável do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

JOBIM, Eduardo. A interpretação Econômica do Direito e a Duração Razoável do Processo: análise de mecanismos alternativos para solução de litígios. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord). **O Processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil**. In: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. V. III. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-constituicao-e-processo-desafios-constitucionais-da-reforma-do-processo-civil-no-brasil>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 631.240**.

# A NECESSIDADE DE ANÁLISE INDIVIDUAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUANDO O CONTRATADO INVOCA A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO DE OUTROS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Carlos Roberto Costa Junior<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Resumo; 1. Introdução. 2. O Contrato Administrativo. 3. Da Exceção do Contrato Não Cumprido. 4. Da Boa-Fé Contratual. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo aborda a necessidade de análise individual do contrato administrativo quando há simultaneidade de vários contratos envolvendo as mesmas partes. Não rara vezes um mesmo ente administrativo possui vários contratos de fornecimento ou de prestação de serviços com um mesmo fornecedor ou prestador de serviços. Contratos que foram formalizados por meio de procedimentos administrativos diferentes diante de situações diversas que ensejaram a deflagração de procedimento licitatório específico. No entanto, quando da necessidade de aplicação de sanção, reajuste ou revisão contratual não se pode considerar todos os contratos de forma única, devendo-se analisar de forma individual cada avença.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a necessidade de análise individual do contrato administrativo quando há simultaneidade de vários contratos envolvendo as mesmas partes. Não rara vezes um mesmo ente administrativo possui vários contratos de fornecimento ou de prestação de serviços com um mesmo fornecedor ou prestador de serviços. Contratos que foram formalizados por meio de procedimentos administrativos diferentes diante de situações diversas que ensejaram a deflagração de procedimento licitatório específico. No entanto, quando da necessidade de aplicação de sanção, reajuste ou revisão contratual não se pode considerar todos os contratos de forma única, devendo-se analisar de forma individual cada avença.

Em tempos de crise econômica-financeira enfrentada pelos Estados da Federação,

---

<sup>1</sup> Advogado, Especialista em Jurisdição Federal pela Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina (2011). Membro da Comissão de Licitações e Contratos da OAB/SC desde 2016. Assessor Jurídico da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina.

há consequência na Administração Pública quanto ao adimplemento de suas obrigações, como atraso de pagamento aos seus fornecedores.

Frequentemente nestes contratos administrativos encontramos as mesmas partes envolvidas, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, onde é comum que um mesmo laboratório ou distribuidor possua atas de registro de preços ou contratos diversos com um mesmo ente público.

Como anteriormente já dito, a crise financeira trouxe dificuldades de pagamentos pelos Estados impactando negativamente na saúde financeira de seus fornecedores.

A problemática criada aliou a falta de pagamento com a falta de fornecimento, onde sem maiores instrumentos para efetivar ou obrigar o fornecimento pelos contratados, ante o princípio da legalidade, que só admite ao administrador público fazer o que a Lei permite, fez com que, este mesmo administrador público utilizasse o instrumento de aplicação de sanção por não fornecimento previsto em atos normativos.

Ao se deparar com as notificações promovidas pela Administração Pública, o fornecedor questiona a validade das mesmas, imputando àquela o não cumprimento da obrigação que é o devido pagamento. Em síntese há menção da exceção do contrato não cumprido.

A Administração Pública, por sua vez, sustenta que cada contrato deva ser analisado de forma individual e, desta forma, deve-se considerar atrasos de pagamento para cada contrato. Caso um contrato não possua atrasos de pagamento ou estes sejam inferiores a 90 dias, conforme permissivo legal contido na Lei n.º 8.666/93, a Administração Pública entende que o contratado deve prosseguir com o fornecimento e, em caso de descumprimento, deve ser responsabilizado por tal.

Em contrapartida, o notificado assevera que é inviável aplicação desta tese, uma vez que todos os contratos, por envolverem as mesmas partes e praticamente o mesmo objeto, interferem na saúde financeira da empresa e devem ser considerados de forma única.

Esta situação entre análise individual ou de forma global é que trata o presente artigo.

## 2. O CONTRATO ADMINISTRATIVO

O contrato administrativo encontra na Lei n.º 8.666/93 a seguinte definição:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Na mesma Lei há disposição para utilização das normas do Direito Privado de forma supletiva:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Também no contrato administrativo encontramos a presença das cláusulas exorbitantes, onde Joel de Menezes Niebuhr ensina que em razão destas cláusulas a Administração Pública está em posição superior ao particular:

[...] a nota típica dos contratos administrativos reside nas chamadas cláusulas exorbitantes, expressão consagrada pela doutrina. Repita-se que consideramos melhor denomina-las de poderes administrativos ou de prerrogativas protetoras do interesse público. De todo modo, independentemente do rótulo, o fato é que a Administração Pública vale-se de prerrogativas especiais para o gerenciamento dos seus contratos, que a põe em posição de vantagem em relação aos contratados.<sup>2</sup>

José Santos Carvalho Filho denomina as prerrogativas especiais da Administração de “Cláusulas de privilégio”.<sup>3</sup> Aponta, resumidamente, que a lei concede as seguintes prerrogativas: a) alteração unilateral do contrato; b) rescisão unilateral; c) fiscalização da execução dos contratos; d) aplicação de sanções; e) ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais.

No entanto, limitando o Poder Estatal, a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos impõe:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] XV—o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação; [...].

Logo em que pese discussões quanto à aplicabilidade da exceção do contrato não cumprido para eximir-se das obrigações contratuais de sua parte, há necessidade de uma análise mais detalhada quanto à invocação de tal princípio pelas partes, principalmente visando a preservação do princípio da boa-fé contratual.

## 3. DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Por vezes o contratado invoca a exceção do contrato não cumprido para suspender o fornecimento, no entanto, continua a participar de outros certames com o mesmo ente público visando novos contratos. Não raras vezes, invoca a exceção do contrato não cumprido em um contrato para suspender o fornecimento nas demais avenças.

<sup>2</sup> MENEZES NIEBUHR, Joel de. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª ed., 2012, p. 660.

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed., 2017, p.196.

Como vemos, a prática atual nos contratos administrativos é de possuir com um mesmo contratado vários contratos de prestação de serviços ou de fornecimento, onde o contratado invoca o não pagamento em um contrato visando estender seus efeitos aos demais, onde se quer houve emissão de faturamento e assim não há que se falar em mora por parte da Administração Pública.

Imperioso desta forma analisar cada contrato em sua individualidade, pois apesar de possuir as mesmas partes e por vezes os mesmos objetos, tais como fornecimento de medicamentos, a vigência contratual, prazos, direitos e obrigações ou são diversos ou são de incidência diversas, sendo principalmente decorrentes de procedimentos administrativos diferentes, entenda-se licitações diferentes, consistindo em uma equação econômico-financeira individual.

Esta equação econômico-financeira se baseou em análise de preços e em um cenário econômico-financeiro diferente das demais, como elaboração de um valor de referência específico, por parte da Administração Pública, ou elaboração do valor proposto, por parte do proponente e futuro contratado.

A Administração Pública por certo considerou uma estimativa de consumo, prazo e valores praticados de mercado em uma certa época, provavelmente ainda na fase interna do procedimento licitatório. Já o proponente deve ter avaliado os quantitativos, vigência contratual, expectativa de alteração de valores e até mesmo a eventual mora estatal. Tais considerações realizadas pelas partes constituíram uma equação econômico-financeira própria e individual.

Contratações posteriores, inclusive com o mesmo item ou objeto, já consideraram outros fatores de composição de preços, de referência ou propostos, bem como vigência, quantitativos e mora por ambos. Ou seja, há nova equação econômico-financeira a ser analisada.

Na lição de Marçal Justen Filho a equação econômico-financeira é definida como sendo “a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato.”<sup>4</sup>

Ainda, destaca o professor, que os encargos não se restringem apenas ao montante de dinheiro, mas compreendem também o prazo e a periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato e qualquer outra vantagem produzida pelo contrato.<sup>5</sup>

Oportuno neste momento destacar que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a hipótese de utilização do Direito Civil, de forma supletiva, aos contratos administrativos, conforme mencionado no início deste artigo.

Neste contexto, a exceção do contrato não cumprido possui raiz no Direito Civil, conforme previsão explícita daquele código: “Art. 476. Nos contratos bilaterais,

nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

Menciona a doutrina que para configuração de um contrato bilateral é necessária a presença da *sinalagma*, palavra de origem grega *synallagma*, utilizada para traduzir do latim a palavra *contractum*, expressão originalmente indicativa de reciprocidade de consentimento, onde mais tarde foi caracterizada por acordo de vontades.<sup>6</sup>

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa conceitua:

Contratos bilaterais, ou com prestações recíprocas, são os que, no momento de sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes. [...] Cada contratante tem o direito de exigir o cumprimento do pactuado da outra parte. Sua característica é o sinalagma, ou seja, a dependência recíproca das obrigações. Daí por que muitos preferem a denominação de contratos sinalagmáticos. São unilaterais os contratos que, quando de sua formação, só geram obrigações para uma das partes. [...] (grifos no original)

Podemos concluir que nos contratos bilaterais as prestações devem guardar entre si uma relação de reciprocidade e interdependência, cada uma delas se constituindo na causa jurídica da outra.

Logo não há permissão para utilização de meios e argumentos em que não haja reciprocidade, bem como sejam dependentes de outras avenças para incidir em um contrato específico. Desta maneira, a alegação de pendências de pagamento de um contrato de fornecimento não pode ser considerada ou produzir efeitos, como a suspensão de fornecimento em um outro contrato em que a Administração Pública esteja adimplente.

Nesse sentido, Cristiano de Chaves Farias e Nelson Rosendal:

A aplicação da *exceptio* se condiciona à simultaneidade da exigibilidade das prestações. A interdependência funcional autoriza a recusa. Assim é que, se ambas as prestações têm de ser realizadas sucessivamente, é claro que não cabe a invocação da *exceptio* por parte de quem deve em primeiro lugar, pois que a do outro ainda não é devida; mas, ao que tem de prestar em segundo tempo, cabe o poder de invocá-la, se o primeiro deixou de cumprir.<sup>7</sup>

Assim sendo, quando o contratado invoca exceção do contrato não cumprido de um contrato visando repercutir efeitos em outros contratos, sem razão para tal, nasce o direito de exigir o cumprimento da obrigação pela Administração Pública, colocando em mora o contratado. Logo, a invocação do contrato não cumprido reverte-se em favor da Administração Pública.

Caio Mário da Silva Pereira ensina:

Sendo o instituto animado de um sopro de equidade, deve à sua invocação presidir a regra da boa-fé, não podendo erigir-se em pretexto para o descumprimento do avençado.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed., 2015, p. 527.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed., 2015, p. 528.

6 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções Substanciais*: exceção de contrato não cumprido. 1959, p. 229.

7 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil*. 17 ed., 2016, p. 414.

8 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: contratos -teoria geral e contratos em espécie. 5. ed., 2015, p. 575.

Assim é que, se ambas as prestações têm de ser realizadas sucessivamente, é claro que não cabe a invocação da *exceptio* por parte do que deve em primeiro lugar, pois que a do outro ainda não é devida; mas, ao que tem de prestar em segundo tempo, cabe o poder de invocá-la, se o primeiro deixou de cumprir.<sup>9</sup>

Assim, não há como exigir da outra parte o cumprimento de sua obrigação se não houve contraprestação obrigacional de sua parte.

#### 4. DA BOA-FÉ CONTRATUAL

Quanto a boa-fé, princípio este oriundo do Direito Privado, foi introduzida explicitamente no Direito Administrativo por meio da Lei nº 9.784/99, onde nos art. 2º, parágrafo único, IV, ao determinar a observância, nos processos administrativos, do critério de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, e o art. 4º, II, ao dispor que são deveres do administrado, perante a Administração, proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé.

No entendimento de Egon Bockmann Moreira:

A boa-fé, portanto, impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. A conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. Não se permite qualquer possibilidade de engodo – seja ele direto ou indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração. Nem tampouco poderá ser prestigiada juridicamente a conduta processual de má-fé dos particulares. Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endo e extraprocessual, em atenção à boa-fé. Caso comprovada a má-fé, o ato (ou o pedido) será nulo, por violação à moralidade administrativa.<sup>10</sup>

Considerando estes argumentos, reforçamos a tese de que cada contrato, por configurar uma equação econômica financeira distinta, deve ser analisado de forma individual, não podendo o contratado, que possui vários contratos com o mesmo ente público, invocar a exceção do contrato não cumprido de um deles com objetivo de produzir efeitos nos demais, mesmo naqueles onde não é cabível a oposição do princípio referenciado.

Como já mencionado, há violação do princípio da boa-fé contratual por parte do contratado quando este incorre na prática acima citada, de forma a pressionar a Administração Pública a quitar suas pendências, deixando de fornecer em contratos onde se quer houve faturamento. Também há violação da boa-fé pela Administração Pública quando esta deixa aproximar-se a data limite de pagamento, de 90 dias, para realizar a adimplência contratual.

Citando Flávio Amaral Garcia, ao tratar sobre o descabimento da invocação da exceção do contrato não cumprido para cobrança de débitos antigos, colhe-se:

Uma das características dos contratos administrativos é a comutatividade; daí por que

9 PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21 ed., 2017, p. 65.

10 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2007, p. 116.

a invocação desta *exceptio* somente pode ser utilizada no caso de descumprimento de prestações simultâneas, ou seja, cujo momento de exigibilidade não seja distinto. Não cabe, portanto, invocar a *exceptio non adimpleti contractus* para cobrança de débitos antigos. Cabe ao contratado buscar via adequada para obter seu ressarcimento, porquanto esta defesa somente é invocável nas situações de descumprimento de prestações simultâneas nos limites da relação contratual estabelecida, e não para regularizar eventuais débitos de relações jurídicas pretéritas.<sup>11</sup>

Corroborando este entendimento, o Juízo da Vara da Fazenda Pública da Capital, decisão proferida pelo Excelentíssimo Juiz de Direito Luiz Francisco Delpizzo Miranda, autos 0313778-22.2018.8.24.0023, ao analisar a aplicação do princípio da exceção do contrato não cumprido considerou:

[...]

De plano, consigna-se que cada Ata deve ser individualmente considerada para aferição da inadimplência do estado por prazo superior a 90 (noventa) dias, visto decorrerem de editais e autorizações de fornecimento distintos, e demandarem a celebração de contratos autônomos, com objetos, prazos, e obrigações específicas.

[...]

A decisão e doutrina citadas vieram a consagrar a análise individualizada dos contratos, onde cada avença será analisada conforme sua especificidade de objeto, prazos e demais obrigações.

#### 5. CONCLUSÃO

Conforme constatado, há necessidade de análise individual de cada contrato administrativo, mesmo que nestes hajam idênticas partes e objetos. No entanto, o que fundamenta a análise individual contratual é a equação econômica financeira, na fase de contratação, bem como seus encargos específicos já com contrato formalizado.

Cada contrato possui uma equação econômica financeira própria, formalizada em uma situação fática diversa, como valores de época, expectativa de vigência contratual e quantitativos a serem adquiridos. Também o fornecedor considerou praticamente estes elementos para formalizar sua proposta, além da expectativa de mora contratual da Administração Pública.

A análise individual do contrato justifica-se para o resgate da boa-fé, onde cada parte deverá aceitar a sua obrigação não utilizando de meios ardis para obtenção de qualquer vantagem não permitida no contrato.

Não pode a Administração Pública ter o insumo sem o correspondente pagamento, assim como não pode o contratado deixar de fornecer onde a Administração Pública não esteja inadimplente.

Com a análise individual de cada contrato a Administração Pública somente

11 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed., 2018, p. 429.

poderá exigir cumprimento de fornecimento em contratos onde esteja adimplente, por sua vez, ao contratado resta o direito de não fornecer naqueles onde há inadimplência pela Administração Pública.

Desta forma, a decisão judicial citada e a doutrina, em consonância com este entendimento, visam promover uma segurança jurídica preservando a boa-fé.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Senado Federal, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Senado Federal, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos -teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1959.

MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. São Paulo: Malheiros, 2007

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil–Vol. III–contratos**, 21ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 01/2017.

TJSC. PROCEDIMENTO COMUM: AUTOS N. 0313778-22.2018.8.24.0023. Juiz: Luiz Francisco Delpizzo Miranda. DJ: 17/01/2019. Disponível em: < [https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N005PFVY0000&processo.foro=23&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_67b7a9bb00ec4041b3e-4f91e059593a5](https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N005PFVY0000&processo.foro=23&uuidCaptcha=sajcaptcha_67b7a9bb00ec4041b3e-4f91e059593a5)>. Acesso em: 08 mar. 2019.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil–Vol. 3–contratos**, 17ª edição. São Paulo. Atlas, 11/2016.

## A DIGNIDADE HUMANA COMO FIM ÚLTIMO: VISÃO INTEGRAL E INTERDEPENDENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Evandro Régis Eckel<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A dignidade da pessoa humana e o Estado Constitucional de Direito pós-guerra. 3. Os direitos fundamentais. 4. A compreensão integrada e interdependente dos direitos humanos fundamentais. 5. Conclusão.

**RESUMO:** O artigo propõe-se a analisar a dignidade da pessoa humana como fonte dos direitos fundamentais no Estado Constitucional de Direito pós-guerra e o conceito antropológico de pessoa humana que subjaz na Constituição de 1988. Após, examina a noção dos direitos fundamentais como conformadora da esfera do indecível político da democracia constitucional, segundo a teoria de Luigi Ferrajoli, e as principais características e efeitos do reconhecimento dos direitos fundamentais na Constituição. Por fim, ressalta a importância da compreensão integral e interdependente dos direitos fundamentais, com ênfase no pensamento de Gregorio Peces-Barba Martínez, que evita os reducionismos tanto metodológicos, do jusnaturalismo e do juspositivismo, quanto ideológicos, das abordagens liberal, democrática e social, visando à efetividade desses direitos tendentes ao asseguramento da existência humana digna e do livre desenvolvimento da personalidade.

### 1. INTRODUÇÃO

Deve-se a Immanuel Kant a ideia moderna de dignidade humana como valor intrínseco das pessoas, decorrente da sua racionalidade e autonomia moral. Para Kant, o ser humano deve ser tratado como fim em si mesmo. Não tem preço e nunca pode ser usado apenas como meio.<sup>2</sup> A consagração jurídica, porém, somente ganhou força com o constitucionalismo contemporâneo, sobretudo na segunda metade do século XX, fruto da reação aos horrores da 2ª Guerra Mundial e dos totalitarismos.

O presente artigo pretende analisar a dignidade da pessoa humana como fonte e fim último dos direitos fundamentais no Estado Constitucional de Direito pós-guerra e

<sup>1</sup> Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC. Mestre em Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente pela UNIVALI e em *Territorio, Urbanismo e Sostenibilidad Ambiental en el marco de la Economía Circular* pelo IUACA–Universidade de Alicante, Espanha. E-mail: [evandro@pge.sc.gov.br](mailto:evandro@pge.sc.gov.br).

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 106-108.

o conceito antropológico de pessoa humana que subjaz na Constituição de 1988.

Após, busca examinar a noção dos direitos fundamentais como conformadora da “esfera do indecidível” da democracia constitucional, utilizando-se da expressão cunhada pelo italiano Luigi Ferrajoli, ficando excluídos da “esfera do decidível”, isto é, de decisão política das maiorias contingentes, por mais qualificadas que o sejam, e do mercado, como direitos invioláveis, indisponíveis e inalienáveis.

Destaca, em seguida, a importância da dignidade humana como critério de identificação da fundamentalidade material de direitos assegurados na Constituição, e aborda os efeitos do reconhecimento de direitos fundamentais pela Carta Magna.

Por fim, alude às críticas formuladas à teoria das gerações de direitos, filiando-se à visão interdependente das dimensões dos direitos humanos fundamentais. Ressalta a importância da compreensão integral do fenômeno dos direitos fundamentais, com ênfase no pensamento do espanhol Gregorio Peces-Barba Martínez, o qual propõe que sejam evitados os reducionismos tanto metodológicos, do jusnaturalismo e do juspositivismo, quanto ideológicos das aportações liberal, democrática e social, visando à efetividade desses direitos tendentes a assegurar a todos a existência humana digna e o livre desenvolvimento da personalidade.

## 2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO PÓS-GUERRA

Pelo que consta, segundo Sarmiento, a primeira invocação explícita da dignidade da pessoa humana em texto jurídico deu-se no preâmbulo do decreto que aboliu a escravidão na França, editado em 1848, no qual se afirmava que a “escravidão é um atentado contra a dignidade humana”. Algumas Constituições do século XX, anteriores à 2.<sup>a</sup> guerra mundial, fizeram referência à dignidade humana, como a do México de 1917, da Alemanha e da Finlândia, ambas de 1919.<sup>3</sup>

Foi depois da 2.<sup>a</sup> guerra, porém, que normas internacionais e constituições passaram a positivar com destaque o princípio da dignidade humana. “O fenômeno correspondeu a uma reação diante da barbárie insuperável do nazismo”, de modo a impedir que semelhante catástrofe moral pudesse voltar a acontecer, tratando-se, na expressão do alemão Jürgen Habermas, de verdadeiro “aprendizado pelo desastre”, que resultou no processo denominado por Celso Lafer como “a reconstrução dos direitos humanos”.<sup>4</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) realizada em Paris em 1948, afirma em seu preâmbulo que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. De acordo com Sarmiento, o recurso à dignidade humana se afigurou bastante útil como fundamento último para os direitos, pela plasticidade da

categoria, que cabia nas cosmovisões de quase todos os países envolvidos, viabilizando-se como um consenso mínimo, embora ainda “raso” e “incompletamente teorizado”, cujo conteúdo “remanesce aberto não só a significativas variações culturais entre povos diferentes, como também a fortes disputas no interior de cada sociedade nacional”.<sup>5</sup>

Também no plano interno dos países, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser consagrado depois da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial. Destaca Sarmiento, pela importância, a experiência germânica, cuja Lei fundamental proclama no art. 1.<sup>o</sup> que a “dignidade da pessoa humana é inviolável”, e onde esse princípio é considerado como o mais importante de toda a ordem jurídica, o topo da ordem de valores, “a base de todos os direitos fundamentais”, conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Afinal, o constitucionalismo germânico contemporâneo erigiu-se sobre os escombros do nazismo e do Holocausto.<sup>6</sup>

A dignidade da pessoa humana “envolve a concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração”.<sup>7</sup> A consagração jurídica do princípio da dignidade humana é concomitante ao surgimento do Estado Constitucional de Direito no pós-guerra, que tem sido chamado de “novo constitucionalismo” ou neoconstitucionalismo.

Comenta Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto que a maneira de se conceber o Estado de Direito, como governo das leis puramente formal ou procedimental, não foi suficiente para impedir os regimes totalitários, de esquerda e de direita, vez que, tanto a versão oferecida pelo Estado liberal (baseado na liberdade) como a do Estado Social (fundado na igualdade) traziam consigo a fungibilidade ideológica inerente ao Estado de Direito, apontada como decorrente da sua adesão ao positivismo jurídico com a redução do Direito à lei. O Estado de Direito era uma fórmula vazia, aplicável a todo e qualquer Estado, assistindo-se então ao seu esgotamento, que deu espaço para o surgimento de uma nova concepção na qual, além da vinculação formal ou procedimental, o Estado deveria oferecer uma vinculação substancial ao exercício do poder, de modo que o poder deveria ser limitado pela lei não somente quanto à forma, mas também quanto ao conteúdo, impulsionando a colocação da Constituição no centro e no topo da estrutura do Estado.

Encontra-se uma fórmula política, a partir das transformações na Teoria do Estado e na Teoria do Direito, em que do modelo paleopositivista do Estado legislativo de Direito (Estado legal), formado fundamentalmente por regras, passa-se ao modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade.<sup>8</sup>

5 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 54-55.

6 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 56.

7 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 28.

8 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; ESPÍRITO SANTO, Davi do (coord.); SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; JACOBSEN, Gilson. *Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente*. Alicante: IUACA/UAlicante, Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 172-193. *E-book*. p. 179-180.

3 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 53.

4 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 54.

Subjacente a tudo isso, há uma outra transformação que decorre diretamente do constitucionalismo rígido: a subordinação da lei às normas constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à natureza da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.<sup>9</sup>

É a democracia como garantia dos direitos da minoria. Luigi Ferrajoli denomina como “esfera do indecível”, desenhada pelas constituições rígidas, o conjunto de princípios que, em democracia, estão subtraídos à vontade das majorias. Os direitos fundamentais conformam a esfera do indecível. Trata-se de noção jurídica, componente estrutural das atuais democracias constitucionais, que estabelece uma indecibilidade absoluta, quando excluem a reforma constitucional, ou uma indecibilidade relativa, quando preveem, para sua modificação, procedimentos mais ou menos agravados.<sup>10</sup>

A esfera do indecível constitui, para Ferrajoli, o traço distintivo da democracia constitucional, e que, portanto, não pode ser ignorado ao defini-la. Determina a *dimensão substancial* da democracia, referida precisamente

“a lo que no puede y a lo que no puede no ser decidido – en suma, a los contenidos, o sea, a la *sustancia* de las decisiones – en oposición a su *dimensión formal*, la cual por el contrario se refiere *al cómo y al quién*, es decir, a la forma de las decisiones: una dimensión que ha sido injetada en la democracia por esa mutación de paradigma del derecho, de la validez y conseqüentemente de la misma democracia que ha sido producida por su estipulación en constituciones rígidas.<sup>11</sup>

A esfera do indecível é uma noção simétrica e complementar à esfera do decidível. Esta é discricionária da política, correspondendo às funções e instituições de governo, enquanto aquela é vinculada à sujeição à lei própria das funções e instituições vinculadas à garantia.<sup>12</sup> A distinção entre as esferas permite redesenhar o mapa dos poderes públicos, oferecendo critério que identifica a diversidade das fontes de legitimação democrática que fundamentam a divisão dos poderes. De um lado, a representação política (voto popular), na esfera do decidível e das funções de governo, esfera que abrange o poder legislativo, respeitada, obviamente, a Constituição. São de fato poderes de disposição e de produção e inovação jurídicas, legitimados enquanto tais por consenso popular. De outro lado, a rígida sujeição à lei que devem aplicar, na esfera do indecível e das funções, judiciais e administrativas, de garantia dos direitos fundamentais. São poderes de cognição, legitimados pela aplicação substancial, que envolve conhecimento dos fatos e reconhecimento da qualificação jurídica, e não por simples respeito à lei.<sup>13</sup>

Así, la representación política, aunque legitima las funciones de gobierno – es decir, las actividades de innovación y transformación del derecho, siempre respetando la constitución –, no habilita para la interferencia en la esfera de lo indecible: la política, en suma, y específicamente los gobiernos y las mayorías políticas, no pueden condicionar las funciones

9 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental, 2016. p. 180-181.

10 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 103.

11 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, 2010. p. 104.

12 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, 2010. p. 104.

13 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, 2010. p. 106-107.

de garantía, como lo es típicamente la judicial, cuya legitimación es contra mayoritaria. La fórmula “siempre habrá un juez en Berlín” expresa con precisión el valor de esta división y de esta independencia en garantía de la imparcial determinación de la verdad: deberá por tanto existir un juez en Berlín capaz de absolver aun cuando todos exijan la condena y de condenar cuando todos exijan la absolución. Inversamente, la sujeción solamente a la ley, que habilita a la aplicación y la ejecución de la misma, no habilita a su producción, es decir, a la innovación jurídica a través de la producción de normas.<sup>14</sup>

Há, finalmente, segundo Ferrajoli, um último critério de distinção das esferas públicas: a tutela dos interesses gerais, de um lado, e, de outro, a garantia dos direitos fundamentais, que são universais e, portanto, corresponde a todos e a cada um enquanto indivíduos, configurando-se como ulteriores fontes de legitimação e critério de distinção entre as funções de governo e as funções de garantia.

Essa articulação é efeito da constitucionalização da esfera do indecível, que vincula a política à realização (aspecto positivo) e o respeito (aspecto negativo) aos direitos fundamentais que a compõem, e que impõe como metagarantia de tais direitos a independência das funções de garantia, exercidas pelo Poder Judiciário.

Antes da criação das constituições rígidas, no Estado legislativo de Direito, a política, como expressão da maioria, era, de fato, onipotente, porém as constituições rígidas puseram fim a esse resquício de absolutismo, submetendo a política ao Direito e precisamente à esfera do indecível, impondo que esta será regida por funções de garantia independentes.<sup>15</sup>

Isso não significa, contudo, que o espaço da política fique estreito, pois ficam confiadas a ela as funções legislativas e governamentais de inovação jurídica e de direção política, sempre respeitando a constituição, e, sobretudo, a implementação das funções e instituições de garantia, isto é, sua criação e regulação em acatamento ao mandamento constitucional, produzindo legislação de atuação, que faça aplicáveis os direitos fundamentais, representando essa legislação de atuação sua mais alta e legitimante função. Dela depende a legitimação substancial das funções de governo, que será sempre *a posteriori*, somando-se à legitimação formal proveniente, *a priori*, da representação política.

Tem-se, assim, o Estado Democrático Constitucional de Direito, construção jurídica e também política e social, confiada por um lado à elaboração e à projeção teóricas e, por outro, à prática política e às lutas sociais.

Al igual que el derecho, que es el lenguaje en el que pensamos las formas y las técnicas de garantía, la democracia constitucional es una construcción artificial de cuya proyección,

14 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, 2010. p. 107.

15 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, 2010. p. 108. O garantismo de Ferrajoli, como técnica de tutelas dos direitos fundamentais, tem sido criticado pelo excessivo protagonismo dos juizes e pela judicialização da vida pública, no que o autor italiano responde que a jurisdição é instância de garantia antes de tudo *frente aos juizes*, normativamente vinculados e constrangidos a legitimar seu proceder, ato por ato. Adverte Miguel Carbonell, na introdução à obra citada, que Ferrajoli tem sido um crítico imisericordioso do “aventureirismo” próprio de formas recusáveis de atuações judiciais, de atuações *estelares*, por sorte ocasionais, expressão de certo *justicialismo* de oportunidade, deficitário em matéria de garantias e, por isso, de mais que questionável cobertura legal, fora do paradigma constitucional na matéria, e verdadeira antípoda do modelo de juiz proposto por Ferrajoli, que trata de assegurar âmbitos claramente diferenciados para a política e para a jurisdição (p. 16).

defensa e garantía todos, como juristas e como ciudadanos, somos responsables.<sup>16</sup>

De acordo com Ferrajoli, os direitos fundamentais, desde o direito à vida, passando pelos direitos de liberdade, até os direitos sociais, sempre se afirmaram como a *lei do mais débil*, como a alternativa à lei do mais forte, “*que regía y regería en su ausencia*”, inclusive no direito civil, que protege a propriedade contra a apropriação violenta. E é a lei do mais fraco, também no direito público, constitucional e administrativo, que protege os cidadãos contra o arbítrio dos poderes públicos.<sup>17</sup>

Há uma confusão, para Ferrajoli, entre o paradigma do Estado de Direito e a democracia política, pela qual uma norma é legítima somente se for querida pela maioria. De forma distinta, as questões dos direitos fundamentais estão excluídas da “esfera do decidível”, isto é, de decisão política, e pertencem à “esfera do não decidível” (que sim ou que não), e esta é, portanto, sua característica específica. Tais direitos são estabelecidos nas constituições como limites e vinculados à maioria justamente porque estão sempre contra as contingentes majorias. E mais, esta é a forma lógica que assegura sua garantia. Sempre que se quer tutelar um direito como fundamental, se o subtrai da política, ou seja, dos poderes da maioria, e do mercado, como direito inviolável, indisponível e inalienável. É a esfera do indecidível.<sup>18</sup>

Nesse novo constitucionalismo surgido na segunda metade do século XX, afirma-se o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, como os direitos fundamentais, que passaram a integrar a esfera do indecidível.

Observa Sarmento que a centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado, revela-se logo na organização da Lei Maior brasileira. Se as Constituições anteriores começavam disciplinando a estrutura estatal e só depois enunciavam os direitos fundamentais, a Constituição de 1988 faz o oposto, principiando pela consagração dos direitos das pessoas.

A inversão não foi gratuita. Trata-se de modelo adotado em diversas constituições europeias do 2º pós-guerra, que indica a absoluta prioridade dos direitos fundamentais em nosso sistema jurídico. Tal prioridade, por outro lado, se entrevê também na elevação dos direitos fundamentais à qualidade de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CRFB), o que ocorreu pela primeira vez na história de nosso constitucionalismo. Como cláusulas pétreas, os direitos são garantidos como “trunfos”, postos ao abrigo da vontade das majorias políticas, mesmo as mais qualificadas.<sup>19</sup>

O sistema de direitos fundamentais é riquíssimo, e a ênfase na igualdade material – e não só formal, como no primeiro Estado de Direito liberal – é marcante, como se evidencia na enunciação dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III e IV) e na garantia da isonomia (art. 5º, *caput*). Ao lado dos direitos civis mais tradicionais, como as liberdades de consciência religiosa e de expressão, a privacidade, a intimidade,

16 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, 2010. p. 109.

17 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, 2010. p. 36.

18 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, 2010. p. 55.

19 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 72-73.

a livre associação e a propriedade, que protegem os indivíduos dos governantes e das majorias sociais, a Constituição de 1988 garantiu elenco de direitos sociais, como a saúde, a educação e a moradia (art. 6º), relacionados ao atendimento das necessidades básicas, incorporou a tutela de grupos vulneráveis, como a criança e o adolescente e a pessoas com deficiência, e, ainda, preocupou-se com a garantia dos direitos transindividuais, de titularidade coletiva, como a proteção do meio ambiente (art. 225) e do patrimônio cultural, “direitos que evocam o *nós* e não o *eu*, o que reforça o endosso de uma compreensão relacional e não egocêntrica de pessoa”.<sup>20</sup>

A premissa antropológica em que se lastreia o ordenamento constitucional, a qual, segundo Sarmento, é vital para a definição dos contornos da dignidade humana, é profundamente humanista, e consiste na ideia de pessoa concreta, enraizada, de carne e osso (e não abstrata, como no pensamento de filósofos iluministas como Locke e Kant e subjacente ao liberalismo jurídico) que é racional, sim (conquista do iluminismo), mas também sentimental e corporal. Pessoa que é um fim em si mesmo, mas é também um ser social, que deve ter sua autonomia e autodeterminação respeitada, mas também precisa da garantia de suas necessidades materiais básicas e do reconhecimento e respeito de sua identidade, e que, por fim, só se realiza na vida em sociedade, em sua relação com o outro. Tal concepção é incomparavelmente superior às concepções típicas das sociedades pré-modernas, organicistas (que tinham os indivíduos como meras peças eventualmente descartáveis das engrenagens sociais) e estamentais (que não reconheciam nas pessoas uma dignidade intrínseca e igual, atribuindo a cada indivíduo o valor correspondente à posição ocupada na estrutura social), em que pese a persistência, ainda, desse último como traço da cultura brasileira.

Compreende-se o discurso iluminista, que parecia temer as emoções por associá-las ao obscurantismo, ao atraso da idade medieval e ao autoritarismo dos monarcas absolutos, pondera Sarmento, mas o fato é que a concepção puramente abstrata e insular não corresponde a uma pessoa real, sendo divorciada da realidade, pois seres humanos agem também por emoções, o que foi demonstrado por Freud com a descoberta do inconsciente, pela neurociência e, ultimamente, até por estudos no campo da economia. Ademais, possuem corporalidade, com necessidades materiais e espirituais, não sendo autossuficientes, precisando do outro não só para sua sobrevivência, mas sobretudo para sua realização existencial.<sup>21</sup>

Além disso, o discurso abstrato e insular de pessoa, ao ignorar as necessidades materiais dos indivíduos e negar a importância dos vínculos sociais para a subjetividade, deu lastro a um individualismo possessivo, que se mostrou cruel na prática em relação aos sujeitos mais vulneráveis, e a sua projeção jurídica legitimou e alimentou a exclusão, ao idealizar a autonomia e cerrar os olhos para a opressão econômica. Enfim, Direito e Estado existem para a pessoa, e não o contrário; a pessoa tem valor intrínseco, não podendo ser instrumentalizada, e isso vale para absolutamente toda e qualquer pessoa, não importando

20 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 73.

21 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 70-75.

seu *status* social, ou os atos heroicos ou hediondos que tenha porventura praticado.<sup>22</sup>

Enfim, o ser humano, à luz da Constituição de 1988, é tido como um sujeito racional, capaz de tomar decisões, daí a garantia das liberdades individuais e da democracia (autonomias privada e pública), mas também sentimental, corporal e social, e todas essas dimensões da sua humanidade são igualmente valorizadas. É “um *animal social*, pois não apenas *vive*, mas *convive*, tendo responsabilidades em relação à sociedade e aos seus semelhantes”<sup>23</sup>.

No novo constitucionalismo, como visto, afirma-se a força normativa e vinculante (e não só política) dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, como os direitos fundamentais, ocorrendo a constitucionalização da ordem jurídica, com a consequente impregnação do ordenamento jurídico pelas normas constitucionais.

Na visão de Ferrajoli, esse constitucionalismo talvez seja o mais importante legado do século XX, porém é também um programa para o futuro, no sentido de que os direitos fundamentais reconhecidos devem ser garantidos e satisfeitos concretamente, sendo o garantismo a outra cara do constitucionalismo, dirigida a estabelecer e aperfeiçoar as técnicas e garantias idôneas a assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos reconhecidos. E, também, no sentido de que o paradigma da democracia constitucional é ainda embrionário, que pode e deve ser estendido, articulado e evoluído em uma triplíce direção. Até a garantia de todos os direitos, não só os de liberdade, mas também os sociais (inclua-se aí os coletivos ou difusos), num constitucionalismo social e ambiental, junto ao liberal. Em segundo lugar, frente a todos os poderes, não só aos públicos, mas também aos poderes privados, rumo ao constitucionalismo de direito privado, junto ao de direito público. E, por fim, a todos os níveis, não só em direito estatal, mas também em direito internacional (inclua-se transnacional), num constitucionalismo internacional (e por que não supra-nacional e transnacional) e não só estatal.<sup>24</sup> Nesses três âmbitos, a discussão não somente não está fechada, senão apenas começa.

### 3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após a ocorrência da 2ª grande guerra mundial e de regimes totalitários, houve a incorporação de valores morais nos textos constitucionais. O paradigma constitucional, em superação ao positivismo, inseriu valores no ordenamento jurídico. Na definição de Tiago Fensterseifer,

Os direitos fundamentais da pessoa humana constituem o núcleo normativo-axiológico da ordem constitucional e, conseqüentemente, de todo o sistema jurídico, representando projeções normativas e materializações do princípio (e valor) supremo da dignidade humana no marco jurídico-político do Estado de Direito.<sup>25</sup>

22 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 76.

23 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 77 (grifo do autor).

24 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, 2010. p. 35.

25 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 142.

Há um forte vínculo entre a dignidade humana e os direitos fundamentais. Aquela é o fundamento último destes, estando presente em todos eles. Marcos Leite Garcia e Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino lembram que a história dos direitos fundamentais é também a história da luta pela dignidade humana.<sup>26</sup> Comenta Comparato que “os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies”.<sup>27</sup> Conforme Sarmento, a dignidade humana está presente em todos (ou praticamente todos, segundo Ingo Wolfgang Sarlet) os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, sendo o “princípio que nutre e alimenta todos os direitos materialmente fundamentais”<sup>28</sup>, e assim, esses direitos – seja a própria dignidade humana considerada direito fundamental ou não – certamente estão abrigados pela limitação ao poder de reforma estabelecida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição brasileira (CRFB), de modo que o poder constituinte derivado não pode suprimir ou desfigurar o princípio, atentando contra seu núcleo essencial.

A dignidade exerce papel relevante na *identificação de direitos fundamentais*, sendo essencial para o reconhecimento da fundamentalidade de direitos que não estejam inseridos no catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais, correspondente ao Título II da Constituição de 1988. A propósito, o art. 5º, § 2º declara expressamente o caráter não exaustivo do catálogo de direitos fundamentais, o que “abre espaço para a identificação de outros direitos fundamentais, consagrados em partes diferentes da própria Constituição, ou até mesmo em outros documentos normativos”<sup>29</sup>.

O principal critério para a identificação desses outros direitos fundamentais é o princípio da dignidade humana. É esse critério que justifica que se concebam como direitos fundamentais, por exemplo, a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX) e o meio ambiente (art. 225) [...] <sup>30</sup>

26 GARCIA, Marcos Leite; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A propriedade é um direito fundamental?. In: MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org.). *Constituição e democracia II*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, 2016, v. 2, p. 23–46, p. 39. Flávia Piovesan, prefaciando obra de Joaquim Herrera Flores (A reinvenção dos direitos humanos, p. 21), diz que a ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de apropriar-se e desenvolver as potencialidades humanas de forma livre, autônoma e plena. É orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano. Segundo Herrera Flores (A reinvenção dos direitos humanos, p. 26-27 e 29), falar de direitos humanos é falar da “abertura de processos de luta pela dignidade humana”; trata-se de um sistema de garantias dos resultados das lutas sociais. A luta pelos direitos humanos no mundo contemporâneo, desafio do século XXI, passa necessariamente por sua redefinição teórica, pois vive-se em outro contexto econômico, de perda de soberanias nacionais em favor de poderes privados e corporativos de imensa envergadura e de reorganização da produção em nível global com toda sucessão de desregulamentações. Mas é também um desafio prático, assinalando que a única coisa que tem se universalizado é o descumprimento dos direitos humanos.

27 COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários. Brasília: CJF, v. 1, n. 1, set./dez. 1997. p. 96 (grifo nosso).

28 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 80 e 84.

29 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 85. Por meio de emenda constitucional, foi inserido o § 3º no art. 5º, que atribui *status* equivalente a emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados com o mesmo procedimento daquelas. Vale consignar que o Congresso Nacional ratificou e aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 186/2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º, a Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em 30/03/2007. O Decreto Presidencial n. 6.949/2009 promulgou a Convenção.

30 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 85. Discute-se, por outro lado, se o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser empregado também para negar fundamentalidade a direitos inseridos no catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais mas que não tenham relação direta com o princípio. O tema é polêmico e ainda não foi enfrentado pela jurisprudência brasileira, porém autores como Oscar Vilhena e Rodrigo Brandão sustentam que apenas os direitos materialmente fundamentais, que têm direta conexão

A enumeração dos direitos fundamentais na Constituição é indicativa e não limitativa. Consoante Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, tem-se aqui uma clássica presunção a favor da liberdade do indivíduo e contra o poder estatal.<sup>31</sup>

Finalmente, assevera Sarmento que o princípio funciona como uma fonte adicional de direitos ou uma espécie de “direito-mãe”, na expressão de Aharon Barak, do qual se extraem, diante de lacunas e incompletudes, direitos mais específicos não enumerados no texto constitucional. Exerce, pois, função ligada ao reconhecimento de direitos fundamentais não enumerados na Constituição, função que é central no ordenamento de Israel, onde há grave carência de instrumentos normativos de proteção dos direitos fundamentais. Na Alemanha e na África do Sul, também se reconhece que a dignidade humana pode ser fonte de posições jurídico-subjetivas não decorrentes de outros direitos enumerados.<sup>32</sup> Em que pese a Constituição brasileira possua um extenso elenco de direitos fundamentais, não obsta que sejam supridas eventuais lacunas. Entre os estudiosos, Sarlet fundamenta na dignidade humana o direito à integridade física e psíquica e ao livre desenvolvimento da personalidade. O STF, no julgamento do RE 363889, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, reconheceu a existência de um direito fundamental da pessoa de conhecer a sua origem (descobrir a identidade do próprio pai). Essa função, no entanto, deve ser exercida com cautela e critério, evitando-se o decisionismo na “invenção” de novos direitos e a banalização da dignidade humana com a utilização do recurso ao princípio para fundamentar privilégios não universalizáveis, segundo Sarmento, pois no pano de fundo dessa questão está presente a conhecida tensão entre constitucionalismo e democracia.<sup>33</sup>

Do mesmo modo, segundo Robert Alexy, são normas de Direitos fundamentais na Constituição alemã aquelas *diretamente expressas* e as *atribuídas*. O autor baseia inicialmente o conceito de norma de direito fundamental no *critério formal*, relativo à forma de sua posituação. Segundo esse critério, são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado “Os Direitos Fundamentais” (arts. 1º a 19), independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido.<sup>34</sup> Todavia, prossegue, o que é abrangido por esse critério é ainda muito estreito, não havendo dúvidas de que há uma série de outras disposições da Constituição alemã que expressam normas de direitos fundamentais, como, por exemplo, a do art. 103, § 3º, que garante a todos o direito de serem ouvidos pelo Poder Judiciário. Para a identificação dessas disposições, há o critério formal do catálogo de “direitos” do art.

com o princípio da dignidade humana, são realmente fundamentais, tese com a qual concorda Sarmento, a quem não parece que se deva atribuir força definitiva à simples localização de um dispositivo no corpo da Constituição, embora admita que a topologia constitucional possui relevância, distribuindo o ônus argumentativo sobre a questão, e assim, se o direito estiver inserido no catálogo haverá presunção de que se trata de direito fundamental, cabendo o ônus argumentativo a quem sustentar o contrário (p. 84-85).

31 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34.

32 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, 2016. p. 86-87. Na Espanha, reconhece-se a dignidade humana como princípio, utilizando-o apenas na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais enunciados no catálogo, porém não se admite a sua invocação como um direito autônomo ou como fonte de direitos não positivados (p. 87).

33 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, 2016. p. 88.

34 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 68.

93, § 1º, 4a, da Constituição alemã, direitos esses que, segundo o próprio artigo, autorizam o recurso à reclamação constitucional. Conjugados esses critérios orientados pelo texto constitucional, Alexy define, provisoriamente, o conceito de normas de direitos fundamentais como as normas *diretamente* expressas por disposições da Constituição.<sup>35</sup>

Não obstante, há, também, as normas de direitos fundamentais *atribuídas*, que não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, mas atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição. Aqui existe uma relação de refinamento com uma norma de direito fundamental expressa diretamente pelo texto constitucional. Precedentes judiciais e consensos dogmáticos são importantes, mas não suficientes. O critério para atribuição deve ser o da *correta fundamentação* referida a direitos fundamentais, segundo Alexy, que leva em consideração conjunta os critérios de validade jurídica, social e ética. Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da *argumentação referida a direitos fundamentais* que a sustente. São, assim, indiretamente estabelecidas.<sup>36</sup>

Analisada a questão da identificação dos direitos fundamentais, passa-se a descrever seus efeitos. Os direitos fundamentais “desfrutam de um regime constitucional próprio e fortalecido”<sup>37</sup>, que envolve a sua proteção como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CRFB), “impondo limites para a deliberação das maiorias políticas”<sup>38</sup>, mesmo as mais qualificadas, bem como o reconhecimento da sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CRFB).

Essa norma de aplicabilidade imediata significa, segundo Dimoulis e Martins, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais vinculam todas as autoridades do Estado, incluindo o Poder Legislativo, que não pode restringir um direito fundamental de forma não permitida pela própria Constituição, sob o pretexto de que detém legitimação democrática. Em segundo lugar, determina essa norma que os titulares dos direitos fundamentais não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais, de maneira que, se o legislador for omissivo em regular e/ou limitar esse direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de sua violação. “Em outras palavras, o § 1º do art. 5º deixa claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia limitada ou diferida”.<sup>39</sup> Mesmo no caso dos direitos fundamentais sociais e difusos é equivocado tratar como normas programáticas, consistindo sua aplicação imediata, primeiro, na obrigação do legislador de cumprir imediatamente seus deveres de regulamentação e,

35 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2017. p. 68-69.

36 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2017. p. 72-74. “Uma norma é uma norma de direito fundamental atribuída quando, para sua atribuição a uma disposição de direito fundamental, é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais” (p. 83).

37 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, 2016. p. 84-85.

38 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, 2016. p. 89.

39 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 2014. p. 95-96. Uma das garantias fundamentais, constante do art. 5º, LXXI, é o mandado de injunção, que será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

segundo, no dever dos tribunais de obrigá-lo a respeitar essa norma e, eventualmente, suprir sua deficiência por meio do controle de constitucionalidade (inconstitucionalidade por omissão legislativa) e das demais garantias fundamentais.<sup>40</sup>

Encontra-se no direito constitucional, asseveram Dimoulis e Martins, a ideia da supremacia ou da prevalência dos direitos fundamentais.<sup>41</sup> Os direitos humanos que encontram respaldo constitucional positivo transformam-se em direitos fundamentais, ou seja, normas jurídicas supremas dentro do Estado que vinculam todas as autoridades constituídas.<sup>42</sup>

O reconhecimento de um direito como fundamental implica a atribuição ao mesmo de um conteúdo mínimo essencial<sup>43</sup> diretamente deduzível da Constituição, uma barreira intransponível, sem a qual, o direito seria irreconhecível ou impraticável, resultando na imposição de certos deveres elementares para os poderes públicos, começando pela proibição de discriminação, pelo dever de não regressividade e pelo correlato dever de cumprimento progressivo.<sup>44</sup> De outro lado, há um conteúdo adicional, aberto e indeterminado, sujeito à configuração legislativa.

Em suma, não é dado ao legislador o poder de não desenvolver os direitos fundamentais (omissão) ou de impor restrições arbitrárias. É nítida a passagem do Estado Legislativo de Direito liberal e seu princípio da “reserva da lei” para o Estado Constitucional de Direito, que impõe a “reserva da lei proporcional”.

É amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência a ideia de que, ao lado do efeito vertical (contra o Estado), há o efeito horizontal, que consiste na aplicação dos direitos fundamentais perante terceiros, nas relações entre particulares<sup>45</sup>, cujo

40 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2014. p. 97-98. Releva aqui enfatizar, com Gerardo Pisarello que, “no son las garantías concretas que se asignan a un derecho lo que determinar su carácter fundamental sino a la inversa: es su consagración positiva en aquellas normas consideradas fundamentales lo que obliga a los operadores jurídicos a maximizar, bien por vía interpretativa, bien por medio de reformas, los mecanismos que permitan su protección” (PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 81). Isso não obsta, segue o autor, que o alcance concreto dependa do que os próprios ordenamentos estipulem. O certo, contudo, é que, na medida em que nenhuma destas particularidades responde a inalteráveis características estruturais senão a decisões de política legislativa, sempre será possível insertá-las em uma dogmática tendencialmente unitária para todos os direitos, que reflita sua continuidade axiológica e estrutural (p. 82). A justiciabilidade ou exigibilidade judicial de um direito fundamental (dimensão subjetiva) não é uma questão de tudo ou nada, sendo um conceito graduável, que varia de acordo com o contexto e que não se esgota, em todo caso, na possibilidade de que um órgão jurisdicional sancione diretamente ao órgão remisso ou que outorgue uma prestação incondicional a qualquer pessoa que a solicite em qualquer circunstância (p. 88-89).

41 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2014. p. 20.

42 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2014. p. 29.

43 Cf., entre outras, a obra de SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2017. Ressalta esse autor a diferença entre as cláusulas pétreas, que tornam intangíveis os direitos às reformas da Constituição, destinando-se, portanto, ao poder constituinte derivado, e de outro lado o conteúdo essencial, destinado ao legislador ordinário na sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais (p. 24). Robert Alexy (*In: Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017. p. 295-296 e 301), fala da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, explicitada no art. 19, § 2º da Constituição alemã, como “restrição das restrições”, e conclui que essa norma fornece mais uma razão a favor da vigência da máxima da proporcionalidade, limite da restringibilidade de direitos fundamentais.

44 PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*, 2007. p. 81-85. Todos os direitos fundamentais exigem concreções legislativas, e isso pode condicionar o maior ou menor grau de justiciabilidade, mas isso não impede que tenham um conteúdo constitucional mínimo, indisponível, suscetíveis de algum tipo de tutela jurisdicional inclusive em caso de inexistência de regulação legal (p. 84).

45 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017. p. 528.

fundamento normativo no Brasil, na compreensão Dimoulis e Martins, pode ser encontrado no art. 5º, § 1º, que vincula o Estado como um todo, incluindo o Judiciário, aos direitos fundamentais.<sup>46</sup>

A afirmação de um direito fundamental gera deveres correlatos – e por isso fundamentais – para o Estado e para os particulares.<sup>47</sup> Os deveres fundamentais são o lado passivo dos direitos humanos alheios.<sup>48</sup> Os sistemas constitucionais, a exemplo do alemão e do brasileiro (art. 5º, § 1º), afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos. Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Assim, pois, ensina Comparato, quem fala em direitos fundamentais está, implicitamente, reconhecendo a existência correspectiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais.<sup>49</sup>

Na jurisprudência, José Isaac Pilati<sup>50</sup> refere o acórdão no RE 183895/MG do STF, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, que atribui eficácia imediata ao princípio da função social da propriedade. A função socioambiental consiste numa gama de deveres fundamentais inerentes ao exercício do direito de propriedade. Comparato destaca a propriedade com função social como dever fundamental do proprietário, correlato ao direito fundamental de acesso à propriedade (pelos não proprietários), dever este exigível tanto pelo particular quanto pelo Poder Público. Assim, “com relação aos demais sujeitos privados, o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional”<sup>51</sup>

#### 4. A COMPREENSÃO INTEGRAL E INTERDEPENDENTE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Sobre a relação entre os direitos humanos e direitos fundamentais, Marcelo Neves aponta que a noção de direitos do homem ou direitos humanos, quando surgiu no âmbito das revoluções liberais, referia-se a direitos de toda e qualquer pessoa humana e distinguia-se do conceito de cidadania, que dizia respeito aos direitos dos membros de uma determinada coletividade política e, mais precisamente, de um Estado. Essa situação passou a ter certa relevância na semântica mais recente dos direitos humanos, conforme a qual, esses direitos implicam direitos civis (liberdades negativas), políticos (liberdades positivas, na distinção de Berlin) e sociais (“direitos a prestação em sentido estrito”, na terminologia de Robert Alexy ou *droits-créances*, em contraposição aos *droits-libertés*, na linguagem de Ferry e Renaut).<sup>52</sup>

46 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2014. p. 108.

47 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, 2016. p. 85.

48 COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, 1997. p. 96.

49 COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, 1997. p. 96.

50 PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 131.

51 COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, 1997. p. 97. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas (p. 97).

52 NEVES, MARCELO. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fortes, 2009. p. 249-250.

Mais tarde, de acordo ainda com Neves, especialmente tendo em vista a influência da experiência tardia da Alemanha com o constitucionalismo,

[...] passou a ser usada a expressão “direitos fundamentais”, para referir-se a direitos positivados e garantidos nas constituições estatais. Mas o conteúdo desses incluíam tanto os direitos particulares de cidadania no sentido clássico quanto os direitos humanos. Passou a ser proposta, então, uma distinção entre direitos fundamentais constitucionalmente garantidos pelos Estados e direitos humanos protegidos internacionalmente, estes afirmados inclusive contra os Estados. Os seus conteúdos, porém, entrecruzam-se na categoria de direitos civis, políticos, sociais e novos direitos (os coletivos e os referentes à “ação afirmativa”).<sup>53</sup>

Assim, embora os conteúdos “praticamente coincidam”, os direitos humanos dizem respeito ao direito internacional, enquanto os direitos fundamentais referem-se aos direitos positivados nas Constituições dos países, de modo que “a diferença reside no âmbito de suas pretensões de validade. Os direitos fundamentais valem dentro de cada ordem constitucional estatalmente determinada”.<sup>54</sup> São os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico interno dos Estados nacionais por meio da sua “constitucionalização”.<sup>55</sup>

Acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais, impende tecer algumas considerações críticas à teoria das “gerações”, que, apesar de didática, não resiste a uma análise mais profunda do processo histórico.

Dimoulis e Martins lembram que muitos autores referem-se a “gerações”<sup>56</sup> dos direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada por uma gradação, sendo essa a visão que predomina na doutrina brasileira dos últimos anos, porém tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática e contém graves equívocos, já que a ideia de gerações sugere uma substituição ou superação da cada geração pela posterior, quando a Constituição inclui direitos de todas as “gerações”, evidenciando o caráter cumulativo dos direitos.

Além disso, o termo geração não é cronologicamente exato, porque o Estado moderno nasce para oferecer aos cidadãos *segurança*, tanto no sentido jurídico (unificação da legislação e centralização do poder), como no sentido físico (proteção das pessoas pelos órgãos de segurança interna e externa), consistindo tanto uma promessa

53 NEVES, MARCELO. *Transconstitucionalismo*, 2009. p. 250. Gerardo Pisarello registra que a expressão “direitos sociais” pertence sobretudo ao âmbito da filosofia política e jurídica e do Direito Constitucional, enquanto no Direito Internacional costuma ser mais usual a fórmula “direitos econômicos, sociais e culturais” (PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007. p. 11).

54 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 2009. p. 253. Propõe o autor que os direitos humanos sejam definidos primariamente como expectativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social (p. 252-253), o que remete à formulação de Hannah Arendt sobre “direito a ter direitos”, sublinhando Neves que a questão dos direitos humanos perpassa hoje todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos: estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais (p. 256-257).

55 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*, 2008. p. 143.

56 A exemplo de Celso Lafer (*In: A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988) Esse autor refere-se, no processo de afirmação histórica dos direitos humanos, aos direitos de terceira “geração” como aqueles cujos sujeitos não são os indivíduos na sua singularidade, como os direitos civis e políticos de primeira “geração”, mas os grupos humanos, como o povo e a própria humanidade (p. 131).

crucial quanto uma prestação estatal, com correspondente custo orçamentário. Além do mais, os direitos sociais foram garantidos já nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de inícios do século XIX, como o ensino fundamental ou a instrução primária gratuita, muito antes da chamada crise do Estado liberal da primeira metade do século XX, apontada pelos adeptos da terminologia das gerações como a responsável histórica pelo surgimento da suposta geração de tais direitos. Em que pese o orçamento dedicado ao financiamento dos direitos sociais tenha aumentado após a segunda guerra mundial, isso foi uma alteração quantitativa. Parte crescente da doutrina refere-se ao termo dimensões, porém os autores preferem reservá-lo aos aspectos ou funções objetivo e subjetivo dos direitos fundamentais, optando por utilizar os termos “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais.<sup>57</sup>

Já Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer adotam o termo “dimensão” em vez de “geração” por entenderem que as *dimensões dos direitos fundamentais* (expressões dos direitos humanos na esfera interna), materializam, na sua essência, os diferentes conteúdos normativos que conformam o *princípio da dignidade da pessoa humana*, reclamando *compreensão integrada e interdependente*, incompatível com um sistema de preferências, acentuando a *lógica cumulativa*, daí falar-se em uma nova dimensão ecológica para a dignidade humana, em vista especialmente dos novos desafios de matriz ambiental que expõem existencialmente o ser humano ao cenário contemporâneo de riscos ecológicos, visando inclusive à proteção das futuras gerações.<sup>58</sup>

Nessa perspectiva, a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), promulgada na 2ª Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, estabeleceu, no seu art. 5º, que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, reconhecendo que “as diferentes dimensões de direitos humanos – o que também se opera em relação aos direitos fundamentais – conformam um sistema integrado da dignidade humana”, conjugando-se e fortalecendo-se mutuamente.<sup>59</sup>

Fensterseifer realça a tese da *indivisibilidade e interdependência* dos direitos fundamentais de todas as diferentes dimensões, consignando que a harmonia do sistema da dignidade humana é medida indispensável a uma tutela integral e efetiva da pessoa, não obstante a inevitável existência de conflitos ou colisões entre direitos fundamentais.<sup>60</sup> Cita a crítica de Calçado Trindade à concepção de “gerações de direitos humanos” destacando a natureza complementar de todos eles, pontuando que por trás da perspectiva

57 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2014. p. 23-24.

58 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 65 e 67.

59 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*, 2008. p. 94-95. Fernando López Ramón pondera que a partir de plataformas ecologistas não há nem deve haver ruptura nem com a tradição liberal nem como as aportações sociais (*In: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Política ecológica y pluralismo territorial: ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 275).

60 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*, 2008. p. 98. Por óbvio que há tensionamentos e conflitos entre os direitos fundamentais das diferentes dimensões – de que é exemplo a “tensão dialética permanente entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico” (p. 100), mas tal colisão “toma sempre uma formatação dialética e integrativa, com o intuito de ajustar-se de forma mais adequada à tutela da dignidade humana” (p. 144).

“fantasiosa” das gerações, está uma visão fragmentária dos direitos humanos, que tem operado a postergação da realização de alguns deles. Contra tal mal, observa Fensterseifer, a tese da unidade e indivisibilidade dos direitos humanos – e o mesmo ocorre com os direitos fundamentais – “é o melhor antídoto, rompendo com qualquer hierarquização ou priorização da realização de direitos humanos em razão da sua precedência geracional”.<sup>61</sup>

Gerardo Pisarello, em sintonia, defende a (re)construção unitária dos direitos fundamentais, a partir da interdependência e indivisibilidade de todos os direitos civis, políticos, sociais e ambientais, tanto em termos axiológicos como estruturais, a despeito de conflitos eventuais que possam ser suscitados entre esses direitos. A assunção, segundo Pisarello, do caráter poliédrico dos direitos fundamentais permitiria assumi-los, igualmente, como direitos ao mesmo tempo positivos e negativos, em parte prestacionais e em parte não prestacionais, custosos e não custosos, com um conteúdo exigível *ex constitutione* e com um conteúdo de configuração legal, com uma dimensão objetiva e com uma dimensão subjetiva, com uma estrutura de mandatos e princípios diretivos e de direitos exigíveis em juízo. Essa caracterização tornaria possível o aperfeiçoamento conjunto de suas garantias, entendidas como os mecanismos ou técnicas predispostos para sua proteção, e o reconhecimento da equivalência potencial em seus mecanismos de proteção.<sup>62</sup>

Herrera Flores ressalta a necessidade de perceber o fenômeno dos direitos humanos em sua complexidade, defendendo uma perspectiva integradora. “Só há uma classe de direitos para todas e todos: os direitos humanos. A liberdade e a igualdade são as duas faces da mesma moeda”.<sup>63</sup> A partir de uma concepção integral do humano, mental e cor-

61 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**, 2008. p. 98. Da mesma forma que ocorre com a evolução dos direitos fundamentais, as dimensões do Estado de Direito se *agregam* e se somam, num processo histórico *permanente* e *cumulativo*, evoluindo para a forma mais adequada à tutela da dignidade humana (p. 99).

62 PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**, 2007. p. 111-112. Nessa obra, o autor sustenta que apesar do discurso técnico-jurídico, a desvalorização dos direitos sociais se assenta mais em preconceitos ideológicos, impondo-se a crítica a quatro teses que moldam a percepção dos direitos sociais e incidem na sua proteção debilitada, e que são, na realidade, *mitos* liberais difundidos no *mainstream* político e jurídico, todos suscetíveis de refutação, a qual o autor se dedica ao longo do livro. A primeira é histórica e toma-os como direitos de segunda ou terceira geração, tardios, passando dessa descrição à prescrição, no sentido de que se esses direitos não se materializam, isso é fruto do inexorável impulso da evolução histórica, a depender da lógica evolucionista das garantias ou do crescimento econômico. O mito normativo, axiológico ou de Filosofia dos direitos afirma que os direitos civis e políticos estariam conectados com a dignidade, e assim com a liberdade, a segurança e a diversidade cultural e política, enquanto os direitos sociais seriam correlacionados com a igualdade e portanto com a homogeneidade social e cultural, de sorte que escolher equivaleria a pronunciar-se de maneira prioritária. Já para o mito teórico, da diferença estrutural, os direitos sociais levam gravado o código genético: o de serem prestacionais, caros, de indeterminada configuração e incidência coletiva, o que dificultaria sua tutela. Por fim, no plano da dogmática, a tese, corolária das demais, é de que, já que são secundários no plano axiológico, e apresentam no plano teórico uma estrutura diferente dos clássicos direitos, os ordenamentos jurídicos dispensam proteção menor, de modo que a conclusão é de que os direitos sociais não seriam fundamentais nem exigíveis, mas programáticos e dependentes de operacionalização pelo legislador de turno. Embora não caiba aqui estender-se na análise da obra, destaca-se que os direitos clássicos, civis e políticos, demandam prestações públicas e também são custos (a exemplo da manutenção da segurança, das estruturas políticas e eleitorais), e que os direitos sociais são direito de liberdade fática ou real, não havendo oposição entre liberdade e igualdade. Essa releitura teórica é necessária, juntamente com as práticas e reivindicações sociais, para a reconstrução e democratização da tutela dos direitos fundamentais, que depende do aperfeiçoamento das garantias, num sistema multi-institucional (quanto aos sujeitos encarregados de proteção) e multinível (de escalas em que a tutela pode ter lugar) e do aprofundamento dos espaços democráticos de participação e deliberação (menos institucional), como forma de tutela que envolve os próprios titulares dos direitos.

63 HERRERA FLORES, Joaquim. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 74. Amparando-se no economista Amartya Sen, afirma que já não se deve falar somente do “valor da liberdade”, mas da “igualdade da liberdade”: todo mundo é importante, e a liberdade que nos é garantida deve ser

poral, é preciso ter uma concepção integral dos direitos, que supere a dicotomia clássica entre direitos individuais e direitos sociais, econômicos e culturais.<sup>64</sup> Cristiane Derani, por sua vez, considera que a compreensão nova e inovadora dos direitos fundamentais, que exercem funções não só limitativas, mas também ações constitutivas, operadas tanto pelo Estado como pelos agentes privados, “está pautada numa premissa essencial, a de que as liberdades individuais são indissociáveis das liberdades sociais ou coletivas”.<sup>65</sup>

Impõe-se, pois, a compreensão e convivência integrada dos direitos fundamentais ditos de “primeira geração”, integrantes do constitucionalismo liberal, como os direitos individuais de liberdade, com os direitos ditos de “segunda geração”, direitos sociais como à educação, à saúde e ao trabalho, e, também, com aqueles considerados de “terceira geração”, aí incluídos o direito coletivo ou transindividual de meio ambiente assegurado pelas Constituições contemporâneas e objeto de crescente proteção inter e transnacional.

Merece ênfase, aqui, o pensamento de Gregorio Peces-Barba Martínez, que desenvolve análise diacrônica da formação da ideia de direitos fundamentais, para alcançar a sua compreensão, isto é, a visão integral do seu fundamento (a resposta adequada ao “por que”) e do seu conceito (resposta adequada ao “para que”), superando as negações e evitando os reducionismos e visões parciais tanto na metodologia, esforçando-se em superar a dialética jusnaturalismo-juspositivismo, quanto nos conteúdos, evidenciando a necessária complementariedade e a coerência interna das aportações liberal, democrática e socialista, isto é, os direitos como não interferência, como participação e como prestação.<sup>66</sup>

De acordo com Peces-Barba Martínez, os conteúdos dos direitos se formam atualmente a partir de três aportações, que supõem pontos de vista ideológicos, éticos e políticos globais, que são as aportações liberal, democrática e socialista, e anota que alguns têm falado de gerações de direitos humanos para referir-se ao ritmo temporal sucessivo das mesmas, o que no seu entender é uma terminologia discutível, porque poderia entender-se que as gerações chegam a extinguir-se e são substituídas pelas seguintes, se levarmos o termo a seus últimos extremos. Mas se for entendido que “las anteriores siguen vivas y se integran con las nuevas”, estamos na quarta geração, fundamentada no valor solidariedade ou fraternidade, se a liberal, a democrática e a socialista forem consideradas autonomamente.<sup>67</sup>

garantida a todos, de modo que o problema não reside, então, em decifrar teoricamente quais os direitos são os mais importantes, mas em entender que, desde as suas origens, a luta pela dignidade possui um caráter global, não parcelado (p. 41 e 74-75). “A luta pela dignidade é o componente ‘universal’ que nós propomos. Se existe um elemento ético e político universal, ele se reduz, para nós, à luta pela dignidade, de que podem e devem se considerar beneficiários todos os grupos e todas as pessoas que habitam nosso mundo” (p. 75).

64 HERRERA FLORES, Joaquim. **A (re)invenção dos direitos humanos**, 2009. p. 84. Para tanto, reivindica-se, além da autonomia, três tipos de direito: à integridade corporal; à satisfação de necessidades; e de reconhecimento (de gênero, étnicos, culturais, em definitivo, direitos à diferença). A esse respeito, entende Daniel Sarmento (*In: Dignidade da pessoa humana*, 2016) que o conteúdo da dignidade humana contém o valor intrínseco da pessoa, a autonomia (pública e privada), o mínimo existencial e o reconhecimento.

65 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 208. A realização do indivíduo não é passível de ser alcançada sem a concreta difusão das liberdades pela sociedade como um todo (p. 208).

66 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 101. Desde o ponto de vista do “para que”, da função, os direitos aparecem na perspectiva histórica como direitos de não interferência, de participação e de crédito ou prestacionais (p. 199).

67 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**, 1995. p. 182-183.

Para Peces-Barba Martínez, esses novos direitos humanos de quarta geração são produtos do processo de especificação<sup>68</sup> (terminologia proposta por Bobbio) dos direitos em relação aos conteúdos, pois lhe parece discutível e pouco ajustada ao processo histórico a corrente que identifica em uma única primeira geração as aportações liberal e democrática.<sup>69</sup> Toma, igualmente, a dignidade humana como raiz da moralidade dos direitos humanos fundamentais<sup>70</sup>. Quando se fala nesses direitos, refere-se ao mesmo tempo à pretensão moral justificada sobre traços derivados da ideia de dignidade humana, necessários ao desenvolvimento integral do homem. Esta é a base ética, a dimensão valorativa fruto de uma reflexão sobre a realidade, formada por fatos históricos, que vai fundamentar os direitos fundamentais.<sup>71</sup>

Para se falar em pretensão moral justificada, é necessário que, desde o ponto de vista de seus conteúdos, seja generalizável, suscetível de ser elevada a lei geral, isto é, que tenha um conteúdo igualitário, atribuível a todos os destinatários possíveis, sejam os genéricos “homem”, “cidadão”, ou os situados “trabalhador”, “mulher”, “administrado”, “usuário ou consumidor”, “portador de deficiência” ou “criança”. Essa exigência se comunica com a terceira das condições para a existência de um direito fundamental, de caráter fático, própria da realidade social.<sup>72 73</sup>

68 A fundamentação dos direitos fundamentais consiste no material histórico que explica a sua evolução até a atualidade e sobre o qual se construirá uma fundamentação racional (ponto de chegada, e não o contrário). Peces-Barba Martínez propõe-se a desenvolver essa tarefa desde três perspectivas: 1) os modelos iniciais de direitos, inglês, americano e francês, e suas matizes, diferenças e elementos comuns; 2) a evolução histórica até a atualidade, através de quatro linhas de compreensão: a *positivação*, a *generalização*, a *internacionalização* e a *especificação*, que permite uma radiografia bastante completa do processo que explica o estado atual dos direitos fundamentais; e, por fim, 3) o estudo dos conteúdos e o sentido que têm as aportações sucessivas, liberal, democrática e socialista, que permitem entender os direitos fundamentais em sua integralidade (p. 144-146). O processo de especificação se produz em relação aos titulares e em relação aos conteúdos. Quanto aos titulares, considera os direitos mais vinculados às pessoas concretas, julgando relevantes algumas situações que exigem tratamento especial (mulheres, crianças, portadores de necessidades especiais, emigrantes, consumidores, usuários de serviços públicos, entre outros), supondo uma diferença com os modelos genéricos de destinatários dos direitos fundamentais. Em relação aos conteúdos, traz nova aportação de valores, conectados com a solidariedade, e produzem novos direitos (p. 180-183). Todos esses enfoques tendem ao mesmo fim, o de extrair da história sua racionalidade, ainda que essa seja provisória e não definitiva, para ensaiar uma fundamentação que seja racional, mas que tenha em conta os elementos históricos (p. 200). Em outras palavras, os direitos não surgem na razão como expressão da natureza, mas como resposta, como dissenso frente a uma situação de fato, que provoca uma reação intelectual que gera valores que fundamentam cada direito (p. 201).

69 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 183.

70 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 189. Já a independência ou a autonomia será a meta da pretensão moral justificada (p. 189). Aponta o autor que já nas origens do consenso sobre os direitos fundamentais, no contexto do incipiente constitucionalismo liberal que visava à limitação do poder político frente a uma situação fática que se rechaçava, produzir-se-ão as primeiras concreções (positivações) referentes ao pensamento, à consciência e às garantias processuais, cuja “vinculação será com valores centrais da dignidade humana” (p. 142).

71 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 102 e 143. Para esse autor, o termo “fundamental” é a forma linguística que abarca de forma mais precisa e procedente todas as dimensões do fenômeno desses direitos em sua integralidade, estendendo-se a todas as possíveis facetas, sem incorrer em reducionismos (p. 36-38).

72 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 109.

73 Essa condição excluiria o direito de propriedade como direito fundamental, isto é, como possível apoio na moralidade dos direitos humanos, embora seja suscetível de juridificação e muito importante nas sociedades modernas (p. 111). Peces-Barba Martínez sustenta que será um resultado importante do *processo de generalização* dos direitos humanos (consistente no ajuste entre a afirmação teórica liberal da igualdade dos direitos naturais e a sua prática restritiva), processo no qual se inclui a evolução até o fim da escravidão, a consagração do sufrágio universal, e o direito de associação, a progressiva tomada de consciência de que a propriedade não pode ser uma pretensão justificada, base ética de um direito fundamental, porque não pode ser estendida a todo o mundo. Ao

No mesmo diapasão, disserta Gerardo Pisarello que, em um plano axiológico, o que indica o caráter fundamental de um direito é, antes de tudo, sua pretensão de tutela de interesses ou necessidades vitais ligados ao princípio da igualdade.

Es el carácter generalizable a todas las personas de los intereses y necesidades en juego, precisamente, lo que convierte un derecho fundamental en un derecho inalienable e indisponible para el poder y lo que lo opone a los privilegios, por naturaleza selectivos, excluyentes y, por tanto, removibles. *Derechos fundamentales y derechos humanos o derechos de las personas* podrían revestir, desde esta perspectiva axiológica o valorativa, un significado similar.<sup>74</sup>

Os direitos fundamentais supõem igualmente a dimensão normativa, a do Direito Positivo, apoiada no aparato coercitivo do Estado, ante a necessidade de eficácia social, para que as funções atribuídas (o “para que”) possam ser reais. Os direitos fundamentais constituem um subsistema dentro do sistema jurídico: o Direito dos direitos fundamentais.<sup>75</sup>

La dimensión jurídica no es un añadido a unos derechos que son autosuficientes sólo con su aspecto ético, sino que es un elemento inseparable para la misma existencia de éstos. Llegamos también desde aquí a la conclusión de que la identificación de los derechos, lo que hemos llamado su comprensión, no se agota en la respuesta al por qué, sino que exige, sin duda, la respuesta al para qué, y ésta sólo se puede dar desde el Derecho positivo.<sup>76</sup>

Não se quer com isso defender, evidentemente, que com a positivação se decide o que é moral. Essa positivação “extrema”, como defendido por Hobbes, que não deixa espaço para uma moralidade autônoma que se positiva, não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais. Pode-se falar de reducionismo positivista teórico, quando se sustenta que os direitos só existem por sua criação no Direito Positivo, são apenas expressão do soberano, da vontade geral, sendo o oposto do jusnaturalismo, não tomando em consideração ou não valorando as dimensões éticas prévias que servem para formar

carecer de generalidade, não é um direito igual de todos os seres humanos, e esse debate moral se trasladará ao Direito positivo, de onde a propriedade será excluída do núcleo central dos direitos a nível internacional (vide a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que o relega a seu protocolo adicional) e nacional, mencionando Peces-Barba Martínez a Constituição Espanhola de 1978, que exclui a propriedade da proteção do direito de amparo e permite sua delimitação de acordo com a lei, o que na prática suporia sua desconstitucionalização, salvo no conteúdo essencial (p. 170). Essa posição, coerente sob o ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, é compartilhada por Luigi Ferrajoli (cf., para uma análise mais aprofundada, o artigo de Marcos Leite Garcia e Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino, “A propriedade é um direito fundamental?”, 2016). A Constituição Federal brasileira, porém, garante o direito no catálogo dos direitos fundamentais, sendo, portanto, o direito de propriedade formalmente fundamental no Ordenamento Jurídico Brasileiro, e não apenas subjetivo ordinário, em que pese poder ser conformatado pelo legislador ordinário, sobretudo frente a sua função socioambiental constitucionalmente reconhecida, desde que garantido o núcleo essencial do direito.

74 PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*, 2007. p. 80. Todavia, a conexão entre perspectiva axiológica externa e perspectiva dogmática interna não é total nem, muitas vezes, necessária. Os ordenamentos jurídicos internos podem considerar como de maior relevância, incorporando em suas Constituições, interesses e necessidades discriminatórios e excludentes, sempre criticáveis e impugnáveis de um ponto de vista axiológico, externo. Cita como exemplo a Constituição dos Estados Unidos, que consagra como fundamental o direito a portar armas (p. 80-81).

75 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 109 e 199.

76 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 199. A propósito, giza o autor a contradição (difícil de salvar teoricamente) presente em todo o jusnaturalismo racionalista, que reclama a necessidade da positivação para plenitude e maior eficácia dos direitos, isto é, a defesa ao mesmo tempo do Direito Natural e de sua Positivação (Direito Positivo), avultando a lei como garantia de liberdade (p. 152 e 156).

a mesma ideia de direitos humanos.<sup>77</sup>

O processo de positivação supõe, afirma Peces-Barba Martínez, a correção do reducionismo jusnaturalista, mas aceitando a existência de uma moralidade dos direitos, que ele chama de filosofia dos direitos fundamentais.<sup>78</sup>

En cuanto son asumidos esos valores por el poder, estamos en la dinámica de formación de los derechos, pero en cuanto se sostiene, creo que erróneamente, que es el poder quien los crea, nos alejamos de la compleja construcción de los derechos fundamentales y del equilibrio entre valores morales, poder político y Derecho positivo, que exige una autonomía de las tres dimensiones, las tres necesarias, pero sin que ninguna tenga una hegemonía última sobre las demás.

El proceso de positivación sólo se entiende desde este punto de vista, que respeta los pasos y las etapas, ética, política y jurídica, sin pretender suprimir la identidad de ninguna de ellas, ni tampoco dominar desde ninguna de ellas. Sólo la ley, expresión jurídica de un poder político, expresión de la voluntad popular, puede positivizar la moralidad de los derechos, y ese modelo de positivación es el que representa Locke.<sup>79</sup>

Destarte, todos os textos constitucionais que interiorizam pretensões morais justificadas como valores ou princípios políticos, acolhem como Direito Positivo os direitos fundamentais (teoria “trialista” ou integral dos direitos), os quais se desenvolvem, se aplicam e se garantem por outras formas de produção normativa, como a lei e a jurisprudência.<sup>80</sup>

77 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 55. Esse reducionismo faz depender a existência dos direitos da lei, não só como fonte de sua positividade, senão também de sua moralidade, refletindo no Direito a filosofia geral do positivismo ideológico, que esvazia o Direito de qualquer referente moral e os converte em meros instrumentos do poder, supondo em realidade o desaparecimento dos direitos fundamentais. Nesse sentido, são mais uma negação do que uma redução desses direitos, podendo conduzir ao totalitarismo. Já o reducionismo impróprio ou prático se refere a posições céticas e relativistas, de que será exemplo Hans Kelsen, fornecendo argumentos teóricos para não se ocupar da fundamentação (por que) dos direitos, pois os valores são subjetivos e relativos. Posições como de Kelsen e Alf Ross, que Peces-Barba Martínez situa entre o não cognoscitismo ético, que arranca de Hobbes, de Hume ou de Max Weber, conduzem ao reducionismo positivista (p. 55-56).

78 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 156-157. Os direitos fundamentais são a última fase de um processo que parte da moralidade (p. 49). Não faz sentido falar do conceito de um direito fundamental no qual não possa encontrar uma raiz ética vinculada às dimensões centrais da dignidade humana (p. 104).

79 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 157. O passo de Hobbes a Locke é o que representa o modelo de positivação dos direitos, desde a moralidade ao Direito positivo através da lei editada por um Poder Legislativo, expressão de poder baseada no contrato, vendo-se aqui a conexão entre constitucionalismo, o governo das leis e os direitos fundamentais, embora desde que Locke a expressará até hoje, a positivação tenha experimentado substanciais variações (p. 157).

80 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 159. “Cuando esa moralidad [humanista de libertad e dignidad] pudiendo incorporarse al Derecho positivo, no lo está en un momento histórico, estamos ante la *moralidad crítica*, ante pretensiones morales justificadas que constituyen la filosofía de los derechos humanos y que presiona, a través de los ciudadanos y de sus organizaciones, para que el Estado la asuma como formando parte de su Derecho positivo. Parcialmente también se puede incorporar a través de las *decisiones de los jueces al interpretar* temas de derechos humanos en zonas de *textura abierta o de penumbra*, aunque siempre desde el problema y no de forma sistemática. El Tribunal Constitucional, en recursos de inconstitucionalidad, puede completar, desde dimensiones sistemáticas, derechos fundamentales al recoger pretensiones morales, convirtiendo esa moralidad crítica en legalizada. Incluso en recursos de amparo la resolución reiterada en el mismo sentido de casos concretos puede tener un efecto sistemático similar. Cuando ese proceso culmina estamos ante los derechos fundamentales. Hay que decir también que un derecho fundamental, como toda norma de Derecho Positivo, no se termina cuando alcanza ese status jurídico, sino que entra en una dinámica de desarrollo, de interpretación y de aplicación que afecta al propio sentido y a la función de tal derecho. La acción de los operadores jurídicos, en el desarrollo legal, reglamentario o judicial de los derechos forma parte también del ámbito de interés de la comprensión de los mismos en el análisis de su función. La comparación entre creación e interpretación musical ya se hizo en el realismo norteamericano y sirve para entender esta última fase que prolonga la búsqueda del para qué de los derechos, en la acción de sus «intérpretes» y no sólo de sus «compositores»” (p. 105-106).

Essa segunda exigência exclui o chamado direito à desobediência como fundamental, porque seria uma contradição interna lógica juridificar a possibilidade de destruição do Direito, e o seria muito mais o direito de resistência ou rebelião. Esses são fatos, derivados em muitos casos de pretensões morais justificadas, entre os quais se encontra o Direito. Tampouco é insuscetível de jurificação o direito ao trabalho, por impossibilidade, em virtude de um condicionamento externo, de manter a técnica imprescindível da obrigação correlata,<sup>81</sup> vinculando-se, aqui, à terceira exigência dos direitos fundamentais, que é a eficácia.

O modelo integral dos direitos humanos pressupõe, finalmente, uma reflexão sobre a realidade social para que os ideais morais e as normas jurídicas dos direitos fundamentais possam ser eficazes, arraigando-se na realidade. Supõe os obstáculos ou impedimentos extrajurídicos para a implantação real das pretensões morais convertidas em Direito dos direitos humanos. A justiça e a validade necessitam da eficácia. É, principalmente, o tema da escassez, que repercute na possibilidade de um conteúdo igualitário dos direitos, e, conseqüentemente, mais em sua justiça que em sua validade, afetando a possibilidade de considerar a pretensão moral como generalizável, isto é, como apta a ser convertida em lei geral. Peces-Barba faz questão de ressaltar que fala de escassez em sentido forte, ou seja, “*como bienes que no pueden en ningún caso repartirse, porque ese reparto nunca alcanza a todos. La suma total de esos bienes no se puede dividir para que todos puedan participar de alguna manera en ella*”. No entanto, o autor observa que também se utiliza escassez em sentido mais amplo, em que cabe uma repartição que alcance a todos. Inclusive muitos direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à educação, à saúde ou à habitação, têm sua razão de ser precisamente numa ação dos poderes públicos para repartir uma escassez, que os particulares, titulares dos direitos, não poderiam alcançar com a lei do mercado. A escassez que impede a existência de um direito fundamental é a primeira, e não a segunda, e é só a ela que Peces-Barba se refere quando cuida da eficácia dos direitos humanos.<sup>82</sup>

A eficácia é um conceito ambivalente utilizado na teoria do Direito para assinalar a influência – o impacto – do Direito sobre a realidade social, de seus níveis de obediência, ou, ao contrário, da realidade social sobre o Direito, a saber, do condicionamento da justiça ou moralidade das normas ou de sua validade ou legalidade por fatores sociais. É essa hipótese que Peces-Barba alude como terceiro elemento da compreensão dos direitos fundamentais, que não são só valor e norma.<sup>83</sup>

Moralidad o Justicia, Normatividad, término que me parece más comprensivo que el de legalidad, y eficacia son tres estratos imprescindibles, inseparables e inexplicables sin una comunicación entre ellos, para evitar reduccionismos y abarcar en toda su complejidad el fenómeno de los derechos fundamentales.<sup>84</sup>

81 Hoje é difícil sustentar a tese do direito ao trabalho, assim como o direito à paz e ao desenvolvimento, como fundamental, ante as condições econômicas e sociais da sociedades atuais. (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 170).

82 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 108-109.

83 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 112.

84 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*, 1995. p. 58.

São estas três dimensões, axiológica (moralidade), político-jurídica (juridicidade) e sociológica (eficácia), que permitem a compreensão integral, superando os reducionismos fundamentalista e funcionalista—dos direitos fundamentais. Essa compreensão integral pressupõe uma atividade intelectual integradora do que Peces-Barba Martínez chama filosofia dos direitos e Direito Positivo. “*Es un punto de encuentro entre Derecho y moral, quizá el más relevante de todos, mediado como veremos por el Poder, y que se sitúa en el Derecho en el nivel superior del Ordenamiento y en la moral plante a los problemas centrales*”.<sup>85</sup>

Em suma, além de generalizável, o direito fundamental deve ser exequível. Para que possa ser considerado fundamental, o direito analisado deve passar no “duplo teste” da universalidade e da exequibilidade. Por essa razão, não se pode admitir, tecnicamente, por exemplo, um direito fundamental à felicidade, posto que se cuida de um conceito subjetivo.

Peces-Barba Martínez esclarece que se uma pretensão justificada moralmente na dignidade humana e com aparência de direito fundamental em potência não se pode positivar, em nenhum caso, por razões de validade ou de eficácia, por não ser suscetível de converter-se em norma ou por não poder aplicar-se por seu impossível conteúdo igualitário, em situações de escassez, não se pode considerar essa fundamentação relevante como a de um direito humano fundamental. Nesse tema, o espírito e a força, a moral e o Direito estão entrelaçados e a separação os mutila. Citando Pascal, diz que a justiça sem a força é impotente, e a força sem a justiça é tirânica, sendo necessário colocá-las juntas para que o justo seja forte e o forte seja justo, e os direitos humanos fundamentais são uma forma de fazê-lo.<sup>86</sup>

## 5. CONCLUSÃO

A história dos direitos fundamentais – hoje assim denominados—é também a história da luta pela dignidade humana. A dignidade da pessoa humana é a fonte dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático de Direito contemporâneo, daí a sua importância como critério de identificação da jusfundamentalidade material de direitos assegurados na Constituição, ainda que não constantes do catálogo do Título II relativos aos direitos e garantias fundamentais.

O conceito antropológico de pessoa humana, que subjaz na Constituição de 1988, na esteira das Constituições contemporâneas, é não só de ser racional, com autonomia, mas também histórico, portador de necessidades materiais, sentimental, corporal e interrelacional.

Os direitos fundamentais conformam, na democracia constitucional, a esfera do indecível, conforme expressão cunhada por Luigi Ferrajoli, excluída, portanto, da esfera do decível, ou seja, da decisão política das maiorias contingentes, por mais qualificadas que o sejam, e do mercado, como direitos invioláveis, indisponíveis e inalienáveis. São os direitos de maior relevância no ordenamento jurídico interno, integrando

o rol das cláusulas pétreas, núcleo duro da Constituição, possuindo aplicabilidade imediata, com efeito vertical e horizontal, e gerando deveres fundamentais, que também possuem aplicabilidade imediata. Constituem um subsistema jurídico, o Direito dos direitos fundamentais.

Mesmo diante do avanço conceitual do princípio da dignidade humana e da consagração doutrinária e constitucional ampliadora dos direitos fundamentais, a grande problemática de ambos os sistemas nacionais e internacional de direitos humanos e fundamentais de um modo geral é a sua implementação. Assim, é importante firmar, no plano teórico, a visão interdependente das dimensões dos direitos humanos fundamentais, numa lógica unitária e cumulativa.

A Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), promulgada na 2ª Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, estabeleceu, no seu art. 5º, que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, reconhecendo que as diferentes dimensões de direitos humanos conformam um sistema integrado da dignidade humana. Do mesmo modo, no plano interno, realça-se a necessidade de (re)construção dogmática unitária a partir da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais de todas as diferentes dimensões, que reflita sua continuidade axiológica e estrutural, evidenciando a sua necessária indissociabilidade e complementariedade. A harmonia do sistema da dignidade humana é medida indispensável a uma tutela integral e efetiva da pessoa.

Nesse sentido, merece ênfase o pensamento do Gregorio Peces-Barba Martínez que, mediante análise diacrônica, ressalta a importância da compreensão integral do fenômeno dos direitos fundamentais, a qual evita os reducionismos tanto metodológicos, do jusnaturalismo e do juspositivismo, quanto ideológicos, relacionados às aportações liberal, democrática e social. São os três estratos, axiológico (moralidade), político-jurídico (juridicidade) e sociológico (eficácia), necessários e inseparáveis, que permitem a compreensão integral da complexa construção dos direitos fundamentais.

Dessa compreensão integrada depende a efetividade dos direitos fundamentais, para enfrentar o desafio de assegurar a todos uma existência digna e o livre desenvolvimento da personalidade. Há que se aperfeiçoar as garantias dos direitos e aprofundar (democratizar) os espaços de participação democrática dos seus titulares, e avançar ao constitucionalismo social e ambiental (ecológico), junto ao liberal, ao constitucionalismo de direito privado, junto ao de direito público e, por fim, a todos os níveis, num constitucionalismo regional, internacional, supra-estatal, e transnacional, e não só estatal. Nesses três âmbitos, adverte Ferrajoli, a discussão não somente não está fechada, senão apenas começa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista**

85 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**, 1995. p. 103.

86 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**, 1995. p. 104.

do Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Brasília: CJF, v. 1, n. 1, set./dez. 1997.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010.

GARCIA, Marcos Leite ; AQUINO, Sérgio. R. Fernandes de. A propriedade é um direito fundamental?. In: Argemiro Cardoso Moreira Martins; Grasielle Augusta Ferreira Nascimento; Paulo Roberto Barbosa Ramos. (Org.). **Constituição e democracia II**. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2016. v. 2. p. 23-46.

HERRERA FLORES, Joaquim. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. **Política ecológica y pluralismo territorial**: ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad. Madrid: Marcial Pons, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fortes, 2009.

OLIVEIRA NETO, Franciso José Rodrigues de. O ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; ESPÍRITO SANTO, Davi do (coord.); SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; JACOBSEN, Gilson. **Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente**. Alicante: IUACA/U Alicante, Itajaí: UNIVALI, 2016. p. 172-193. *E-book*.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

## ELEMENTOS DA LEGISLAÇÃO SANITÁRIA E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Felipe Barreto de Melo<sup>1</sup>

**SUMÁRIO**: 1. Introdução. 2. O planejamento em saúde sob a perspectiva da legislação sanitária. 3. O planejamento em saúde e a disponibilidade de recursos à luz da legislação sanitária. 4. E como fica o controle das políticas públicas de saúde? Conclusão. 5. Referências Bibliográficas

**RESUMO**: O presente estudo tem por objetivo demonstrar que, segundo a legislação sanitária, a construção das políticas públicas de saúde se faz necessariamente no âmbito dos planos, programações anuais de saúde e relatórios de gestão. O trabalho também demonstra a relevância da compatibilidade entre o planejamento e a disponibilidade de recursos no âmbito do Sistema Único de Saúde, expressamente prevista no arcabouço normativo-sanitário.

### 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da saúde pública no Brasil se relaciona com a própria história do país e com os avanços das condições de vida no território pátrio.

O percurso se inicia num contexto de absoluta ausência de política estruturada de assistência à saúde no período colonial, e avança paulatinamente no século XX, com o enfoque preventivo do movimento sanitário e o modelo curativo da instituição de caixas ou institutos de aposentadorias e pensões para alguns grupos de trabalhadores<sup>2</sup>.

Finalmente, sobrevém um profundo avanço com a Constituição Federal de 1988 e Lei Federal n. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde, LOS), que instituíram o Sistema Único de Saúde, baseado na universalidade das ações e serviços estatais da saúde para todos que deles necessitarem. No entanto, trata-se de um modelo de assistência ainda em construção e com algumas dificuldades de financiamento.

De outro lado, o desenvolvimento de novas formas de combate às doenças e prolongamento da vida humana por meio do progresso científico produziu uma crescente busca, individual e coletiva, por meios de promoção e preservação da saúde

<sup>1</sup> Procurador do Estado de Santa Catarina, em exercício na Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Saúde.

<sup>2</sup> FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. **Sus versus Tribunais: Limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima**. Curitiba. Juruá, 2014, p. 20/35.

no território brasileiro.

Diante de tal cenário, não é incomum se apontar alguma deficiência na prestação da assistência pública à saúde. Daí porque frequentemente as gestões do Sistema Único de Saúde se deparam com solicitações de variados setores acerca da necessidade de melhoria de algum ponto do serviço estatal.

As dificuldades aumentam quando os requerimentos se transformam em processos acerca das políticas públicas de saúde, examinados pelas instituições do Sistema de Justiça.

São corriqueiras as intervenções judiciais nessa seara, com ordens de construção de leitos hospitalares nos mais distintos âmbitos da saúde, ampliação de alguma unidade hospitalar ou até mesmo a instalação de serviço ainda não existente numa determinada comarca ou subseção judiciária.

Em linhas gerais, o controle jurisdicional em comento parte de algumas premissas: a) há uma falha da assistência pública à saúde no local da demanda; b) a legislação pátria atribuiu ao poder público o dever de promover esse direito fundamental; c) impõe-se a sua materialização.

Contudo, é preciso aprofundar o assunto.

Ilustrativamente, se em algum estado federado há necessidade de construção de mais leitos de unidade de terapia intensiva, UTI, do que os recursos disponíveis, para diferentes regiões, quais são os parâmetros que norteiam a tomada de decisão?

Tome-se, por exemplo, o Estado de Santa Catarina. Se a realidade regional apontar a importância da criação de quarenta leitos nos municípios de São Miguel do Oeste, Lages, Criciúma e Itajaí, como deve o administrador proceder para enfrentar o tema? Basta dividir o número entre as quatro cidades? E se a demanda for desigual? E se não houver orçamento para a instalação de todas as unidades, quem terá a preferência?

Na hipótese descrita, caso o processo judicial verse sobre a matéria apenas num dos quatro locais, a abordagem ali contida tende a ser distorcida, uma vez que examinada sob uma perspectiva microscópica, e por vezes pode até mesmo agravar a questão.

A legislação sanitária oferece uma série de diretrizes que envolvem o planejamento das políticas públicas de saúde que, em hipóteses deste jaez, merecem apresentação e divulgação entre os atores jurídicos envolvidos com o tema.

O objetivo do presente estudo, então, é apontar tais vetores para contribuir com a defesa do Estado de Santa Catarina em juízo, e possibilitar uma melhor compreensão da situação pelo Sistema de Justiça.

## 2. O PLANEJAMENTO EM SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DA LEGISLAÇÃO SANITÁRIA

Em breves linhas, o direito à saúde se caracteriza como um direito fundamental de segunda dimensão, cuja efetivação exige alguma prestação positiva por parte do

Estado ou da sociedade.

Justamente por envolver um fazer, o panorama da assistência à saúde é extremamente complexo e vai muito além de uma mera opção do gestor de entregar ou não um recurso terapêutico a alguém ou a uma comunidade. Ademais, envolve o desafio da escassez em menor ou maior grau e a utilização de recursos para a implementação de políticas acessíveis a todos<sup>3</sup>.

Nesse cenário, o intuito do presente tópico é apontar uma gama de regras que o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu com o intuito de traçar os contornos da criação das políticas públicas de saúde em todos os níveis da federação.

Além dos princípios do Sistema Único de Saúde popularmente conhecidos, o sistema legislativo sanitário disciplinou o assunto com enfoque em dois pontos essenciais, quais sejam: a importância substancial do planejamento administrativo, e sua submissão a controle social por meio da participação popular.

No que diz respeito ao primeiro tem, os artigos 15 e 36 da LOS impõem às três esferas da federação o dever de elaboração e atualização periódica de um Plano de Saúde, em nível ascendente, do municipal ao federal, que compatibilize a necessidade da política de saúde com a disponibilidade de recursos.

Assim, cada ente deve regularmente produzir diagnósticos sobre a assistência à saúde em sua esfera de competência, com: 1) a coleta de dados sobre os desafios detectados no seu limite territorial (sondagem da realidade, urgências, tendências e necessidades); 2) a verificação de meios e recursos essenciais para enfrentar as questões e alcançar os objetivos desejados em prazos determinados; 3) seleção das melhores opções para cada problema, considerando a estrutura ou possibilidade financeira disponíveis; 4) atuação propriamente dita; 5) avaliação de todo o processo, por meio diferentes modos de controle, inclusive social<sup>4</sup>.

O Plano de Saúde é a base das atividades e programações em cada nível de direção do Sistema Único de Saúde, e seu financiamento será previsto na proposta orçamentária (art. 36, § 1º, da Lei Federal n. 8.080/1990). O documento “equivaler” a um Plano Plurianual, PPA, do poder público no âmbito da saúde, no qual se expõem os problemas, as possibilidades e os objetivos a serem perseguidos pelo serviço estatal.

Em outras palavras, o Plano de Saúde é um instrumento central de planejamento para definição e implementação de todas as iniciativas no âmbito da saúde de cada esfera da gestão do SUS para o período de quatro anos, explicita os compromissos do administrador para o setor de saúde e reflete, a partir da análise situacional, as necessidades de saúde da população e as peculiaridades próprias de cada esfera<sup>5</sup>.

3 MELO, Felipe Barreto de. **Controle judicial das políticas públicas de saúde. um olhar para a legislação sanitária**. Disponível em <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/control-judicial-das-politicas-publicas-de-saude-um-olhar-para-a-legislacao-sanitaria>> Acesso em 27.09.2019

4 *Idem*.

5 Brasil. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. **A Gestão do Sus**. Brasília: CONASS, 2015, p. 37.

A importância do planejamento formal da política de saúde é tão grande que o art. 22, parágrafo único, inciso II, da Lei Complementar Federal n. 141/2012, autoriza a restrição da transferência de recursos entre os entes federados, em caso de inexistência do instrumento. Via de consequência, a União ou Estados podem condicionar o repasse de valores entre os fundos de saúde à elaboração do Plano de Saúde.

O planejamento quadrienal se subdivide por quatro anos, por meio de outro dispositivo de gestão, denominado Programação Anual de Saúde, PAS.

A PAS corresponde a instrumento que operacionaliza as intenções expressas no Plano de Saúde e tem por objetivo anualizar as metas nele contidas e prever a alocação de recursos orçamentários a serem executados. A programação pressupõe a definição das ações para alcance das metas do plano em um ano específico, a identificação dos indicadores para monitoramento dos projetos e a utilização das verbas necessárias para o cumprimento dos objetivos<sup>67</sup>.

O terceiro instrumento que merece destaque é o Relatório de Gestão. Trata-se de documento elaborado pela administração para a apresentação dos resultados alcançados com a execução da PAS e orientar eventuais redirecionamentos que se fizerem necessários no Plano de Saúde<sup>8</sup>. Possibilita a prestação de contas, e especialmente, o acompanhamento sobre a PAS, consoante o art. 36 da Lei Complementar Federal n. 141/2012.

No que tange ao segundo aspecto anteriormente mencionado, cabe salientar que todo o planejamento em saúde se sujeita ao crivo do controle social e à própria participação popular em sua concepção.

O Conselho de Saúde é órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários. A última categoria é representada por diferentes setores da sociedade, inclusive grupos previamente determinados como entidades indígenas, associação de pessoas com deficiência, organização de moradores, dentre outras.

Seu papel merece relevo porquanto perfectibiliza a participação popular na elaboração e no acompanhamento das políticas públicas, e, principalmente, porque o ente público respectivo tem o dever de atender às deliberações do órgão colegiado<sup>9</sup>. A função de proponente dos parâmetros e fiscal da execução dos Planos de Saúde e Programações se evidencia em diversos dispositivos da legislação sanitária.

Conforme o art. 1º, §1º e 2º, da Lei Federal n. 8.140/1990 cabe à Conferência de Saúde propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, e, ao Conselho de Saúde, elaborar estratégias e acompanhar a execução dos programas na instância correspondente.

Na mesma linha, o art. 37 da LOS assevera que o Conselho Nacional de Saúde

6 *Idem*, p. 38.

7 Brasil. Ministério da Saúde. Portaria Nº 2.135/2013.

8 Brasil. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. *Idem*, p. 41

9 MELO. Felipe Barreto de. *Ibidem*.

formulará as diretrizes a serem observadas na elaboração dos Planos de Saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa. Por sua vez, o art. 14-A, parágrafo único, I, do mesmo diploma exige aprovação do planejamento pelo órgão colegiado.

O art. 36, §2º, da Lei Complementar Federal n. 141/2012, de outro lado, prevê o prévio encaminhamento da Programação Anual de Saúde ao respectivo conselho antes da data de encaminhamento da lei de diretrizes orçamentárias do exercício correspondente. O art. 22, parágrafo único, inciso I, também admite a restrição da transferência de recursos entre os entes federados, que não instituíram o órgão colegiado.

Em acréscimo, faz-se importante registrar os art. 31, III, 36, §1º, da mesma lei, que atribui aos administradores o dever de ampla divulgação das prestações de contas da área da saúde, com ênfase no que toca à análise do Conselho de Saúde.

Na sequência, o art. 36, §1º obriga os gestores a comprovar o envio de Relatório de Gestão ao Conselho de Saúde, até 30 de março do ano seguinte ao da execução financeira, cabendo-o a órgão emitir parecer conclusivo a respeito.

A apresentação de todos os dispositivos legais sobre o órgão colegiado se justifica para demonstrar o tamanho de sua importância nas políticas estatais de assistência à saúde e, notadamente, evidencia a concepção legislativa para o controle social de tais programas.

Em adendo, denota que o conselho representa um espaço para a população apresentar suas queixas ou formular denúncias, ou cobrar medidas dos serviços de saúde, numa espécie de canal entre a sociedade, administração, e demais instituições fiscalizadoras do poder público<sup>10</sup>.

Observa-se da presente exposição que, segundo o ordenamento jurídico, a atuação estatal na assistência à saúde se desenvolve com organização e preparação para gerar bons resultados. Referida atividade passa por acompanhamento e monitoramento regular das formas de controle social desde a concepção das diretrizes, envolve a execução das metas, o exame das ações produzidas e os objetivos alcançados.

### 3. O PLANEJAMENTO EM SAÚDE E A DISPONIBILIDADE DE RECURSOS À LUZ DA LEGISLAÇÃO SANITÁRIA

A qualificação do direito à saúde como direito de segunda dimensão, em parte dependente de prestações positivas, por si só indica a importância da questão da aferição da disponibilidade de recursos<sup>11</sup>. Afinal, a matéria envolve o desafio da utilização de verbas públicas para a implementação de políticas acessíveis à toda população. Logo, o desenvolvimento dos serviços depende necessariamente da verificação da existência de previsão orçamentária.

10 MELO. Felipe Barreto de. *Ibidem*.

11 A crítica que normalmente se aponta aqui é o descabimento de uma alegação genérica de ausência de recursos como elemento impeditivo da salvaguarda de um direito fundamental.

Como adverte Clenio Jair Schulze, um dos aspectos limitadores da amplitude do direito à saúde é a inexorável escassez financeira. Não é possível imaginar que a Constituição confere a todo brasileiro o direito de ter a melhor prestação de saúde existente no mundo<sup>12</sup>.

Nesse viés, cumpre tecer algumas considerações sobre a relação entre planejamento e execução das políticas públicas de saúde e o aspecto econômico.

Tanto a LOS quanto a Lei Complementar Federal n. 141/2012 evidenciam a relevância da questão.

A primeira, em seu art. 15, X, dispõe que a proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), deve se conformar com o plano de saúde. Neste enfoque, o plano de saúde também precisa se amoldar às possibilidades orçamentárias do poder público pertinente, porquanto a materialização dos projetos envolve a utilização dos valores disponíveis.

O art. 36 é enfático quanto ao ponto, ao reconhecer a necessidade de compatibilização das necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos.

O segundo diploma, em seu art. 2º, II, prevê que a aplicação de recursos em saúde deve ocorrer em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação. No art. 36, § 2º, dispõe sobre o envio da PAS ao Conselho de Saúde antes da data de encaminhamento da Lei de Diretrizes Orçamentárias, LDO, do exercício correspondente.

Por fim, cabe mencionar o art. 30, no sentido de que impõe a elaboração do PPA, LDO, Lei Orçamentária Anual, LOA, e os planos de aplicação dos recursos dos fundos de saúde de cada ente sejam elaborados em harmonia com a lei complementar.

Portanto, as leis ora citadas expressamente estabelecem a necessidade de harmonia entre a questão orçamentária e o planejamento das políticas públicas de saúde.

Via de consequência, observa-se que os dispositivos legais mencionados afastam o pensamento comum no meio forense, de que o fator financeiro não tem relevância para o deslinde da questão, ou ainda, de que as supostas omissões do Poder Público no implemento de políticas públicas de saúde simplesmente exigem a atuação do Poder Judiciário para garantir o direito fundamental.

Ao contrário, os textos indicam que a questão econômica tem intrínseca relação com o planejamento e os programas estatais de saúde.

#### 4. E COMO FICA O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE? CONCLUSÃO

Volta-se ao exemplo de Santa Catarina. Num contexto de insuficiência de recursos a lógica do planejamento aponta que a implantação dos leitos de UTI envolve a constatação dos locais com maior criticidade, aliado ao exame da abrangência e dos

12 SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde – Análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 39.

ganhos que a melhoria pode alcançar nas regiões deficitárias.

Imagine-se então que, apesar da necessidade quarenta leitos, o plano de saúde estadual indique como prioridade a construção de dez leitos de UTI em Itajaí, considerando os recursos existentes e a situação crítica local de superlotação hospitalar. Um provimento jurisdicional que impõe a instalação de dez leitos na cidade de São Miguel do Oeste num prazo de um ano, interfere diretamente na lógica de escolhas feita pelos gestores e aprovadas pelo Conselho de Saúde.

Com efeito, as soluções formuladas terminam por mudar. Como o orçamento da saúde é o mesmo, cabe ao administrador a resolver um conflito de problemas e de ordens tratamento, com o remanejamento de verbas.

Na hipótese em tela, o desfecho do processo até pode contribuir na solução de um problema a nível local. Mas, certamente, com evidente prejuízo ao enfrentamento da questão no âmbito regional ou estadual.

Por outro lado, a descrição sobre o proceder estatal na área da assistência à saúde evidencia que o serviço estatal pertinente se move (ou deve funcionar) com prioridade, perspectiva e planejamento. Inclusive, na integração entre as finanças disponíveis e os principais problemas a sanar<sup>13</sup>.

E mais, a leitura dos dispositivos do arcabouço sanitário indica que a construção e a manutenção das políticas públicas em saúde passam inegavelmente pela inserção dos projetos, objetivos e medidas nos planos nacionais, estaduais e municipais, programações anuais e relatórios de gestão.

Dito de outro modo, os documentos ora referidos são instrumentos centrais na criação dos programas e serviços de saúde. Isto significa que inexistente planejamento ou análise da atuação do poder público na área que possa ser dissociado das diretrizes e propostas neles contidas.

Por conseguinte, todo processo judicial que aborde o controle do papel estatal na saúde sem considerar as ferramentas da gestão previstas nos diplomas legislativos sanitários, e notadamente, as prioridades ali estabelecidas, tende a desorganizar a administração da política pública. Em agravo, resulta na ofensa a um plexo de regras do ordenamento jurídico pátrio.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (CONASS). *A Gestão do Sus*. Brasília: CONASS, 2015, p. 37.

BRASIL. Lei Federal n. 8.080/1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRASIL. Lei Federal n. 8.142/1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

13 MELO, Felipe Barreto de. *Ibidem*.

BRASIL. Lei Complementar Federal n. 141/2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Diretrizes para o processo de planejamento no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)**. Portaria N. 2.135, de 25 de setembro de 2013.

FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. **Sus versus Tribunais: Limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima**. Curitiba. Juruá, 2014

MELO. Felipe Barreto de. **Controle judicial das políticas públicas de saúde. um olhar para a legislação sanitária**. Disponível em <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/control-judicial-das-politicas-publicas-de-saude-um-olhar-para-a-legislacao-sanitaria>> Acesso em 27.09.2019

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde – Análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 39.

## TRANSFERÊNCIA DE PACIENTES PARA HOSPITAIS DE RETAGUARDA

Felipe Barreto de Melo<sup>1</sup>

Letícia Hoffmann da Silva<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Resumo; Ementa. 1. Relatório. 2. Fundamentação jurídica. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente parecer aborda consulta realizada pela Superintendência Hospitalar da Secretaria de Saúde do Estado de Santa Catarina sobre a transferência de pacientes para leitos de retaguarda. O trabalho parte da premissa de que o direito à saúde envolve um sistema de responsabilidade compartilhada entre o poder público, a sociedade, a família e o indivíduo. Observância do art. 2º, §2º, da Lei Federal n. 8.080/1990. Num cenário de escassez de vagas, todos os pacientes têm direito a receber assistência do serviço público de saúde. Princípio ético da autonomia da vontade que deve ser analisado em conjunto com os princípios da beneficência e da justiça.

**PARECER** nº. 0148/2019

### 1. RELATÓRIO

Trata-se de pedido de parecer encaminhado pela Superintendência de Unidades Hospitalares, SUH, a respeito da competência e legalidade das unidades hospitalares impelirem os pacientes internados, sua transferência aos hospitais de retaguarda do Estado. A unidade questionou ainda, sobre a possibilidade de prévia ciência e consentimento para transferência ser declarado pelo paciente no momento da internação.

É o sucinto relatório.

### 2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

De acordo com o art. 196 da Constituição Federal a saúde é um direito de todos e dever do Estado. O mesmo dispositivo esclarece a atuação do poder público: consiste em oferecer à população, políticas sociais e econômicas destinadas a reduzir e

<sup>1</sup> Procurador do Estado de Santa Catarina, em exercício na Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Saúde.

<sup>2</sup> Assistente de Gabinete, com exercício na Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina.

prevenir doenças, bem como disponibilizar para a coletividade as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação. Ainda que o texto constitucional ressalte a saúde como um direito fundamental e atribua aos entes públicos diretrizes para garanti-lo, é importante destacar que não se trata de uma carta branca de direitos de um lado, e de deveres, do outro.

Com efeito, o papel estatal não isenta o indivíduo de zelar pelo seu bem-estar, nem exclui a família ou a sociedade em geral da tarefa de cuidar da saúde, conforme dispõe o art. 2º, §2º, da Lei Federal n. 8.080/1990.

Consoante a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, os particulares (pessoas físicas e jurídicas) também possuem um dever geral de respeito e deveres específicos, tanto em relação à sua saúde, quanto no que tange à de terceiros. Portanto, há uma relação de solidariedade, na medida em que a sociedade responde proteção da saúde de cada um e de todos, num sistema de responsabilidade compartilhada<sup>3</sup>.

Além deste primeiro registro, vale salientar o art. 198 da Constituição Federal, cujo texto destaca que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, SUS, organizado de acordo com os seguintes vetores: descentralização (com direção única em cada esfera de governo), atendimento integral (com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais) e a participação da comunidade.

Dentro do arcabouço legislativo existente e, considerando inúmeros fatores, os entes públicos traçam as políticas de assistência à saúde, com ações de prevenção, promoção, proteção e recuperação. Por exemplo, um município decide pela instalação uma unidade básica de saúde em determinada região, ou um estado disponibiliza procedimentos terapêuticos em regime ambulatorial e/ou hospitalar em algumas localidades previamente estudadas.

Sob o enfoque da gestão hospitalar, o tratamento dos usuários do Sistema Único de Saúde envolve também a estrutura e a própria aptidão estatal para assegurar a realização de serviços públicos. Em outras palavras, a organização do sistema precisa regular a oferta de maneira a atender às necessidades dos pacientes, tanto do ponto de vista individual, quanto coletivo, dentro das possibilidades e deveres do ente público pertinente.

No caso do estado de Santa Catarina, o ente público possui uma rede de atenção hospitalar própria, com algumas instituições qualificadas como centros de referência em determinadas especialidades, ou segundo critérios do serviço de atenção a urgências e emergências.

Em complemento, a assistência de saúde prestada pelo grupo referencial ou emergencial conta com auxílio de outros hospitais, definidos como de retaguarda ou clínicas de apoio, e também e desenvolve em articulação com as unidades de saúde municipais.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários ao art. 196**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1932.

Nesse cenário, a consulta formulada envolve complexa questão relativa à ocupação e superlotações de alguns hospitais públicos, a necessidade de assistência aos usuários e a oferta de tratamentos em leitos de retaguarda, além do vínculo entre os princípios bioéticos da beneficência (ou não maleficência), justiça e autonomia da vontade<sup>4</sup>.

Os hospitais de retaguarda ou clínicas de apoio surgiram com o propósito de cuidar de pacientes crônicos, dependentes, sem possibilidade de serem tratados em domicílio, mas em condições de saúde estáveis, que não justifiquem uma internação em unidade de emergência ou urgência, ou em um hospital de alta complexidade.

Os indivíduos transferidos a tais unidades podem apresentar alguma das seguintes características: a) pacientes convalescente, que foram submetidos a procedimentos clínicos e/ou cirúrgicos e que se encontram em recuperação e necessitam de acompanhamento médico, de outros cuidados assistenciais ou reabilitação físico-funcional; b) portadores de múltiplos agravos à saúde, que necessitam de cuidados médicos assistenciais permanentes ou terapia de reabilitação; c) pacientes crônicos portadores de patologias de evolução lenta ou portadores de sequelas das patologias básicas que geraram a internação e que necessitam de cuidados médicos assistenciais permanentes, objetivando a reabilitação físico funcional; d) pacientes em cuidados permanentes, que tiveram esgotadas todas as condições de terapia específica e necessitem de assistência médica ou de cuidados permanentes.

A Portaria nº 2.809, de 7 de dezembro de 2012 do Ministério da Saúde<sup>5</sup>, estabelece a organização dos Cuidados Prolongados para Retaguarda, a Rede de Atenção às Urgências e Emergências (RUE) e demais Redes Temáticas de Atenção à Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Segundo o diploma normativo, a organização do sistema se materializa por meio da ampliação e qualificação das Portas de Entrada Hospitalares de Urgência, das enfermarias clínicas de retaguarda, dos leitos de Cuidados Prolongados e dos leitos de terapia intensiva, e pela reorganização das linhas de cuidados prioritárias de traumatologia, cardiovascular e cerebrovascular, segundo critérios previamente estabelecidos.

O artigo 16, § 2º, do ato dispõe que “quando houver retaguarda de atenção domiciliar no território, deverá ser realizada avaliação prévia e sistemática quanto à elegibilidade do usuário, garantindo-se a desospitalização<sup>6</sup> em tempo oportuno”. O mesmo vale para a transferência para unidades de apoio.

4 De forma geral a beneficência corresponde a um dever do médico de não causar dano e buscar auxiliar o paciente. O princípio da justiça está relacionado a uma ideia de equidade, de dar a cada um o que é seu, aliada a uma compreensão de coletividade. O princípio da autonomia envolve o reconhecimento do indivíduo como sujeito autônomo, previamente informado e esclarecido sobre as situações de saúde e apto a tomar decisões. Disponível em <[http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&tacao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=53&cod\\_publicacao=6](http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&tacao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53&cod_publicacao=6)> Acesso em 08.04.2019.

5 Disponível em <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt2809\\_07\\_12\\_2012.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt2809_07_12_2012.html)> Acesso em 28.03.2019 às 14h55min

6 O termo desospitalização significa a liberação do paciente internado no hospital de agudos, encaminhando-o para receber assistência em outras unidades de saúde ou seu domicílio, através do atendimento da equipe multidisciplinar, que visa reintegração do paciente na sociedade (Núcleo Nacional das Empresas de Serviços de Atenção Domiciliar). Caderno de boas práticas: desospitalização. Fascículo II. São Paulo: NEAD, 2017).

As clínicas de retaguarda recebem pacientes internados em hospitais gerais e então passam a atendê-los por meio de uma equipe multiprofissional, como outra forma de desospitalização. A Portaria n. 3.390/2013 do Ministério da Saúde<sup>7</sup>, que institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar no âmbito do SUS dispõe:

Art. 10. O acesso à atenção hospitalar será realizado de forma regulada, a partir de demanda referenciada e/ou espontânea, assegurando a equidade e a transparência, com priorização por meio de critérios que avaliem riscos e vulnerabilidades. § 1º O acesso à atenção hospitalar será organizado em consonância com as diretrizes da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) e da Política Nacional de Regulação, de forma pactuada na Comissão Intergestores Bipartite (CIB) ou Comissão Intergestores Regional (CIR), quando houver. § 2º As Portas Hospitalares de Urgência e Emergência deverão implementar acolhimento e protocolo de classificação de risco e vulnerabilidades específicas. § 3º A equipe de saúde será integralmente responsável pelo usuário a partir do momento de sua chegada, devendo proporcionar um atendimento acolhedor e que respeite as especificidades socioculturais. Art. 11. O modelo de atenção hospitalar contemplará um conjunto de dispositivos de cuidado que assegure o acesso, a qualidade da assistência e a segurança do paciente (...). § 5º As equipes dos serviços hospitalares atuarão por meio de apoio matricial, propiciando retaguarda e suporte nas respectivas especialidades para as equipes de referência, visando a atenção integral ao usuário. (...) 9º Ações que assegurem a qualidade da atenção e boas práticas em saúde deverão ser implementadas para garantir a segurança do paciente com redução de incidentes desnecessários e evitáveis, além de atos inseguros relacionados ao cuidado.

Em acréscimo, vale citar também o art. 3º da Portaria n. 2.395/2011<sup>8</sup>, do Ministério da Saúde, que organiza o Componente Hospitalar da Rede de Atenção às Urgências no âmbito do Sistema Único de Saúde:

Art. 3º São objetivos do Componente Hospitalar da Rede Atenção às Urgências:

I—organizar a atenção às urgências nos hospitais, de modo que atendam à demanda espontânea e/ou referenciada e funcionem como retaguarda para os outros pontos de atenção às urgências de menor complexidade;

II—garantir retaguarda de atendimentos de média e alta complexidade; procedimentos diagnósticos e leitos clínicos, cirúrgicos, de leitos de Cuidados Prolongados e de terapia intensiva para a rede de atenção às urgências; e (Alterado pela PRT GM/MS nº 2809 de 07.12.2012). III—garantir a atenção hospitalar nas linhas de cuidado prioritárias, em articulação com os demais pontos de atenção.

O ingresso hospitalar, bem como a transferência para hospital de retaguarda integra processo sistematizado que leva em conta: a demanda e a capacidade da oferta de serviço, com observância de critérios de atendimento segundo classificação de risco para cada paciente e, conforme as urgências e peculiaridades do caso. Com efeito, a gestão dos leitos hospitalares considera a sua complexidade e seu custo, com administração de maneira racional e com a indicação mais apropriada em cada hipótese.

<sup>7</sup> Disponível em <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2013/prt3390\\_30\\_12\\_2013.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2013/prt3390_30_12_2013.html)> acesso em 28.03.2019, às 11h57min.

<sup>8</sup> Disponível em <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2011/prt2395\\_11\\_10\\_2011.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2011/prt2395_11_10_2011.html)> acesso em 10.04.2019, às 15h25 min.

A leitura conjugada de ambas as portarias permite inferir que o modelo de atenção hospitalar contempla um conjunto de dispositivos de cuidado que assegure o acesso, a qualidade da assistência e a segurança do paciente. Neste norte, devem ser eleitas as ações que assegurem a qualidade da atenção e boas práticas em saúde. É isso que se busca quando da transferência de pacientes para os leitos de retaguarda.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)<sup>9</sup> elaborou parâmetros estatísticos e recomendações sobre a permanência de pacientes nos leitos de hospitais. A complexidade do hospital, o papel da internação via Pronto Socorro na demanda do hospital, o perfil clínico dos pacientes (severidade, faixa etária, comorbidade) e o tipo de procedimento ofertado são fatores que diferenciam a média permanência nos hospitais.

A implantação de protocolos clínicos contribui para facilitar a gestão da média de permanência para patologias de maior prevalência no hospital. O monitoramento dos pacientes se faz imprescindível e a utilização de hospitais de retaguarda permite o aumento de rotatividade de leitos de média permanência.

As políticas públicas de remanejamento de pacientes com quadros estáveis, busca o gerenciamento dos leitos, não somente para desafogar as unidades de origem, mas também para garantir o tratamento adequado ao paciente.

No que tange à segurança nos internamentos, a transferência para clínicas de apoio permite a redução de incidentes desnecessários e evitáveis, além de atos de risco relacionados ao cuidado nas internações.

Isso porque, os hospitais “comuns”, como dito, contam com intenso fluxo de pacientes que sofrem das mais diversas moléstias. Aliado a isso, o número de visitantes e mesmo de funcionários aumenta o risco de infecções e outras contaminações, em que pese sejam tomados os cuidados protocolares.

Nos hospitais de retaguardas o tratamento é continuado, os riscos de infecção são reduzidíssimos e a prevenção a outros tipos de doenças contagiosas ocorre de forma muito mais eficaz.

Em adendo, as unidades de apoio contam com profissionais aptos e dedicados ao tratamento de que necessitam aqueles pacientes, sem necessidade de revezamento para assistirem a enfermos em estado de saúde muito mais grave.

De outro lado, a liberação dos leitos nos hospitais comuns permite o atendimento dos novos pacientes que surgem a cada minuto.

Portanto, são inegáveis os benefícios da utilização de leitos de retaguarda para um tratamento mais apropriado para cada paciente do sistema público, aliado ao melhor gerenciamento do serviço, no sentido da disponibilidade de oferta àqueles que necessitam de assistência à saúde.

<sup>9</sup> Disponível em <<http://www.ans.gov.br/images/stories/prestadores/E-EFI-05.pdf>> Acesso em 28.03.2019 às 14h01min

A questão que exsurge é se, e como a Administração Pública pode remover pacientes para tais leitos.

É indubitável que tais situações geram discordâncias, exigindo muito mais dos profissionais da saúde, inclusive empatia e conhecimento ético, para que o médico saiba entender as necessidades de seus pacientes e melhor comunicar alternativas terapêuticas, a fim de diminuir as possibilidades de recusa<sup>10</sup>.

A respeito do assunto, importa trazer à baila alguns princípios e regras do Código de Ética Médica<sup>11</sup>, que dispõe:

#### Capítulo I

##### Princípios fundamentais

(...)

XVII—As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

(...)

XXI—No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

(...)

#### Capítulo II

##### Direitos dos médicos

##### É direito do médico:

(...)

II—Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitadas a legislação vigente.

(...)

VI—Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte dos seus corpos clínicos, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

(...)

#### Capítulo III

##### Responsabilidade profissional

##### É vedado ao médico:

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão

majoritária da categoria.

#### Capítulo IV

##### Direitos humanos

##### É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo;

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

#### Capítulo V

##### Relação com pacientes e familiares

##### É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

A partir da interpretação dos dispositivos transcritos, constata-se de plano que qualquer discussão sobre remoção de paciente pressupõe a existência de relatório ou manifestação médica que detalhe o contexto de saúde, com as justificativas sobre o tratamento ministrado ou a ser realizado, e em quais condições ou localidades.

Noutras palavras, é imprescindível o registro formal de documento médico que esclareça sobre a melhor indicação de tratamento que o caso requer, com a possibilidade de troca de instituição de saúde.

Em atenção ao dever de impessoalidade e publicidade previstos no art. 37 da Constituição Federal, também se mostra fundamental que Administração informe ao paciente da possibilidade de remoção para leito de retaguarda no momento de seu ingresso na instituição hospitalar. Aqui, toma-se a liberdade de sugerir até a divulgação da existência e dos benefícios dos leitos de retaguarda nos canais de divulgação dos próprios hospitais ou por outro instrumento que a Superintendência entender conveniente.

E se mesmo assim houver recusa do usuário ou de seus familiares quanto à mudança?

Ora inexistem dúvidas acerca de que a autonomia do paciente é um princípio bioético fundamental, tanto que bem considerado em diversos momentos pelo Código de Ética Médica e reconhecido mundialmente como um vetor fundamental da assistência à saúde, inclusive, em alguns momentos em contraposição ao princípio da beneficência e/ou da não-maleficência.

<sup>10</sup> NASCIMENTO, M.L. O direito de recusa a tratamento médico. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017

<sup>11</sup> Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>> Acesso em 28.03.2019 às 17h04min.

No entanto, tal princípio não é absoluto, eis que se relaciona diretamente com os princípios éticos da beneficência e, especialmente, com o de justiça. Quanto ao último, vale salientar o relatório Belmont<sup>12</sup> no sentido de que a justiça envolve a distribuição de encargos e benefícios a cada indivíduo de forma igual, isto é, uma disponibilidade equitativa de serviços de saúde.

Em outras palavras, o direito à saúde dentro do sistema hospitalar público tem pertinência com cada quadro clínico apresentado na instituição e, ainda, com a assistência de todos os usuários que buscam o local, o que envolve o gerenciamento do serviço.

Portanto, num cenário de superlotação hospitalar em que se faz premente a assistência de paciente em condições emergenciais ou de urgência, a ocupação do leito por usuário em condições de transferência para leito de retaguarda, unicamente fundada na autonomia da vontade se mostra descabida. E mais, acaba por provocar uma violação indireta ao direito à saúde de outrem. Afinal, todos têm direito de obter o tratamento necessário à sua condição.

Tal conclusão não implica ignorar a insuficiência da rede hospitalar estadual ou conferir um cheque em branco à administração, e sim, reconhecer que, numa hipótese de escassez de leitos, todos os pacientes têm direito a receber a assistência de saúde postulada em iguais condições.

Consoante afirmação anterior, a saúde envolve um sistema de responsabilidade compartilhada em que os indivíduos e toda a sociedade também são responsáveis pelo zelo com a saúde de terceiros. No ponto, cumpre relembrar o art. 2º, §2º, da Lei Federal n. 8.080/1990:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

(...)

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (destacou-se).

Em complemento, ainda que se considere como um aspecto importante a qualidade de vida e bem-estar do paciente baseado em suas considerações subjetivas, o oferecimento do tratamento necessário pelo sistema de saúde em local diverso do desejado nem sempre resulta em afronta ao seu direito à saúde. O serviço e a oferta continuam a existir, ainda que em instituição diversa. Salvo melhor juízo, não há direito adquirido do cidadão de receber assistência em setor de saúde específico.

Quando um paciente obtém um atendimento num centro de referência e posteriormente recebe encaminhamento para leito de retaguarda, o serviço público de saúde continua a ocorrer, com a peculiaridade de que será em outro ponto do sistema. Em verdade, o traslado para unidades de retaguarda por diversas vezes evita a alta prematura e garante aos indivíduos a continuidade do tratamento em local apropriado.

<sup>12</sup> Disponível em <<https://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>> Disponível também em <<https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html#xjust>> Acesso em 10.04.2019.

Não se trata de menosprezar as peculiaridades de cada internado como dificuldades de locomoção de acompanhantes/familiares, preferência pela unidade de origem ou quaisquer outros motivos particulares. A motivação da descentralização tem como vetores essenciais a continuidade da assistência de saúde para uns e a garantia do direito de outros, em situações emergenciais, que batem às portas do mesmo serviço.

De outro lado, o Sistema Único de Saúde constitui verdadeiro conjunto de engrenagens que se influenciam mútua e continuamente. No contexto abordado, se não houver descentralização de pacientes, findarão as vagas nas portas de entrada do SUS. Em adendo, a capacidade dos leitos de retaguarda/apoio será negligenciada e inócua, com graves prejuízos para o Estado e para a própria sociedade.

Por esta razão, a continuidade dos cuidados dos usuários em hospitais de retaguarda permite a integralidade do serviço, a equidade e a universalidade. A descentralização para demais pontos da rede de atenção à saúde não constitui negativa do dever do Estado como garantidor do direito fundamental e sim, uma medida de articulação de políticas públicas e estratégias médicas elaboradas por profissionais capacitados como planos de ação do SUS.

Em que pese o princípio da autonomia do paciente, as estratégias estruturais do SUS não podem ser simplesmente ignoradas. O paciente que não aceita o tratamento proposto baseia-se no direito de livre arbítrio e nos princípios da dignidade e liberdade.

De acordo com o artigo 15 do Código Civil, todos tem o direito de recusar determinado tratamento médico que lhe sane enfermidade ou até lhe salve a vida.

Carlos Alberto Bittar<sup>13</sup>, salienta que se o ato médico não necessita de urgência, nenhum profissional poderá coagir o indivíduo a receber qualquer tipo de intervenção, sob pena de responsabilidade civil.

Simetricamente, a negativa do paciente em ser transferido de unidade de saúde é uma espécie de recusa à continuidade do tratamento, baseado em motivos particulares. Nos casos em que deverão ser encaminhados a unidades de retaguarda, não se fala mais em risco de morte, pois como dito, seu estado de saúde é estável.

Diante de tal postura, não pode a unidade de origem ser obrigada a mantê-lo sob cuidados, ignorando todo o sistema e a demanda por vagas por parte de outros indivíduos, muitas vezes, em pior condição de saúde. Outrossim, no momento em que o cidadão se encontra apto para transferência para unidade de apoio, motivos pessoais para a permanência no hospital originário não justificam a ocupação do leito.

Feitas tais ponderações a respeito das vantagens e da verdadeira necessidade de transferência de pacientes, considera-se a prática não só necessária, mas legal.

No intuito de orientar à Administração sobre os procedimentos adotados para a

<sup>13</sup> BITTAR, C.A. **Os direitos de personalidade**. 7ª. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. P. 78.

implantação da medida, esta Consultoria sugere algumas ponderações.

Em primeiro lugar, parece pertinente a realização de ampla divulgação e conscientização da sociedade sobre a existência dos leitos de retaguarda e as vantagens decorrentes da internação em tais instituições. No ponto, vale alguma reflexão administrativa quanto à conveniência e oportunidade de implantação de práticas integrativas nesses setores, até mesmo como uma possibilidade extra a se oferecer aos enfermos.

Na sequência, mostra-se inteiramente recomendável a adequação dos termos de entrada de pacientes nos hospitais, ou na sua falta, a confecção de um documento similar, no qual se informe a todos os novos pacientes ou familiares, já no início da assistência sobre a possibilidade de transferência para leitos de retaguarda ou clínicas de apoio.

Depois, também é importante a colheita de relatório médico que esclareça sobre a melhor indicação de tratamento que o caso requer, com a possibilidade ou não de troca de instituição de saúde.

De modo similar, cabe à gestão hospitalar justificar os motivos da impossibilidade de manutenção do indivíduo no seu estabelecimento de referência (por exemplo: desnecessidade superveniente de internação em leito de emergência, superlotação do serviço etc.).

Em complemento, pode-se confeccionar um instrumento específico a ser entregue aos pacientes, com a informação sobre a necessidade de transferência para unidades de retaguarda e sobre suas responsabilidades em caso de recusa.

Eventual discordância do usuário ou de seus familiares quanto ao preenchimento do termo ou mesmo quando do momento da transferência pode ser registrada por escrito, preferencialmente com a subscrição de pelo menos dois servidores.

No caso de negativa, sugere-se a tentativa de composição amigável, com destaque para os benefícios da mudança, além da informação acerca da necessidade de ocupação do leito por outra pessoa, muitas vezes em graves condições.

Por derradeiro, afigura-se prudente a observância da territorialidade, no sentido de a Administração ofertar os leitos de retaguarda mais adequados ao caso, dentro da região de domicílio do paciente, ou em área próxima.

Conveniente lembrar que, à luz do art. 6º do Decreto Estadual nº 724, de 18 de outubro de 2007, que “Dispõe sobre a organização, estruturação e funcionamento do Sistema de Serviços Jurídicos da Administração Direta e Indireta”, a este órgão setorial compete apenas prestar consultoria e assessoramento sob prisma estritamente jurídico, **não lhe competindo adentrar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados por esta pasta, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.**

Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 24.0273, Relator Carlos Velloso, reconhecendo o caráter não vinculatório das Informações e dos Pareceres Jurídicos.

### 3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, com base na fundamentação supra, esta Consultoria Jurídica entende pela possibilidade e legalidade da política de transferência de pacientes às unidades de retaguarda/apoio.

Do mesmo modo, opina pela proposição de termo de aceite/responsabilidade pelo paciente, quanto ao evento futuro e incerto (transferência para hospitais de retaguarda), nos termos expostos na fundamentação.

Em razão da complexidade do tema e, visando à uniformização da orientação jurídica a ser adotada, opina-se ao Senhor Secretário de Estado da Saúde pela remessa dos presentes autos à consulta da Procuradoria-Geral do Estado, Órgão Central do Sistema de Serviços Jurídicos da Administração Direta e Indireta, nos termos do art. 4º, §3º, da Lei Complementar n. 317/2005, combinada com o art. 5º, XIII, e art. 8º, III, do Decreto Estadual n. 724/2007.

Eis o parecer que se submete à consideração superior.

Florianópolis, 10 de abril de 2019

[assinado digitalmente]

**Felipe Barreto de Melo**

**Procurador do Estado/Consultor Jurídico – SES/SC**

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. 7ª. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Média de permanência geral** (pacientes). Disponível em <<http://www.ans.gov.br/images/stories/prestadores/E-EFI-05.pdf>> Acesso em 28.03.2019.

CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP. **Princípios Bioéticos**. Disponível em <[http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=53&cod\\_publicacao=6](http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53&cod_publicacao=6)> Acesso em 08.04.2019.

GOLDIM, José Roberto. **Princípio da Justiça**. Disponível em <<https://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>>. Acesso em 10.04.2019.

NÚCLEO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS DE ATENÇÃO DOMICILIAR. **Caderno de boas práticas: desospitalização**. Fascículo II. São Paulo: NEAD, 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários ao art. 196**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

United States of America, U.S. DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION, AND WELFARE. **The Belmont Report**. Disponível também em <<https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html#xjust>> Acesso em 10.04.2019

# A INTEGRALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Marcia Coli Nogueira<sup>1</sup>

**SUMÁRIO.** 1. Introdução. 2. Direito a Saúde, um Direito Social. 3. Política Pública de Saúde: acesso à medicamentos. 4. O atendimento integral. 5. Intervenção do Poder Judiciário. 6. Identificação de demandas. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas

**RESUMO:** Muito já se tem escrito e estudado acerca do fenômeno da judicialização do direito à saúde. O trabalho quis mostrar uma outra visão, fazer outra abordagem sobre o tema. Traz alguns conceitos sobre direitos sociais e sua implementação. Analisa brevemente a política pública da assistência farmacêutica. Prioriza dentre os princípios do SUS, o princípio da integralidade. Fornece alguns dados sobre a judicialização, identificando alguns *gaps* ou gargalos. Conclui que o direito à saúde será mais bem garantido e protegido, mediante a articulação com outras políticas públicas, como pressupõe o princípio da integralidade, identificando o saneamento básico como uma necessidade.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 em seu preâmbulo instituiu um Estado Democrático, voltado para concretização dos *direitos sociais* e individuais (dentre outros), tendo como um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, III), e dentre seus objetivos, a *redução das desigualdades sociais* (artigo 3º, III), regendo-se nas suas relações internacionais pela *prevalência dos direitos humanos* (artigo 4º, II).

Para dar efetividade a estes princípios, a Emenda Constitucional nº 26/2000, fez constar, dentro do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o capítulo II, denominado “Dos Direitos Sociais”, o artigo 6º, que indica quais são os direitos sociais. Ao lado do direito a educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, como direitos sociais, tem-se o direito à saúde.

O presente trabalho escolheu dentre tantos direitos protegidos na Constituição Federal, olhar o direito à saúde, face a sua evidente importância e ao mesmo tempo, por sua também evidente implementação deficiente, que gerou como consequência, o fenômeno da judicialização.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo; integrante da Coordenadoria Judicial de Saúde Pública da PGE (COJUSP); bacharel em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; especialista em Direitos Humanos e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Inicia-se este estudo com considerações preliminares acerca da natureza e característica dos direitos sociais, prosseguindo com um breve apanhado da normatização do direito à saúde, para depois trabalhar com o conceito de integralidade, como um dos princípios do SUS, a ser concretizado mediante a intersecção com outras políticas públicas.

## 2. DIREITO À SAÚDE, UM DIREITO SOCIAL

Os Tratados ou Pactos Internacionais e os direitos e garantias neles contidos, ainda que não estejam expressamente previstos no nosso ordenamento jurídico, quando ratificados pelo Brasil, têm aplicação no País, por força do artigo 5º § 2º da Constituição Federal, que faz esta previsão.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, datado de 1996, do qual o Brasil é signatário, enuncia um extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais e estabelece deveres aos Estados. O direito à saúde está previsto no artigo 12, que reconhece “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.

E para se efetivar tais direitos, o Pacto indica princípios a serem seguidos pelos países signatários que assim devem comprometer “até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente” a implementação dos direitos sociais (artigo 2º, §1º), a vedação do retrocesso e a garantia do mínimo necessário para uma vida digna.

Isto indica que os direitos previstos no Pacto não têm “auto-aplicabilidade”, mas são programáticos, condicionados à atuação do Estado, que deve adotar medidas e utilizar o máximo de seus recursos disponíveis, para realizá-los de forma progressiva. Como decorrência desta progressividade, tem-se a cláusula de proibição de retrocesso social, sendo vedado o Estado retroceder nesta matéria, como diminuir a destinação de recursos ou reduzir as políticas públicas voltadas à efetivação destes direitos.

Importante, portanto, esta compreensão que se faz do Pacto, ou seja, de que, como nos ensina Flávia Piovesan, os direitos neles previstos “são programáticos. São direitos que demandam aplicação progressiva”. Portanto, a realização integral e completa desses direitos, em geral, não se faz possível em curto período. No entanto, os Estados-Partes devem assegurar, ao menos, o mínimo relativamente a cada direito enunciado no Pacto, cabendo aos Estados o dever de respeitar, proteger e implementar tais direitos.

Tendo como norte as características acima, o direito interno foi pródigo em assegurar o direito à saúde em nível constitucional, considerado como um direito social (artigo 6º), atribuindo-se aos entes federativos competência conjunta e concorrente para cuidar e legislar da saúde (artigo 23, II e 24, XII), assegurando garantias financeiras pela vinculação orçamentária (artigo 198, parágrafo 1º e 3º).

Os artigos 196 a 200 da Constituição Federal tratam especificamente da saúde. Logo de início, no artigo 196, tem-se a construção da saúde como sendo, “direito de todos e dever do Estado”. Como outras características deste direito, segundo este mesmo artigo,

é o do “*acesso universal e igualitário*”. Como diretriz para as ações e serviços públicos de saúde, o artigo 198, inciso II, fala em “*atendimento integral*, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

A previsão de *acesso universal e igualitário* e de *assistência terapêutica integral* também está contida na Lei nº 8.080/90, que instituiu o SUS, nos artigos 2º, §1º; artigo 6º, I, “d” e ainda no artigo 7º, cuja transcrição se mostra oportuna:

artigo 7º: As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema

Assim, com base nesses conceitos de *acesso universal, igualitário e atendimento integral*, a noção que os bem-intencionados e juízes humanistas passaram a adotar, é o de que tudo está resolvido. O Estado deve e está obrigado a fornecer à toda a população (estimada em 210.147.125 habitantes, segundo dados do IBGE), atendimento integral e gratuito de todas as suas necessidades médicas, preventivas, curativas, assim como desejos, escolhas ao melhor tratamento, de ponta, posto que todos somos iguais e merecedores de tal benesse. Afinal estamos falando não só do direito à saúde, mas do direito à vida, e a uma vida digna. Questões como orçamento, licitação, discricionariedade do Poder Público, competência do Executivo, organização interna etc., ficam em segundo plano, ou em plano nenhum.

O caminho que se adotou para fazer cumprir o texto constitucional, com base em uma compreensão muito elástica dos conceitos de universal, igual e integral, é o das ações judiciais. Basta pedir para conseguir, sem se perquirir acerca do que o Poder Público vem efetivamente implementando em termos de políticas públicas para a saúde.

Como consequência, viu-se o aumento exponencial das ações judiciais. Os gastos na esfera Federal para atender as ordens judiciais de fornecimento de medicamento, que foi cerca de R\$ 26,37 milhões em 2007, foi para mais de R\$ 1,3 bilhão em 2016. Um aumento de quase 5.000% em dez anos. No ano de 2016, 995 pacientes receberam medicamentos de alto custo e sem registro da União Federal, a um custo de R\$ 1.138.519.335,90, o que representou 91% dos gastos com aquisição direta de medicamentos, insumos e produtos daquele ano.

O artigo 37 da Constituição Federal estabelece princípios a serem obedecidos pela Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência. Parece não haver qualquer eficiência e muito menos a tão essencial justiça distributiva em se atender poucos a um custo tão alto, nem tampouco impessoalidade aos se dar atendimento individual, e não coletivo à população, como se espera no trato das políticas públicas.

A pergunta que se faz é se o Poder Público deve ser acionado judicialmente quando não cumprir com as normas constitucionais, e assim judicializar os chamados direitos sociais, e no caso sob estudo, o direito à saúde? A resposta, amparada em tratados internacionais, da qual o Brasil é signatário, é positiva, mas para que haja uma judicialização responsável e eficaz, é imperativo que se compreenda o funcionamento do SUS, a maior política pública existente para concretizar a saúde no país. O trabalho fará um breve recorte da assistência farmacêutica, que trata do acesso à medicamentos pela população.

### 3. POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE: ACESSO À MEDICAMENTOS

Como parte indissociável da política de saúde, a garantia de medicamentos à população é essencial. Como o Brasil vem lidando com o acesso à medicamentos e tratamentos à população, ante as características dos direitos sociais de implementação progressiva, proibição de retrocesso, preservação do mínimo necessário?

A Lei Orgânica do SUS veio ao ordenamento jurídico logo após a promulgação de constituição de 1988: a Lei 8.080 de 18 de setembro de 1990, regulando em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde.

A Política Nacional de Medicamentos (PNM) foi instituída pela Portaria GM/MS n. 3.916, de 30 de outubro de 1998.

O Decreto 7.580, de 28 de junho de 2011, foi responsável por sua regulamentação, dispondo sobre a organização do Sistema Único de Saúde, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa.

A Lei 12.401 de 28 de abril de 2011 acrescentou dispositivos à Lei 8.080/90 para tratar da incorporação de tecnologia em saúde, criando a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS – CONITEC, para assessorar o Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novas tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT. A CONITEC recomendou e foram incorporadas novas tecnologias ano após ano: foram 31 incorporações em 2012, 28 incorporações em 2013, 55 em 2014, 51 em 2015 e 20 incorporações em 2016.

A assistência farmacêutica é a área do SUS responsável por garantir à população o acesso a medicamentos essenciais, tendo como diretrizes a adoção da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, que compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS, que deverá ser atualizada a cada dois anos pelo Ministério da Saúde (última atualização se deu pela Portaria n. 3733, de 22 de novembro de 2018).

As principais normas de regência foram consolidadas na Portaria de Consolidação n. 02 (consolida as normas sobre as políticas nacionais de saúde do SUS) e Portaria de Consolidação n. 06 (consolida as normas sobre o financiamento e a transferência dos

recursos federais), ambas de 28 de setembro de 2017.

Com relação aos princípios contidos no Pacto Internacional de Direitos, Sociais e Culturais (PIDESC), e considerando que direitos sociais são, por excelência, implementados por meio de políticas públicas, os exemplos acima indicam que o direito à saúde está sendo implementado de forma progressiva.

Este trabalho se propôs a entender o SUS, mais especificamente a assistência farmacêutica e a política de acesso à medicamentos, e para tanto, faz mais um recorte. Dentre os princípios do SUS, pretende analisar somente aquele que diz da integralidade da assistência, do atendimento integral (artigo 7º, II, da Lei 8.080/90 e artigo 198, inciso II, da Constituição Federal), com uma outra visão a direcionar melhor a implementação progressiva do direito social da saúde.

### 4. O ATENDIMENTO INTEGRAL

O Sistema Único de Saúde foi formatado em torno de três diretrizes, contidas no artigo 198, inciso I à III da Constituição Federal: a descentralização; o atendimento integral; e a participação da comunidade, sem, no entanto, ter explicitado o alcance destes conceitos. Não se sabe, por exemplo, qual o limite da descentralização, se vai assumir uma intensa municipalização, ou quais as formas como será criada a participação popular. O objetivo deste momento do trabalho será o de tentar compreender o que se trata o tão propalado “atendimento integral”, cuja banalização de seu uso dificulta entender exatamente, dentre as várias e distintas leituras, o que exatamente significa.

Uma análise mais crítica dos princípios contidos no SUS e na Constituição Federal, não é crível que o legislador imaginasse ser possível “o acesso universal e igualitário” e “atendimento integral” ao mesmo tempo. Isto porque são situações impossíveis de serem concretizadas e acarretam ilusórias expectativas, seguidas de frustração porque não alcançadas. Se o acesso é universal e igualitário, não dá para garantir sua integralidade ou se o atendimento é integral, não se consegue contemplar a todos. Para ilustrar, tem-se o sistema de saúde do EUA, que atende apenas aos idosos e indigentes (portanto não é universal). Já no Reino Unido, o sistema atende a todos, é assim universal, mas não garante atendimento completo. Na verdade, não há lugar no mundo que haja este tipo de previsão, e no Brasil, também não. O que ocorre é uma interpretação literal e equivocada da letra da lei. Integral não é total, completo, pedir e receber.

O sentido da integralidade remete à *medicina integral*, ou ao movimento que ficou conhecido por este nome, que criticava a atitude cada vez mais fragmentária dos médicos diante dos pacientes, e que denunciava a especialização crescente dos profissionais de saúde. Esta é a primeira base de definição da Integralidade: o comportamento do profissional de saúde.

Ruben Araújo de Mattos, médico e doutor em saúde coletiva, explica os três principais conceitos de integralidade.

A integralidade estava associada à atitude e, portanto, à boa prática médica, que deve enxergar o paciente como um todo, e não apenas como portador de uma doença. A noção de integralidade como uma atitude médica desejável, um valor que se expressa no modo como os profissionais respondem aos pacientes que os procuram, como respondem ao sofrimento humano. Estar atento ao conjunto de necessidades de ações e serviços de saúde de um paciente, ter uma percepção mais abrangente destas necessidades. O sentido da integralidade que incide sobre as práticas dos profissionais de saúde. Por exemplo, o médico que aproveita o encontro com o paciente para verificar fatores de riscos de outras doenças, e não apenas aquelas que concretamente sofre o paciente, ou o agente comunitário que percebe a desnutrição dos outros membros da família além da criança de veio vacinar, ou a preocupação de bem informar o acompanhante sobre a evolução da doença do enfermo.

Um segundo conjunto de sentidos da integralidade refere-se à organização dos serviços e práticas de saúde, que não pode ser completamente divorciado. Este segundo conceito de integralidade surgiu com a crítica da dissociação entre as práticas de saúde pública e práticas assistenciais. Não parece admissível, por exemplo, que uma mulher com hanseníase seja acompanhada por um médico que não saiba como está se dando o acompanhamento ginecológico e vice-versa. Como não é admissível que um homem diabético, com tuberculose e hérnia inguinal tenha que dar entrada em três pontos distintos do sistema de saúde para ter encaminhada a resolução de seus problemas.

A integralidade não é mais uma atitude, mas um modo de organizar o processo de trabalho, que vai além de somente almejar impactos epidemiológicos positivos. Deve ser capaz de assimilar uma necessidade não contemplada na organização anteriormente dada, a capacidade de compreender as necessidades de um grupo populacional, o que pode ser melhor alcançado com a articulação junto com as necessidades advindas de demanda espontânea, a qual não pode ser ignorada quando se discute a organização de serviços de saúde. Como pontua Mattos, os serviços devem estar organizados para realizar uma apreensão ampliada das necessidades da população ao qual atendem, não sendo aceitável que sejam organizados somente para responder às doenças de uma população.

Um terceiro conjunto de sentidos da integralidade está relacionado às políticas chamadas especiais, voltadas para grupos específicos. Ações direcionadas, por exemplo, especificamente aos jovens, idosos e portadores de distúrbios mentais. Um outro exemplo é o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, que surgiu da necessidade de os problemas de saúde da mulher serem contextualizados ou ainda a resposta do governo brasileiro à AIDS, que talvez seja o que mais se aproxime do princípio da integralidade, o de abarcar tanto a perspectiva preventiva quanto a assistencial, o que aconteceu quando o governo assumiu a responsabilidade de distribuir gratuitamente os anti-retrovirais aos pacientes com a doença, sem descuidar das práticas preventivas.

Neste mesmo sentido, o entendimento acerca do conceito de integralidade, desenvolvido pela Lappis que em nenhum momento traz a noção imediata, rasa, literal do vocábulo em si:

a noção de Integralidade (...) passa pelo comportamento dos profissionais isoladamente e em equipe, pelas relações dessas equipes com a rede de serviços como um todo, pela formação dos profissionais, pelas políticas públicas e por um desenho coletivo de sistema preparado para ouvir, entender e, a partir daí, atender às demandas e necessidades das pessoas (...). Escuta, cuidado, acolhimento, tratamento digno e respeitoso são algumas idéias que certamente participam dos sentidos da Integralidade. Olhar o ser humano como um todo, substituir o foco na doença pela atenção à pessoa, com sua história de vida e seu modo próprio de viver e adoecer são outras pistas. Reconhecer e lidar com diferentes saberes, abrir mão de modelos pré-estabelecidos e se dispor a discutir e experimentar os alcances e limites do que pode ser a Integralidade torna-se também um caminho.

A Integralidade poderia ser encarada exatamente como essa ação social de interação democrática entre sujeitos no cuidado em qualquer nível do serviço de saúde

A integralidade, portanto, deve ser vista não como entrega indiscriminada e enlouquecida de medicamentos, mas como atitude e postura do médico, como organização do processo de trabalho e como formulação de políticas públicas especiais. Integralidade em sentido lato, como *o direito universal ao atendimento das necessidades de saúde* (Mattos, 2008) e que para tanto, requer estruturação das redes de modo hierarquizado, com níveis crescentes de complexidade dos serviços, articulando ações de baixa, média e alta complexidade, bem como humanizar os serviços e as ações no âmbito do SUS.

## 5. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Mas ao se pretender dar outra interpretação a este conceito (de integralidade como literalmente integral) o Poder Público será devedor, e sempre. A judicialização então deste direito será eterna, e o Poder Judiciário será o grande dispensador de medicamentos e tratamentos, uma gigantesca farmácia, e como visto acima, uma farmácia cara (91% dos gastos da União Federal em 2016 atenderam apenas 995 autores). Mas se houver a compreensão que os direitos sociais são e devem ser implementados progressivamente, e a integralidade for entendida na forma acima exposta, com objetivos outros, o quadro muda. Isto porque o Estado não está ausente, inoperante. E o STF já decidiu, ao apreciar a ADPF nº 45-DF/MC (29.04.2004), que o Poder Judiciário **excepcionalmente**, se e quando, os órgãos estatais competentes descumprirem normas constitucionais fundamentais, poderá formular e implementar políticas públicas.

A população e o Poder Judiciário devem ser vigilantes e controladores. Há que se fazer um monitoramento das verbas orçamentárias para se aferir, por exemplo, se os recursos estão sendo alocados segundo o princípio do máximo dos recursos disponíveis à efetivação dos direitos sociais, ou se há desvios das verbas, contingenciadas para outra finalidade. Outro parâmetro importante é a análise judicial do retrocesso, que é vedado (art. 2º, §1º do PIDESC), etc. Em havendo falhas, omissões ou mesmo políticas públicas equivocadas, o Poder Judiciário pode e deve intervir se provocado.

Por outro lado, a judicialização é crescente e ainda intensa no Brasil, cujos números são objeto de pesquisa e demonstração rotineiramente.

Os números abaixo fornecidos pelo INSPER mostram o crescente aumento das ações judiciais, com dados computados desde 2008 a 2017. Por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), o INSPER conseguiu identificar a existência de 487.426 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais e 269.821 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais.

Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância)  
Número de Processos Primeira Instância 2008-2017

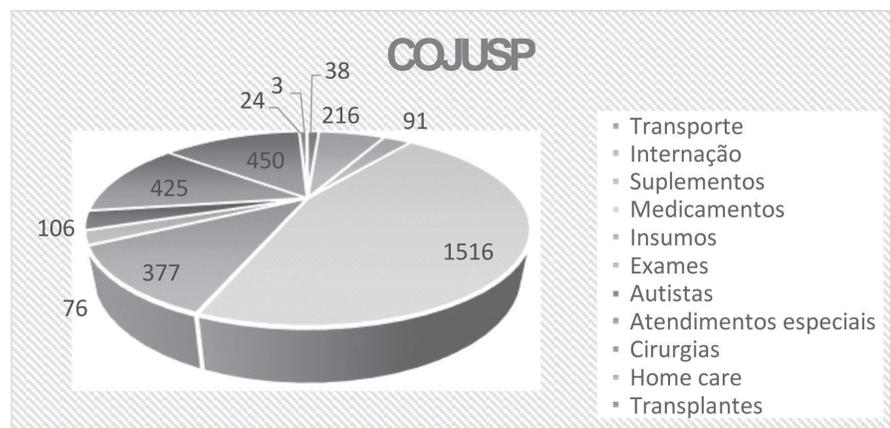
TJ	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
TOTAL:	41.453	32.103	26.753	26.502	39.590	49.374	50.136	63.853	61.910	95.752
<b>TOTAL:</b>	<b>487.426</b>									

Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (2ª Instância)  
Número de Processos Segunda Instância 2008-2017

TJ	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
TOTAL:	2.969	22.011	22.953	27.485	27.134	26.578	29.648	33.578	36.807	40.658
<b>TOTAL:</b>	<b>269.821</b>									

O que se verifica na evolução ano a ano é que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017 (INSPER,2019).

No Estado de São Paulo, dados fornecidos pela Secretaria Estadual de Saúde demonstram o ingresso em 2018 de 3.322 ações novas, mantendo como de praxe a maior incidência para medicamentos (1.516 ações ou 46%), mas identificando uma maior demanda por cirurgias (450 ações ou 14%), internação (216 ações ou 6%), o que sinaliza pela falha do sistema na regulação e oferta de vagas para internação e cirurgia dentro do sistema público do estado.



Codes - Coordenadoria de demandas estratégicas da SES/SP

O trabalho não se propôs a falar sobre a judicialização diretamente, mas apenas como reflexo da política de saúde pública que embora tenha muitos méritos, é deficiente, o que acarreta a crescente judicialização como provam os números trazidos nas esferas estaduais e federal.

Dentre os efeitos importantes trazidos pela judicialização, um deles é dar visibilidade às carências, *gaps* e gargalos existentes. A postura que se espera do gestor, uma vez diagnosticado as demandas da sociedade, é criar, melhorar ou corrigir as políticas públicas, dando concretude ao artigo 196 da Constituição Federal, posto ser a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas.

## 6. IDENTIFICAÇÃO DE DEMANDAS

Como exemplo imediato das pesquisas e dos números contidos neste trabalho, que de longe não esgota o assunto, mas tão somente está exemplificando, percebe-se no estado de São Paulo a deficiência das ações e serviços relacionados a regulação de vagas para procedimentos como cirurgias (450 ações ou 14%) e internação (216 ações ou 6%) que juntas são responsáveis por 20% da judicialização. O gráfico supra fornecido pela SES/SP mostra que os exames são realizados (há uma judicialização somente de 76 ações ou 2% das demandas). O paciente, no entanto, não consegue dar prosseguimento com o tratamento da doença pois entra na fila eterna para cirurgia, com situações não raras de 5 até 10 anos de espera, o que não é aceitável, e sim verdadeira negação do serviço público, o que justifica o ingresso pela via judicial.

Outra fatia da judicialização é mesmo pelo acesso à medicamentos e insumos, com total de 57% das demandas (11% para insumos e 46% para medicamentos). Na maioria das vezes se pretende receber uma tecnologia que não foi incorporada pelo SUS, muito embora haja tratamento para a doença e outras opções na rede pública. Há o desprezo pelas decisões da CONITEC, órgão de assessoria do Ministério da Saúde criado em 2011 para tratar da incorporação de tecnologias, e invoca-se o princípio constitucional do direito a saúde como universal e de atendimento integral (artigo 198, II da CF).

Neste aspecto, o trabalho recupera os conceitos vistos acima, com uma visão do direito à saúde a ser fornecido de forma integral, não como o simplesmente entregar medicamentos e tratamentos via sentença judicial, liminar, com imposição de multa ao Poder Público, ameaça de prisão do funcionário, busca e apreensão de material, bloqueio de verbas públicas, etc., mas como um conceito bem mais amplo, e de fato integral, que em sendo integral, deve se relacionar e interagir com outras políticas públicas inerentes à saúde e a dignidade das pessoas.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê no seu artigo 12 “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”. Por outro lado, determina que os Estados-Partes deverão adotar medidas para assegurar a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o

desenvolvimento são das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento e a luta contra as doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; e d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Vislumbra-se nestes dispositivos um conceito de medicina integral, na medida que não se pode dizer que o Estado está a cumprir com o direito social da saúde, se obtiver índices alarmantes de mortalidade infantil, meio ambiente e higiene inadequados e, com especial gravidade, ausência de saneamento básico ou insuficiente, que representa a principal causa de mortalidade na infância por doenças parasitárias e infecciosas e também eleva o número de faltas na sala de aula.

O Brasil ocupa a 112 posição no ranking de saneamento básico feito entre 200 países. Dados atualizados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS<sup>2</sup>, do Ministério das Cidades mostram que 17% da população – 35 milhões de pessoas – não tem acesso à rede de água e cerca de metade dos brasileiros não são atendidos pela coleta de esgoto. Cada real investido em tratamento de água e esgoto significa uma economia de quatro reais em saúde pública. No mapa do saneamento no Brasil, a região norte apresenta os índices mais baixos: apenas 55,4% da população é abastecida com água tratada; 10,4% tem acesso a coleta de esgoto e somente 18,3% é o índice de tratamento de esgoto da região (Folha de São Paulo, 2018<sup>3</sup>).

Com relação ao atendimento por redes de esgotos, o contingente de população urbana atendida alcança 103,5 milhões de habitantes, um incremento de 1,4 milhão de novos habitantes atendidos, crescimento de 1,4%, na comparação com 2016. Já o índice médio de atendimento é de 60,2% nas áreas urbanas das cidades brasileiras, destacando-se a macrorregião Sudeste, com média de 83,2%. Quanto ao tratamento dos esgotos, observa-se que o índice médio do país chega a 46,0% para a estimativa dos esgotos gerados e 73,7% para os esgotos que são coletados. Cabe ressaltar, que o volume de esgotos tratados foi de 4,1 bilhões de m<sup>3</sup> em 2016 para 4,2 bilhões de m<sup>3</sup> em 2017, correspondendo a um incremento de 3,0% (SNIS, 2019).

O debate em torno do saneamento é antigo. Daniel Magnoni, cardiologista e nutrólogo do Instituto Dante Pazzanese de Cardiologia e do Serviço de Nutrologia e Nutrição Clínica do Hospital do Coração, em 2007 fez alertas e projeções para 2.020 (GIFE,19/11/2007<sup>4</sup>):

A falta de saneamento básico é a principal causa da mortalidade na infância por doenças parasitárias (dengue, malária, cólera, febre amarela, teníase, cisticercose, esquistossomose, diarreia etc.), e doenças infecciosas (hepatite A, amebíase, leptospirose etc.), males que proliferam em áreas sem coleta e tratamento de esgoto. Dentro do sistema de saúde pública, cerca de 700 mil internações hospitalares anuais foram causadas por doenças

relacionadas à falta ou inadequação de saneamento, na última década. A falta de saneamento básico é também um problema para a educação, pois eleva o número de faltas na sala de aula. Estima-se que 65% das internações em hospitais de crianças com menos de 10 anos sejam provocadas por males oriundos da deficiência ou inexistência de esgoto e água limpa e 34% das ausências de crianças de zero a seis anos em creches e salas de aula devem-se a doenças relacionadas com a falta de saneamento. A coleta de esgoto é realizada em 48% dos domicílios, mas desse total somente 20% dos municípios tratam os resíduos – os demais despejam o esgoto diretamente em rios e córregos. Apenas 1 em cada três brasileiros é beneficiado pela coleta e o tratamento de esgoto simultaneamente. O Brasil investe apenas um terço do necessário para expandir a rede de esgoto. Nos últimos quatro anos, o investimento foi de 0,22% do PIB quando deveria ser de 0,63%. Se considerarmos a universalização dos serviços de coleta e tratamento de esgoto até o ano 2020, teríamos de contar anualmente com um investimento médio de aproximadamente R\$ 9 bilhões por ano. E isto equivale a 0,45% do PIB Nacional.

O saneamento básico deficiente eleva os gastos da saúde com o tratamento às vítimas de doenças causadas pela falta de abastecimento de água adequado, sistema de tratamento de esgoto e coleta de lixo. É a origem de uma grande parte dos problemas da saúde, da evasão escolar, do alto índice de mortalidade infantil e internações hospitalares, e por consequência, do consumo de medicamentos.

A problemática do saneamento básico não é objeto deste estudo, mas foi considerado no trabalho, pela sua ligação com o direito à saúde, o direito a prestação e o recebimento de uma saúde integral. Saneamento básico é considerado uma das melhores e mais eficazes soluções para a promoção da saúde no Brasil (Magnoni, 2007).

## 7. CONCLUSÃO

O Judiciário combate o problema da saúde por vias tortas, pois a entrega de medicação não é a causa, mas a consequência. Ao incentivar o “pedir e conseguir”, não trata com igualdade os demais cidadãos que não aportam ao Judiciário, que se submetem as regras de planejamento e administração do serviço a ser prestado pelo Poder Público, sem o que, o caos se instalaria. Claro está, que a igualdade não está sendo observada, esta mesma igualdade que fala o artigo 196 da Constituição Federal, que embasa as ações judiciais.

O excesso de judicialização põe em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa, alterando a alocação racional dos recursos públicos, que deveriam estar não beneficiando poucos a um custo tão alto, mas quiçá, alocados para sanar uma das causas no seu nascedouro: a ausência ou ineficiência de saneamento básico. Que a sociedade tenha um olhar para o saneamento básico. Que esta questão seja então judicializada, como consequência do princípio da integralidade, que considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades, mediante a integração de ações. O princípio da integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde

2 BRASIL. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS. Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2017. Ministério do Desenvolvimento Regional Secretaria Nacional de Saneamento. Brasília, DF: fevereiro de 2019.

3 O Brasil que dá certo. Infraestrutura. Folha de São Paulo, 28 de setembro de 2018.

4 MAGNONI, Daniel. Saneamento básico: o triste cenário brasileiro. Disponível em: <https://gife.org.br/saneamento-basico-o-triste-cenario-brasileiro>. [Acesso em 30.9.2019].

e qualidade de vida dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo. 40ª ed.; Editora Saraiva, 2007.

. Ministério da Saúde. **Princípios do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. [Acesso em 30.09.2019].

. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2000.

. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS. **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos** – 2017. Ministério do Desenvolvimento Regional Secretaria Nacional de Saneamento. Brasília, DF: fevereiro de 2019.

CODES – **Coordenadoria de demandas estratégicas da SES/SP**. Estudo encaminhado à Coordenadoria Judicial de Saúde Pública do Estado de São Paulo - COJUSP.

CONITEC. **Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS**. Disponível em: <http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>. [Acesso em 15.09.2019].

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=popula%C3%A7%C3%A3o+atual>. [Acesso em 25.09.2019].

**FOLHA DE SÃO PAULO: O Brasil que dá certo. Infraestrutura**. São Paulo, 28 set. 2018.

INSPER. Instituto de ensino e pesquisa. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causa e propostas de solução**. Brasília, DF: CNJ, 2019.

MAGNONI, Daniel. **Saneamento básico: o triste cenário brasileiro**. Disponível em: <https://gife.org.br/saneamento-basico-o-triste-cenario-brasileiro>. [Acesso em 30.9.2019].

MATTOS, Ruben Araújo de. **Os Sentidos da Integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendido**. Disponível em: <https://cepesc.org.br/wp-content/uploads/2013/08/Livro-completo.pdf>. [Acesso em 28.9.2019].

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Economicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. [Acesso em 28.09.2019].

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

XAVIER, Chistabelle-Ann. **Judicialização da Saúde: Perspectiva crítica sobre os gastos da União para o cumprimento das ordens judiciais**. Coletânea Direito à Saúde. Volume 2. Dilemas.

## UMA ESTRUTURA REMUNERATÓRIA PREMIAL MODERNA PARA ADVOGADOS PÚBLICOS: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Onofre Alves Batista Júnior<sup>1</sup>

Sandro Drumond Brandão<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 Os honorários advocatícios e sua atribuição indireta aos advogados no Código de Processo Civil. 2 Os honorários advocatícios e sua atribuição direta aos advogados no Estatuto da Advocacia. 3 A autonomia organizatória dos Estados-Membros. 4 O regime estatutário e a autonomia do ente federado. 5 O exemplo mineiro – Os honorários dos procuradores do Estado de Minas Gerais. 6 Os estatutos das pessoas políticas e a atribuição de honorários advocatícios aos advogados públicos. 7 A natureza jurídica dos honorários advocatícios. 8 As modernas estruturas remuneratórias dos servidores públicos. 9. Conclusão. 10. Referências Bibliográficas

**RESUMO:** O artigo avalia a possibilidade de cobrança e percepção de honorários advocatícios de sucumbência por parte de advogados públicos, em virtude da Lei nº 9.527/1997, que alterou o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994), bem como estuda os contornos desse mecanismo remuneratório eficiente e moderno.

<sup>1</sup> Diretor do Centro de Estudos da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (AGE). Coordenador da Revista Jurídica da AGE. Ex-Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Professor Associado de Direito Público do Quadro Efetivo da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-Doutoramento em Direito (Democracia e Direitos Humanos) pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela UFMG. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Membro do Conselho Curador da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Diretor Científico da Associação Brasileira de Direito Tributário (ABRADT). Membro do Conselho Consultivo do Colégio de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG). Procurador do Estado de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito–Faculdades Milton Campos (2007). Especialista em Direito Administrativo. Procurador do Estado de Minas Gerais (AGE/MG). Tem experiência no magistério do Direito Administrativo: foi professor na Faculdade Minas Gerais (FAMIG) e nos cursos preparatórios para Oficial de Justiça (TJMG) e OAB/MG promovidos pela instituição UNIH + (Montes Claros/MG). É professor no Centro de Atualização em Direito–CAD e Coordenador do Curso de Especialização em Advocacia de Estado–CAD. Foi coordenador do Núcleo de Saúde e de Dativos da Advocacia-Geral do Estado, Procuradoria Regional em Montes Claros; chefiou o órgão de execução da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais no Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde da Secretaria de Estado de Saúde; integrou grupo de estudo e pesquisa em Direito Sanitário da Advocacia-Geral do Estado (AGE/MG); integrou o órgão de execução da Advocacia-Geral do Estado no Centro de Serviços Compartilhados da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão; chefiou o órgão de execução da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais no Instituto Mineiro de Agropecuária – IMA, na Secretaria de Estado de Defesa Social, na Secretaria de Estado de Segurança Pública; Coordenou o Sistema de Segurança Pública da Advocacia-Geral do Estado; Coordenou o Núcleo de Autarquias e Fundações da Advocacia Geral do Estado; foi membro titular do Conselho Superior da Advocacia Geral do Estado (CSAGE); Atualmente chefia a Assessoria Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais; Diretor de Comunicação e Relações Institucionais da Associação dos Procuradores do Estado de Minas Gerais–APEMINAS e mestrando em Direito na UFMG.

## 1. OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E SUA ATRIBUIÇÃO DIRETA AOS AVOGADOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Os honorários advocatícios podem ser de duas espécies principais: 1. Convencionais ou contratados; 2. Honorários de sucumbência. Os honorários convencionais são os que decorrem de contrato firmado entre advogado e cliente para que o primeiro assumo o patrocínio de uma causa do segundo, ao passo que os honorários de sucumbência são aqueles decorrentes da sucumbência de uma das partes em ação judicial, devendo ser fixados na sentença, observado o que a respeito dispõe o Novo Código de Processo Civil (CPC – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Nos termos do CPC, *in verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.  
§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I–o grau de zelo do profissional;

II–o lugar de prestação do serviço;

III–a natureza e a importância da causa;

IV–o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

A partir da letra do CPC, algumas conclusões fundamentais podem ser extraídas. A primeira diz respeito ao fato de que, na “arena judicial”, onde as partes se digladiam por uma decisão que lhes favoreça, a contrapartida pecuniária é dada, pelo menos parcialmente, por meio de honorários advocatícios. Obviamente, podem existir (e usualmente existem) os honorários contratuais, que são pagos aos advogados pelo trabalho desempenhado, independentemente do êxito. É certo, porém, que, se os honorários contratuais remuneram o trabalho (independentemente do êxito), os honorários sucumbenciais apenas remuneram o êxito. Tradicionalmente pago na “arena judicial”, o honorário advocatício, assim, é uma contrapartida pecuniária que visa motivar o advogado a vencer a demanda judicial e só é devido àquele profissional do direito que saiu exitoso, não remunerando, em relação unívoca, o trabalho, mas o êxito.

Em segundo lugar, pelo menos na dicção do CPC, fica evidenciado que os honorários advocatícios estabelecem uma espécie de “indenização” à parte vencedora, para que esta possa, especificamente, pagar o advogado, tanto que devem ser fixados em virtude do grau de zelo do profissional; do “trabalho realizado pelo advogado”; do tempo de trabalho exigido para o serviço desse mesmo profissional, nos exatos termos do art. 85, §2º, I e IV.

## 2. OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E SUA ATRIBUIÇÃO DIRETA AOS AVOGADOS NO ESTATUTO DA ADVOCACIA

A Lei nº 8.906/94 veio para reafirmar o que, sistematicamente, já se podia extrair do antigo CPC, afastando, no entanto, quaisquer dúvidas. Em outras palavras, a Lei nº

8.906/94 deixa gizado que os honorários advocatícios são devidos ao advogado para remunerar o seu trabalho. Vale conferir:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Nenhuma revogação do CPC foi feita à época pela Lei nº 8.906/94 e, da mesma forma, não existia incompatibilidade, mas os dispositivos devem ser interpretados teleológica e sistematicamente, buscandose a essência do instituto.

A correta interpretação do CPC/73, tomando o elemento finalístico, arredava quaisquer dúvidas de que os honorários advocatícios visam servir de contrapartida pecuniária para o advogado, ou seja, a ele se destinam. Verificado, sistematicamente, o §3º do mesmo art. 20 do CPC/73 dúvida alguma resta no sentido de que os honorários de sucumbência se destinam, especificamente, ao advogado. Os artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/94 em nada afrontavam o CPC, mas apenas deixam marcado que os honorários advocatícios são do advogado.

A lógica da “arena judicial” é essa: os honorários de sucumbência não são um prêmio ou uma recompensa à parte vencedora, mas uma contrapartida pecuniária que deve ser paga ao advogado, portanto, a parte não pode, assim, se locupletar e ficar com os honorários de sucumbência que são do advogado e não dela. O pagamento dos honorários de sucumbência só se justifica, finalisticamente, para remunerar o êxito no processo judicial; os honorários de sucumbência não pertencem à parte vencedora, mas a quem patrocinou a causa.

O que fez a Lei nº 8.906/94 foi eliminar a destinação indireta dos honorários de sucumbência, que são e sempre foram do advogado, e atribuir-lhes diretamente ao advogado. Os honorários não passam mais pelo “caixa” da empresa, mas são destinados (e entregues), a partir da dicção do Estatuto da OAB, ao próprio advogado, diretamente. Antes se destinavam a pagar o esforço exitoso do advogado, embora fossem atribuídos à parte vencedora que o pagava (antes ou depois); depois do novo Estatuto da OAB, passaram a ser diretamente atribuídos ao advogado, independentemente, porém, da possibilidade de a parte avençar com o advogado, ainda, os honorários contratuais.

Por decisão unânime do Superior Tribunal de Justiça em sessão administrativa e, posteriormente, em definição normativa pelo Conselho Nacional de Justiça, entrava em vigor no dia 18.03.2016 o Novo Código de Processo Civil prevendo a destinação direta dos honorários de sucumbência ao advogado (art. 85, *caput*).

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

## 3. A AUTONOMIA ORGANIZATÓRIA DOS ESTADOS-MEMBROS

O Brasil é uma federação e, conforme reza o art. 1º da Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), formada pela união indissolúvel dos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Nessa direção, dispõe o art. 18 da CRFB/88 acerca da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, consagrando a autonomia das pessoas políticas. Nos termos dos supracitados artigos, cada uma dessas pessoas políticas é autônoma e têm a capacidade de se autorregular.

A ideia da autonomia engloba não só a capacidade de autonormação, como também, a de criação de um bloco normativo identificável e susceptível de integração no ordenamento jurídico nacional.

A esse rol de capacidades cumpre adicionar a de autoorganização<sup>3</sup> e a de autogoverno, isto é, a capacidade de direção política e administrativa da comunidade, inclusive para traçar uma política própria que permita a definição de opções e diretrizes distintas das adotadas pelas pessoas políticas maiores.<sup>4</sup> Se são autônomos, cada um dos Estados-Membros tem a possibilidade de eleger, dentre diversas opções e diretrizes políticas, aquelas que entenderem adequadas; se podem firmar suas próprias diretrizes, as pessoas políticas, da mesma forma, podem se autoorganizar. A autonomia das pessoas políticas pressupõe o poder de autoorganização, que é compartilhado pelos Poderes Executivo e Legislativo.

O formato federal de Estado abraçado pelos nossos constituintes originários, desde 1891, consagra a existência de, pelo menos, duas ordens jurídicas autônomas, com competência para sistematizar e editar direito próprio. Nesse compasso, os Entes Federados dispõem de poder legiferante para aprovar sua própria Constituição e as leis de sua competência.

Em síntese, a CRFB/88 crava no ordenamento jurídico nacional um subprincípio organizatório fundamental para o traçado das Administrações Públicas: o princípio da autonomia organizatória dos Entes Federados, como corolário do princípio da autonomia e do princípio federativo. É preciso ficar gizado que, no modelo federal, o Estado-Membro goza de autonomia para adotar sua própria organização institucional, portanto, os Entes Federados não são meras áreas administrativas descentralizadas ou províncias, mas contam com poder de autoadministração e autoorganização.

A CRFB/88, em seu art. 25, consagra a autonomia estadual, própria do modelo federal, nos seguintes termos:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e Leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas por esta Constituição. [...].

Cada Estado-Membro é dotado de autonomia político-administrativa, como

<sup>3</sup> Costantino Mortati (*Istituzioni di diritto pubblico*. 5. ed. Padova: Cedam, 1960. n. I, p. 639), ao tratar da questão da autonomia, já identificava os elementos de *autorganizzazione* e *autonormazione*, a primeira quando a ordem normativa se volta para o seu interior, e a segunda, quando esta se projeta para fora.

<sup>4</sup> Nesse sentido, ALVAREZ RICO, Manuel. *Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas*. 2.ed. Madrid: Dykinson, 1997. p. 138139.

expressamente vem posto no *caput* do art. 25 da CRFB/88, bem como, nos termos do §1º do mesmo dispositivo, tem competência residual. Em outras palavras, resta aos Estados-Membros toda a competência que a CRFB/88 (que estabelece o pacto federativo, seus contornos, limites e peculiaridades) não houver expressamente outorgado à União ou aos Municípios. Nesse sentido, caberhes o poder legiferante que não tenha sido atribuído expressamente aos outros Entes Federados. O Estado-Membro, portanto, pode legislar sobre o que não lhe for vedado pela CRFB/88, ou seja, toda competência que não lhe seja vedada é reservada.

Em síntese, a competência fundamental é a de autoorganização, respeitadas, apenas, os limites expressamente impostos pela CRFB/88. Como deveria mesmo ocorrer em um regime federativo, a CRFB/88 reconhece aos Estados as prerrogativas da autoorganização política e o autogoverno, impondo apenas a observância das regras e dos princípios constitucionais da CRFB/88. Os Estados, portanto, devem definir sua própria organização; instituir seus órgãos e entidades de governo; dispor sobre as carreiras que julgar fundamentais; estabelecer os métodos de elaboração de suas leis; etc.

É patente, assim, que a ideia de federação determina que caiba aos Entes Federados, por princípio (federativo), se autoorganizar, podendo adotar a estrutura administrativa e as carreiras que melhor lhe aprouver, dando a elas o formato e disciplina que o legislador entender adequada, desde que respeitadas os dispositivos expressos da CRFB/88.

#### 4. O REGIME ESTATUTÁRIO E A AUTONOMIA DO ENTE FEDERADO

Os servidores estatais ocupantes de cargos públicos subordinam-se ao regime estatutário. Desse modo, a relação jurídica que vincula o Poder Público aos titulares de cargo público não é de índole contratual, mas estatutária, institucional. Nesse modelo, o conjunto de direitos e deveres que disciplinam a relação servidor/Estado encontra-se reunido em um estatuto, isto é, em um diploma ou conjunto de atos normativos que conformam regime jurídico específico e que pode ser alterado pelo Poder Público.

Ressalvadas as disposições constitucionais impeditivas, o Estado poderá modificar o regime jurídico de seus servidores, inexistindo garantia de que seus direitos e obrigações serão disciplinados sempre do mesmo modo. Logo, os direitos e vantagens previstos no estatuto não são incorporados, de imediato, incondicionalmente, ao patrimônio jurídico do servidor.

No ato da posse, o servidor subordinam-se àquele regime jurídico especificamente concebido para reger sua categoria, aceitando sua carta de direitos, obrigações, prerrogativas e imposições. Além disso, vale lembrar que cada Ente Federado encerra competência para dispor sobre as normas que compõem o regime estatutário de seus servidores públicos. Os servidores públicos ocupantes do cargo de Procurador do Estado subordinam-se ao regime estatutário, composto por atos normativos específicos que

regulam os direitos e obrigações dessa categoria.

Os Estados têm, como visto, a competência fundamental de autoorganização, respeitados, tão somente, os limites expressamente impostos pela Constituição Federal. Assim, se a CRFB/88 estabelece um limite expresso ao poder de autoorganização dos Estados, este deve ser respeitado; por outro giro, apenas se admitem limitações ao poder de autoorganização dos Estados que tenham lastro constitucional expresso.

O Estatuto aplicável a quaisquer dos servidores públicos mineiros, nessa toada, deve ser desenhado, única e exclusivamente, pelo Estado de Minas Gerais, ressalvadas expressas limitações constitucionais. Dito de outra forma, o Estado de Minas Gerais pode legislativamente decidir pagar algo a seus servidores públicos a título de contrapartida pecuniária ou remuneração, salvo se a CRFB/88 estabelecer expressamente o contrário.

## 5. O EXEMPLO MINEIRO – OS HONORÁRIOS DOS PROCURADORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998 (EC nº 19/98), em seus artigos 131 e 132, da Seção II (Da Advocacia Pública) do Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) disciplinam, de forma basilar, a Advocacia Pública dos Entes Federados, nos seguintes termos:

Seção II

DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 131. A Advocacia Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendolhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§1º A Advocacia Geral da União tem por chefe o Advogado Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo farseá mediante concurso público de provas e títulos.

§3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

No caso em tela, podese verificar que a CRFB/88 é clara e determina a estruturação de plano de carreira específico para Procuradores de Estado, nos exatos termos

do art. 132, caput, o que deve, claramente, ser feito pelas leis dos Entes Federados a que pertencem os Procuradores de Estado.

A Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989 (CE/89), em absoluta sintonia com o exposto, estabeleceu sua opção de autoorganização:

Art. 61. Cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, não exigida esta para o especificado no art. 62, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especificamente:

[...]

VIII – criação, transformação e extinção de cargo, emprego e função públicos na administração direta, autárquica e fundacional e fixação de remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias;

IX – servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, seu regime jurídico único, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civil e reforma e transferência de militar para a inatividade;

XI – criação, estruturação, definição de atribuições e extinção de Secretarias de Estado e demais órgãos da administração pública;

XII – organização do Ministério Público, da Advocacia do Estado, da Defensoria Pública, do Tribunal de Contas, da Polícia Militar, da Polícia Civil e dos demais órgãos da Administração Pública;

XIX – matéria da competência reservada ao Estado Federado no §1º do art. 25 da Constituição da República;

XX – fixação do subsídio do Deputado Estadual, observado o disposto nos artigos 24, §7º, e 53, §6º, desta Constituição, e nos artigos 27, §2º; 150, *caput*, II, e 153, *caput*, III, e §2º, I, da Constituição da República;

XXI – fixação dos subsídios do Governador, do Vice Governador e dos Secretários de Estado, observado o disposto no art. 24, §§1º e 7º, desta Constituição, e nos artigos 150, *caput*, II, e 153, *caput*, III, e §2º, I, da Constituição da República.

Art. 65. [...] §2º – Consideramse lei complementar, entre outras matérias previstas nesta Constituição:

[...]

III – o Estatuto dos Servidores Públicos Civis, o Estatuto dos Militares e as leis que instituírem os respectivos regimes de previdência;

IV – as leis orgânicas do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da Advocacia do Estado, da Defensoria Pública, da Polícia Civil e da Polícia Militar.

É evidente, como se pode extrair da CE/89, à luz da elementar ideia de autoorganização posta pelo princípio federativo, que cabe à Assembleia Legislativa, em lei complementar, organizar a carreira de Procurador do Estado (“lei orgânica”), bem como dispor sobre os direitos e vantagens cabíveis aos Procuradores do Estado, desde que não estabeleça dispositivos que venham a afrontar a CRFB/88 e a própria CE/89.

A propósito, o constituinte decorrente mineiro formatada, no seu Código Fundamental, a representação judicial e a consultoria jurídica especializada do Estado de

Minas Gerais, *verbis*:

Subseção II

Da Advocacia do Estado

Art. 128. A Advocacia Geral do Estado, subordinada ao Governador do Estado, representa o Estado judicial e extrajudicialmente, cabendolhe, nos termos da lei complementar que sobre ela dispuser, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral do Estado será chefiada pelo Advogado-Geral do Estado, nomeado pelo Governador entre Procuradores do Estado, integrantes da carreira da Advocacia Pública do Estado, estáveis e maiores de trinta e cinco anos.

§2º Subordinam-se técnica e juridicamente ao Advogado-Geral do Estado as consultorias, as assessorias, os departamentos jurídicos, as procuradorias das autarquias e das fundações e os demais órgãos e unidades jurídicas integrantes da administração direta e indireta do Poder Executivo.

§3º O ingresso na classe inicial da carreira da Advocacia Pública do Estado depende de concurso público de provas e títulos, realizado com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais, em todas as suas fases.

§4º Ao integrante da carreira referida no §3º deste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho, após relatório circunstanciado e conclusivo da Corregedoria do órgão.

§5º No processo judicial que versar sobre ato praticado pelo Poder Legislativo ou por sua administração, a representação do Estado incumbe à Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa, na forma do §2º do art. 62.

No que diz respeito à disciplina dos honorários advocatícios e a possibilidade de sua percepção pelos Procuradores de Estado fica evidenciado que nada veio expressamente posto na CE/89, ou mesmo na CRFB/88, deixando-se, assim, claramente, para o legislador complementar mineiro a competência para disciplinar a questão. Em outras palavras, o Estado de Minas Gerais, valendo-se de seu poder de autoorganização, deve disciplinar a remuneração, os direitos e vantagens dos Procuradores de Estado por meio de lei complementar, em observância estrita do que dispõe o art. 61, VIII, IX e XII, e art. 65, §2º, III e IV, da CE/89. Em síntese, a lei complementar mineira pode estabelecer uma política remuneratória calcada em atribuição de honorários advocatícios de sucumbência aos Procuradores de Estado se assim disciplinar.

No exercício de sua autonomia organizatória, o Estado de Minas Gerais traça o Estatuto que disciplina a carreira de Procurador do Estado, dando seus contornos na CE/89. Densificando o mandamento constitucional, a Lei Complementar nº 81, de 10 de agosto de 2004 (LC nº 81/04), que institui as carreiras do Grupo de Atividades Jurídicas do Poder Executivo, determina:

Art. 1º Ficam instituídas as seguintes carreiras do Grupo de Atividades Jurídicas do Poder Executivo: I – carreira da Advocacia Pública do Estado, composta de cargos de Procurador do Estado;

[...].

Art. 26. São prerrogativas do Procurador do Estado, além das asseguradas na legislação competente: [...] VII – receber honorários advocatícios de sucumbência na forma do regulamento; [...].

Novidade nenhuma traz a LC nº 81/04, uma vez que a matéria já vinha disciplinada na Lei Complementar nº 35, de 29 de dezembro de 1994 (não revogada), nos seguintes termos:

Art. 76. Os honorários advocatícios devidos aos Procuradores da Fazenda Estadual serão partilhados igualmente entre os ocupantes dos respectivos cargos em exercício na Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.

Em síntese, o Procurador do Estado de Minas Gerais recebe honorários advocatícios porque assim estabelece o Estatuto a ele aplicável (“regime próprio a que se subordinam”). Os honorários advocatícios dos Procuradores do Estado, assim, compõem legítima e fundamental complementação de sua contrapartida pecuniária final, nos termos do Estatuto aplicável. Pelo fato de se tratar de honorários advocatícios pagos a Procuradores do Estado, que são servidores públicos, os mesmos têm natureza *sui generis* e devem observar os exatos termos do Estatuto aplicável.

Os honorários advocatícios devem ser recolhidos para conta da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais e rateados como determina o Conselho Superior da Advocacia-Geral do Estado. Trata-se de recolhimento obrigatório a uma conta pública do Estado de Minas Gerais e posterior partilha igualitária entre os Procuradores de Estado, nos exatos termos da lei.

## 6 OS ESTATUTOS DAS PESSOAS POLÍTICAS E A ATRIBUIÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AOS ADVOGADOS PÚBLICOS

A Lei nº 8.906/94 estabelece, expressamente, que os advogados públicos se submetem ao regime posto pelo Estatuto da Advocacia, bem como ao regime próprio estatutário determinado pelo Ente Público, nos seguintes termos:

Art. 3º [...]

§1º. Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Ademais o Novo Código de Processo Civil em seu art. 85, §19, consagrou expressamente o direito dos advogados públicos à percepção dos honorários sucumbenciais nos termos da lei:

Art. 85 [...]

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

Nesse sentido, se não existe qualquer mandamento ou limite constitucional

expresso para a disciplina estatutária no sentido de proibir o pagamento de honorários advocatícios aos Procuradores de Estado, ao contrário, a legislação federal vem em perfeita sintonia com a disciplina estatutária mineira. Como já se pode verificar, em sintonia com o Estatuto mineiro, a legislação federal, nos termos do art. 85 do CPC e dos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/94, determina que os honorários advocatícios devam ser atribuídos aos advogados (públicos).

Não se acredita que devam existir maiores controvérsias acerca do posicionamento *supra*. O que, para uma minoria de estudiosos, poderia suscitar algumas dúvidas é a interpretação do art. 4º da Lei nº 9.527/97:

Art. 4º. As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

O dispositivo determina que o Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906/94, que trata do “advogado empregado” não deve se aplicar aos advogados públicos. A propósito, vale conferir os dispositivos do Capítulo V, *verbis*:

#### CAPÍTULO V

##### Do Advogado Empregado

Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

Parágrafo único. O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego.

Art. 19. O salário mínimo profissional do advogado será fixado em sentença normativa, salvo se ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.

§1º Para efeitos deste artigo, considerase como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendolhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação.

§2º As horas trabalhadas que excederem a jornada normal são remuneradas por um adicional não inferior a cem por cento sobre o valor da hora normal, mesmo havendo contrato escrito.

§3º As horas trabalhadas no período das vinte horas de um dia até as cinco horas do dia seguinte são remuneradas como noturnas, acrescidas do adicional de vinte e cinco por cento.

Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.

Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo.

O que se poderia arguir é que o art. 21 não se aplica aos advogados públicos, portanto, poderseia questionar a percepção de honorários advocatícios pelos Procuradores do Estado. Por certo, porém, tal linha de entendimento não é adequada. Ocorre que o Capítulo V trata de “advogados empregados”, em relação de emprego celetista; portanto, não poderia mesmo se aplicar a advogados públicos estatutários. De fato, não faria mesmo sentido disciplinar jornada de trabalho, salário mínimo profissional, etc. de advogados que têm a relação jurídica regida por Estatuto que, por pressuposto, deve ser estabelecido por cada uma das pessoas políticas autônomas.

O art. 21 determina que, nas causas em que o próprio empregador seja parte, os honorários de sucumbência devem ser atribuídos aos “advogados empregados”, sempre, independentemente do que vier estabelecido no contrato de trabalho. Em outras palavras, o mandamento do dispositivo, que se dirige aos empregadores, é o de que não firmem contratos de trabalho que subtraiam os honorários advocatícios dos advogados empregados. Só isso!

No caso dos Procuradores do Estado, por certo, o dispositivo não poderia mesmo se aplicar, porque não existe “relação de emprego”, mas “relação jurídica estatutária”. Nesse compasso, o art. 4º da Lei nº 9.527/97 não estabelece uma proibição à atribuição de honorários aos advogados públicos, mas estabelece que estes não pertencem, *a priori*, em todos os casos, aos profissionais do direito.

O Capítulo V da Lei nº 8.906/94 atribui, *a priori*, os honorários advocatícios aos “advogados empregados”. Isso não ocorre com os advogados públicos, por força do art. 4º da Lei nº 9.527/97. Se aos Procuradores do Estado, por exemplo, os honorários advocatícios de sucumbência não são atribuídos aprioristicamente pelo Estatuto da Advocacia, não existe qualquer proibição à sua atribuição: a norma não veicula proibição alguma. Cabe verificar, ainda, que, corretamente, se a Lei nº 8.906/94 atribuísse honorários advocatícios aos advogados públicos, a Lei da União estaria invadindo antijuridicamente a autonomia dos Estados.

Por outro giro, seria antijurídica a atribuição de honorários sucumbenciais por meio de decreto, porque não existiria, nesse compasso, nenhuma lei dando fundamento para tal atuação administrativa. Seria, portanto, uma ofensa à legalidade administrativa, uma vez que os honorários só são atribuídos, pelo art. 21 da Lei nº 8.906/94, aos “advogados empregados” não públicos. Entretanto, isso não quer dizer que os honorários não possam ser atribuídos a advogados públicos, nos termos dos respectivos estatutos. Isso é claro!

Em síntese, mesmo que se pretendesse acatar essa duvidosa linha de entendimentos, forçoso seria reconhecer que não caberia à Lei nº 9.527/97 estabelecer nenhuma disciplina para os Entes Federados, porque estes são autônomos para estabelecerem seus estatutos. A referida lei, quando muito, apenas encontraria aplicação para os servidores da União.

A propósito, nos termos do Estatuto da Advocacia, fica claro que os honorários

podem ser atribuídos aos advogados públicos, nos artigos 22 e 23, e não nos termos do art. 21, que, como visto, não diz respeito à advocacia pública. O que também fica evidenciado é que os honorários não podem ser atribuídos aos advogados públicos em razão do Estatuto da Advocacia, mas em virtude dos estatutos (autônomos) próprios dos Entes Federados, se assim estes estabelecerem. A própria Lei nº 8.906/94 vai nessa direção, quando dispõe, no art. 3º, §1º, que sejam observados os “regimes próprios”, isto é, os estatutos aplicáveis.

Em síntese, o advogado público cuja carreira é disciplinada por estatuto que não prevê o pagamento de honorários advocatícios não poderá recebê-lo. Ao contrário, os honorários de sucumbência podem ser pagos aos Procuradores do Estado porque assim estabelece a lei complementar que disciplina a carreira, isto é, em virtude do estatuto aplicável.

## 7. A NATUREZA JURÍDICA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A remuneração dos servidores públicos é o montante percebido a título de vencimentos e de vantagens pecuniárias; é o somatório das várias parcelas pecuniárias a que o servidor faz jus, em decorrência de sua situação funcional. Devese sublinhar que todas essas parcelas devem ser instituídas por lei.

O termo “vencimento” pode ser compreendido em sentido estrito ou amplo. Em sentido estrito, é a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo efetivo exercício do cargo, correspondente a padrão fixado em lei.<sup>5</sup> Nesse sentido, o vencimento, também conhecido como vencimento básico ou padrão, é a importância fixada em lei, atribuída ao servidor em função do exercício de seu cargo. Em sentido amplo, vencimento é o padrão com as vantagens pecuniárias auferidas pelo servidor a título de adicionais ou gratificações. Em tal acepção, o termo “vencimentos” é utilizado como sinônimo. Vale destacar que vencimentos (padrão + vantagens) só por lei podem ser fixados, segundo as conveniências e possibilidades da Administração.<sup>6</sup>

Existem vantagens do servidor público que são “inarredáveis”, isto é, vantagens que integram seu patrimônio jurídico e que não podem ser relativizadas pelo Poder Público com fulcro nas prerrogativas do regime estatutário. São aquelas que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função (*pro labore facto*), ou pelo transcurso do tempo de serviço (*pro labore temporis* – adicional por tempo de serviço). Por outro lado, existem vantagens pecuniárias que podem ser relativizadas, isto é, retiradas do servidor. São as que dependem de um trabalho a ser feito (*pro labore faciendo*), ou de um serviço a ser prestado em determinadas condições (*ex facto officii*), ou em razão da anormalidade do serviço, ou, finalmente, em razão de condições individuais do serviço (*propter personam*).<sup>7</sup>

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 398.

6 MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 398.

7 Idem.

Nesse sentido, é relevante distinguir as vantagens *pro labore facto* das vantagens *pro labore faciendo*. As primeiras se referem a um trabalho já feito e integram-se no padrão de vencimento do servidor, desde que completadas as exigências legais. Desse modo, o servidor fará jus a perceber, por exemplo, vantagem por tempo de serviço, desde que consumado o tempo de efetivo exercício estabelecido em lei. Diferentemente, as vantagens condicionais ou modais são vantagens que defluem de um trabalho que está sendo feito (*pro labore faciendo*). São, segundo as explicações de Hely Lopes Meirelles, adicionais de função (*ex facto officii*), ou são gratificações de serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, são gratificações pessoais do servidor (*propter personam*). O autor completa: “Daí por que, quando cessa o trabalho, ou quando desapareceu o fato ou situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens”<sup>8</sup>.

A remuneração dos titulares do cargo de Procurador de Estado de Minas Gerais é composta pelo vencimento básico (fixo) e por outras vantagens remuneratórias, de caráter geral ou pessoal, permanentes ou provisórias. O vencimento básico dos cargos que integram a referida carreira está disciplinado na Lei nº 18.798, de 31 de março de 2010.<sup>9</sup>

Os vencimentos dos Procuradores do Estado são complementados pelos honorários advocatícios. A percepção desses últimos pressupõe o desempenho efetivo das atividades de Procurador do Estado. O montante dos honorários advocatícios depende do esforço do corpo de Procuradores do Estado e estes apenas existem se os Procuradores do Estado os arrecadarem. Honorários não recebidos não são pagos aos Procuradores do Estado; se os Procuradores não arrecadarem honorários advocatícios, não o recebem.

Desse modo, os honorários advocatícios não possuem como fato gerador a mera titularidade do cargo, mas sim o desempenho, a atuação *efetiva, exitosa e específica* dos seus titulares. Por isso, a percepção dos honorários não pode ser estendida a todos os Procuradores do Estado, indistintamente.

Se o Procurador do Estado é inativo ou encontrase afastado do serviço, inexistem razões que justifiquem a percepção de honorários.

Enfim, verificase que o recebimento de honorários constitui vantagem de natureza *individual* e não geral. Trata-se de vantagem pecuniária de caráter personalíssimo e de natureza *propter laborem*, não podendo ser concedida apenas por mera ficção jurídica a todos. É clara a natureza de *pro labore faciendo* dos honorários advocatícios.

Nesses termos, na medida em que o servidor esteja inativo ou afastado do serviço (se o motivo de seu afastamento o exclui do rateio de honorários), não cabe a ele pleitear o recebimento da referida vantagem pecuniária.

A propósito, dispõe a Lei nº 869, de 06 de julho de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais), *verbis*:

8 MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 403404.

9 Vale destacar que o mesmo diploma normativo instituiu a Gratificação Complementar de Produtividade (GCP).

Art. 118. Além do vencimento ou da remuneração do cargo, o funcionário poderá auferir as seguintes vantagens: a – a

I – ajuda de custo;

II – diárias;

III – auxílio para diferença de caixa;

IV – abono de família;

V – gratificações;

VI – honorários;

VII – cotaspartes e percentagens previstas em lei;

VIII – adicionais previstos em lei.

[...]

Art. 120. Vencimento é a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo correspondente ao padrão fixado em lei.

Art. 121. Remuneração é a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão de vencimento e mais as cotas ou porcentagens que, por lei, lhe tenham sido atribuídas.

[...]

Art. 149. O funcionário perceberá honorário quando designado para exercer, fora do período normal ou extraordinário de trabalho, as funções de auxiliar ou membro de bancas e comissões de concursos ou provas, de professor ou auxiliar de cursos legalmente instituídos.

Em síntese, além do vencimento, atribuído em virtude do exercício do cargo, fixado na lei, o servidor público pode receber outras vantagens pecuniárias como bem colocado na Lei nº 869/52, inclusive honorários advocatícios.

## 8. AS MODERNAS ESTRUTURAS REMUNERATÓRIAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

O que merece ser registrado é o fato de que os honorários advocatícios pagos aos Procuradores do Estado são uma forma de estruturação remuneratória moderna, que homenageia a meritocracia e a eficiência no serviço público se adequando, com toda a certeza, ao Direito Administrativo moderno. O Estado não desembolsa valores significativos de remuneração, que são pagos por aqueles que sonegaram o recolhimento de tributos e que, em juízo, foram compelidos a pagar, ou por aqueles que demandaram contra o Estado e perderam a causa. Não são os contribuintes regulares do Estado que pagam os honorários dos Procuradores, mas os que sonegaram tributos, ou os que sucumbiram em suas demandas contra o Estado.

O vencimento básico do Procurador do Estado não é alto, mas é inferior a qualquer mínimo profissional de carreiras jurídicas que exigem igual qualificação e

responsabilidade.<sup>10</sup> O que recompõe a estrutura remuneratória é o honorário advocatício, que é rateado entre todos os Procuradores do Estado. No final, o resultado é uma remuneração razoável, embora inferior a de outras categorias irmanadas.

Se considerado que os honorários não se incorporam à aposentadoria, não fazem parte de décimo terceiro, etc. o valor é ainda reduzido para os profissionais que exige o interesse público. Isto é claro, em especial porque se sabe que a possibilidade de recuperação dos créditos “podres” da dívida ativa é reduzida, no país das pequenas empresas, da insolvência e da falência.

O que é ressabido é que toda a boa técnica de “Cargos e Salários” da mais moderna Teoria de Recursos Humanos privilegia a remuneração calcada no mérito e na produtividade. Não faz mais o menor sentido afirmativas como as de que o servidor público deve ser remunerado por meio de “pagamento mensal certo”. Essa é uma ideia ultrapassada e incompatível com qualquer técnica mais moderna do Direito Administrativo. Até mesmo o Estatuto mineiro de 1952 já superou os preconceitos dessa linha de pensamento mais antiga.

Foi buscando estabelecer mecanismos remuneratórios similares aos honorários de sucumbência que a CE/89 criou o “prêmio de produtividade” e o “adicional de desempenho”, como vale conferir:

Art. 31. O Estado assegurará ao servidor público civil da Administração Pública direta, autárquica e fundacional os direitos previstos no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, da Constituição da República e os que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social e da produtividade e da eficiência no serviço público, em especial o prêmio por produtividade e o adicional de desempenho.

§1º A lei disporá sobre o cálculo e a periodicidade do prêmio por produtividade a que se refere o caput deste artigo, o qual não se incorporará, em nenhuma hipótese, aos proventos de aposentadoria e pensões a que o servidor fizer jus e cuja concessão dependerá de previsão orçamentária e disponibilidade financeira do Estado.

§2º O adicional de desempenho será pago mensalmente, em valor variável, calculado nos termos da lei, vedada sua concessão ao detentor, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. [...].

Da mesma forma, a boa técnica de RH exige que a remuneração paga a qualquer profissional seja adequada ao meio em que se dá a atuação, isto é, que seja um valor relativo compatível ao exigido pelo mercado de trabalho. No caso em estudo, os profissionais atuam como advogados do Estado, trazendo para as lides (para a “arena judicial”), o interesse público, devendoos defender em pé de igualdade com os outros advogados dos contribuintes, que recebem honorários advocatícios. Trata-se da sistemática típica de remuneração desses profissionais, que devem receber da mesma forma

<sup>10</sup> Para o professor Paulo Otero (*Poder de substituição no direito administrativo*. Lisboa: Lex, 1995. cap. 2), as políticas neoliberais tendem a colocar os profissionais do serviço público como “burocratas marginais”, favorecendo a que estes se sintam envergonhados de serem “agentes públicos”, pagando baixíssimos salários, e com isso, desmantelando a máquina pública, afastando todas as possibilidades de o Poder Político fazer frente aos interesses econômicos dos mais poderosos.

que aqueles com quem trava as “batalhas forenses”, que, como se sabe, são levadas a cabo até a exaustão, na defesa do interesse público. Não é de se estranhar que, por toda a Comunidade Europeia, ou mesmo nos Estados Unidos da América (em especial a partir do National Performance Review), este tipo de profissional foi sistematicamente valorizado; da mesma forma, as remunerações, antes fixas, foram transformadas em remunerações exatamente similares às praticadas na Advocacia Geral mineira.

Enfim, a sistemática remuneratória prevista no Estatuto aplicável dá um tratamento adequado às especificidades da carreira, estabelecendo um mecanismo de contrapartida pecuniária compatível com o cargo de Procurador do Estado e com o que dele se espera no desempenho de seu múnus público. O Estado de Minas Gerais, assim, destina, ao conjunto dos Procuradores do Estado, o montante de honorários advocatícios e determina, no Estatuto a eles aplicável, que estes mesmos, no Conselho Superior da AGE, determinem como deve se dar o rateio, dando apenas algumas balizas. Por isso é que, em um mês, o Procurador do Estado pode ganhar X, e no outro, Y, conforme o desempenho do corpo de Procuradores.

Nesse sentido, se um Procurador do Estado não trabalha, seja lá pela razão que for, justa ou não, o corpo de Procuradores do Estado vê reduzida sua potencial capacidade de arrecadação de honorários advocatícios, isto é, os próprios Procuradores é que pagam os honorários advocatícios daqueles que não atuaram.

## 9. CONCLUSÃO

Na ausência de lei específica (e apenas por essa razão), isto é, faltando disciplina estatutária do Ente Federado, não se pode dar a atribuição direta dos honorários advocatícios aos advogados públicos com lastro apenas na Lei nº 8.906/94. Por outro giro, pode-se afirmar, sinteticamente, que, desde que o Estatuto do Ente Federado preveja, isto é, desde que exista previsão legal, é possível que, além do vencimento fixo, sejam atribuídos honorários advocatícios aos advogados públicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ RICO, Manuel. **Principios constitucionales de organizacion de las administraciones publicas**. 2.ed. Madrid: Dykinson, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MINAS GERAIS. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 1989.

MINAS GERAIS. **Lei n. 869, de 5 de julho de 1952**. Dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais, Belo Horizonte, 6 jul. 1952.

MORTATI, Costantino. **Istituzioni di diritto pubblico**. 5.ed. Padova: Cedam, 1960.

OTERO, Paulo. **Poder de substituição no direito administrativo**. Lisboa: Lex, 1995.

## O QUE SE ENTENDE POR INTERESSE PÚBLICO? AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DESAFIOS E POSSIBILIDADES

Paulo Roney Ávila Fagúndez<sup>1</sup>

**SUMÁRIO.** 1. Introdução 2. Os Conceitos são fundamentais. Autocomposição de conflitos sendo uma das partes pessoa jurídica de direito público e o interesse público. A Norma curva-se à realidade. Marco Legal da autocomposição no setor público no Brasil e a crise da litigiosidade e a superação do conceito antigo de interesse público 3. Regras gerais e especiais para Estados, Distrito Federal e Municípios e o interesse público 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas

**RESUMO:** O trabalho trata do interesse público na gestão dos conflitos na administração.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema central do presente artigo é investigar o que se entende por interesse público, com vistas à discussão de quais são os desafios e possibilidades para a sua viabilização.

Se o Direito nasceu para atender interesses particulares, não pode mais ser visto assim.

Os meios consensuais são a maior expressão do interesse público.

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela URCAMP(1981), especialista em educação (convênio MEC/OEA), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Pós-doutor pelas Universidades Lusíada de Lisboa e do Porto, Portugal, e pesquisador do Centro de Estudos Jurídicos, Econômicos e Ambientais, da Universidade Lusíada de Lisboa, Portugal. Pertence à IUCN(Academy of Environmental Law). Integra a Academia Skepsis de Semiologia e Direito. Membro da diretoria do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Foi Presidente da Comissão de Ética Pública da Universidade Federal de Santa Catarina. Foi Conselheiro do Conselho Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina e Presidente, no mesmo Conselho, da Câmara Técnica de Impacto Ambiental da Poluição Eletromagnética. Parecerista ad hoc da SBPC) Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e do CONPEDI. Fez parte do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da UFSC. Curso de formação em Psicanálise. Foi vereador e Secretário Municipal de Turismo, Indústria e Comércio na sua cidade natal. Atualmente é professor associado IV da Universidade Federal de Santa Catarina, ex-membro consultor da Comissão de Ensino Jurídico da OAB Federal, Procurador do Estado de Santa Catarina aposentado. Poeta, com obras publicadas. Autor de várias obras jurídicas. Foi conferencista no seminário organizado pela Universidade Nacional do México e Universidade Paris, em 2007, que visou a discussão de uma convenção para a América Latina de Bioética. Realizou palestra na China em 2012, sobre direito e taoísmo, e também estudos nas Universidades de Shandong, Qufu e Wuhan, em 2007. Em 2014 foi palestrante na China em Beijin, Wuhan, Guanzhou e Macau. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria e Filosofia do Direito, Direito Ambiental, Criminologia, atuando principalmente nos seguintes temas: novos direitos, holismo, direito ambiental, ensino jurídico, ética, bioética e biodireito.

Há um grande movimento social no sentido de se construir um direito vivo, que efetivamente defenda os interesses da cidadania.

Como instrumento de controle social, o Direito é visto pelos marxistas como meio de controle de uma classe sobre a outra.

Ademais, a ideia de cientificidade do Direito nada mais é do que o reconhecimento do seu poder.

Historicamente, após o advento do Estado moderno e monopólio da justiça, as formas consensuais de solução dos conflitos passaram a ser vistas como marginais.

A mediação e a conciliação, no âmbito administrativo, permitem que se deixem de lado os mecanismos opressivos estabelecidos pelo denominado Estado Democrático de Direito, para que se possa pensar em um verdadeiro Estado Democrático de Justiça, pautado em soluções que contem com a participação ativa do cidadão.

É como se somente no processo pudesse ser preservado o interesse do Estado.

Durante muitos anos a ausência de marco legal foi uma das razões para a resistência por parte de doutrinadores, juristas e administradores na utilização desses métodos alternativos de tratamento de conflitos, na seara pública. Porém, agora, diante do dispositivo novo inserido no ordenamento pátrio, os esforços se conjugam para compreender e implementar os institutos. Nesse sentido, justifica-se o artigo, como medida para investigar e estabelecer conteúdos críticos, que colaborem para o entendimento desse novo modelo de tratamento de disputas a partir de uma visão do interesse público, bem como apontar possibilidades quanto às medidas necessárias para a sua viabilização.

O ponto de partida da pesquisa será o de apresentar algumas perspectivas, impressões doutrinárias e teóricas a respeito do tema, levando-se em consideração as alterações inseridas no novo Código de Processo Civil, com ênfase, sempre que possível, em um viés crítico. E, sobretudo, no trabalho, vislumbrar que o interesse público não se apresenta como obstáculo para a adoção da mediação como instrumento de gestão dos conflitos na administração pública.

Daí o surgimento do problema da presente pesquisa: diante daquilo que se entende por interesse público podem ser estabelecidos novos mecanismos de gestão dos conflitos? O interesse público é um empecilho para que a mediação seja adotada como método central de gestão dos conflitos na administração pública?

Assim, o objetivo geral do trabalho é verificar se já existe um cenário de apresentação de posicionamentos teóricos a respeito desses desafios e possibilidades, mesmo diante daquilo que convencionamos chamar de interesse público, apresentando, sobretudo, os equívocos cometidos pelos administradores, doutrinadores e julgadores a respeito de uma inadequada compreensão do tema.

A pesquisa foi elaborada por meio do método hipotético-dedutivo, com pesquisa em livros e periódicos científicos, contando também com a coleta de documentos textuais: legislação atualizada e doutrinas pertinentes. Além disso, utiliza-se o método de

procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

O trabalho está estruturado nos seguintes tópicos: que demonstram o interesse público na solução rápida e eficaz dos conflitos. Ademais, apresenta um importante avanço. A norma curva-se à realidade. A litigiosidade passa a ser superada pelo diálogo. O interesse público é por um processo equilibrado. Agora não se pode alegar que o interesse público é obstáculo para a mediação.

## **2. OS CONCEITOS SÃO FUNDAMENTAIS. AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS SENDO UMA DAS PARTES PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO E O INTERESSE PÚBLICO. A NORMA CURVA-SE À REALIDADE. MARCO LEGAL DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO SETOR PÚBLICO NO BRASIL E A CRISE DA LITIGIOSIDADE E A SUPERAÇÃO DO CONCEITO ANTIGO DE INTERESSE PÚBLICO**

O respeito à legalidade é importante fronteira. Há uma relação entre interesse público e ciência? O modelo científico atende ao interesse público? Houve uma compreensão inadequada de interesse público.

Por que o interesse público é empecilho para que a solução dos conflitos se dê através do diálogo.

Algumas legislações estaduais e federais já previam, de maneira tímida, a possibilidade de realização de acordos na seara judicial, quando a administração pública direta ou indireta fosse uma das partes litigantes.

Quer dizer, o interesse público há muito vem sendo questionado.

As Leis dos Juizados Especiais Estaduais (Lei nº 9.099/95) e federais (Lei nº 10529/2001), que pretenderam tornar mais célere a prestação jurisdicional, acabaram por não alcançar o seu propósito, gerando, além de milhões de demandas, a necessidade de discussão e investimento em políticas públicas que envolvessem outros meios de solução alternativa de solução de conflitos.

A gradativa flexibilização na legislação a respeito do setor público contribuiu para a adoção de meios alternativos para a resolução dos conflitos.

O Direito Público se apresentou como empecilho para qualquer negociação, pela adoção de um rigorismo metodológico que se apresenta inadequado em pleno século XXI para o enfrentamento e gestão de conflitos cada vez mais complexos.

A questão do interesse público foi determinante no sentido de fossem fechadas as portas para a negociação com a administração pública.

A Lei de Arbitragem, Lei nº 9307/96, também trouxe a possibilidade de tratamento de conflitos de maneira pontual para a Administração Pública, para direitos patrimoniais disponíveis.

Porém, os princípios que regem a Administração Pública—e suas regras próprias

–, desestimulavam o investimento nos métodos consensuais de resolução de conflitos. Ademais, o Poder Público muitas vezes utilizou o Poder Judiciário para administrar suas dívidas, em virtude da inexistência de um plano de ação de enfrentamento de milhões de ações judiciais em que o estado é autor ou réu.

Após inúmeros estudos realizados pelo Poder Judiciário, com o escopo de reduzir os índices de litigiosidade no Brasil, a mediação de conflitos foi então inserida no ordenamento jurídico, com o advento da Lei nº 13.140/2015, apesar de sua prática já ter sido reconhecida pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, como Política Pública.

A inclusão deste novo dispositivo, coaduna-se com as recentes transformações do conteúdo e dos princípios do regime jurídico administrativo. Mudanças econômicas, sociais e estatais impuseram o surgimento de novas concepções acerca da Administração Pública, com base nas ideias de consensualismo, cidadania ativa, eficiência, entre outros.<sup>2</sup>

O marco legal surge, então, como promessa para superação da hiperlitigiosidade e tem como escopo uma mudança de comportamento e reforma do sistema judicial, tendência há muito tempo apontada por determinados autores.<sup>3</sup> Segundo os autores, estas alterações no aparelho estatal, inseridas na “terceira onda”, trazem um enfoque que preconiza o envolvimento do Estado no acesso à justiça, não só apenas utilizando o caminho do processo judicial, mas focando também em políticas públicas que incentivem os meios alternativos de resolução de conflito.

Nesses termos, a mediação vem contribuir para a democratização do direito, permitindo o mais amplo acesso à justiça através dos meios consensuais, sobretudo, a um sistema judicial mais ágil e que envolva a participação do cidadão.

Diferentemente da estrutura de poder observada nos processos judiciais, eminentemente autocrática, a mediação permite que, através da circularidade, todos possam dialogar, em igualdade de condições, ampliando-se o acesso à justiça e fortalecendo os processos de cidadania.

Contudo, como lembra Warat<sup>4</sup>, a mediação não pode ser concebida com as crenças e os pressupostos do imaginário comum. Antes, é preciso que a mentalidade jurídica se altere para vivenciar a experiência existencial desse novo paradigma, sob pena de que ocorra o desvirtuamento de seu sentido. Exige-se, portanto, “uma nova postura das partes, que não a da passividade, à espera que a autoridade estatal decida o que deve ser feito”. (EIDT, 2015, p. 61).<sup>5</sup>

2 DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>> Acesso em 23 set 2016.

3 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.31-74

4 WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.67.

5 EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública**. RPGE. Porto Alegre, v. 36 nº 75, p.70, 2015.

Assim, da conjugação dos dispositivos constantes no código de Processo Civil de 2015 e na Lei da Mediação, não resta dúvidas de que a Administração Pública está incluída como destinatária dos métodos consensuais de resolução de conflitos.

O marco legal, nesses termos se coaduna com uma nova concepção de Administração Pública, dialógica, pois a razão de ser do aparato estatal é o cidadão, que precisa ser visto como protagonista:

A concepção de uma Administração Pública que dialoga com o cidadão, o qual é, ao fim e ao cabo, a razão de ser de todo o aparato do Estado, está bem clara na redação do novo código processual. A possibilidade deste diálogo, por óbvio, não se compatibiliza com a pré-definição de que há uma supremacia dos interesses do Estado sobre aqueles pretendidos pelo indivíduo, sobretudo porque não são poucas as vezes em que o agir estatal (ou não agir) viola direitos fundamentais. Um poder público que se utiliza da morosidade do judiciário para se esquivar do cumprimento de suas obrigações é postura que não se compatibiliza com a Constituição nem bem com as normas fundamentais do processo civil contemporâneo e expressamente previstas na novel legislação (consensualidade, celeridade, colaboração e promoção da dignidade da pessoa humana).<sup>6</sup>

Com efeito, a Advocacia Pública tem o dever de contribuir para a funcionalidade do Judiciário que aqui anteriormente se destacou, seja no âmbito do processo judicial e, em especial, de modo preventivo, por meio de sua atividade de consultoria e, a partir do novo Código, também nas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Dessa forma, além da contribuição com o poder judiciário, deve a advocacia pública voltar sua atenção à concretização dos direitos fundamentais e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas do Estado de direito, de modo a melhor tornar a relação da Administração com o cidadão.<sup>7</sup>

Essa nova postura da advocacia pública, preocupada com a gestão adequada dos conflitos envolvendo o Poder Público parece ser mais condizente com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988, bem como com os princípios que regem a Administração Pública, previstos no artigo 37.

A mediação como instrumento de gestão, contribui para a elaboração de ação e metas que fortalecem os processos de pacificação social ao fixar como missão comum a todos os órgãos a consensualidade, que tende a fortalecer o atendimento ao cidadão, finalidade última do Estado brasileiro.<sup>8</sup>

A lei pode contribuir para a mudança da cultura, muito embora não tenha força suficiente para mudar a realidade, sem que sejam adotadas medidas concretas por parte das autoridades.

Da mesma forma que se deve ter uma nova visão do papel do Estado e dos

6 EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública**. RPGE. Porto Alegre, v. 36 nº 75, p.70, 2015.

7 EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública**. RPGE. Porto Alegre, v. 36 nº 75, p.70-71, 2015.

8 COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 9, n. 9, p. 13, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em 24 set 2016.

interesses em jogo.

De um sistema fechado passou para um aberto, democrático. Sem democracia não há defesa do interesse público.

É possível que se dê a autocomposição dos conflitos quando uma das partes é o Poder Público.

Há conceitos básicos que devem ser melhor compreendidos. Ativar sistemas mais ágeis de solução de conflitos.

Muito embora a mediação esteja na origem do direito, aparece como novidade.

Por que a mediação poderia ser contrária ao interesse público? Em sentido amplo, Warat entende a mediação como enunciado sinônimo da expressão procedimentos não adversária de resolução de conflito.<sup>9</sup> Em sentido estrito, conceitua-se a mediação como um método alternativo de resolução de conflitos, em que um terceiro imparcial – denominado “mediador” –, é responsável por facilitar o diálogo e a comunicação entre as partes conflitantes.

Portanto a mediação pode ser o caminho mais curto para a solução de um conflito.

O processo, ao contrário, se mostrou como patologizador dos conflitos e, ademais, gerando novos e mais complexos litígios.

Vale dizer, os processos não são resolvidos e agravam os litígios, tornando-os, na maioria dos casos, eternos.

O marco legal de mediação no Brasil optou por fornecer um conceito de mediação, no sentido de que “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (parágrafo único do artigo 1º da Lei 13.140/2015).

Fernanda Tartuce aponta as diferenças entre a mediação e conciliação. Segundo ela a mediação é um método que consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes de forma a propiciar que estas próprias possam, ao entender melhor os contornos da situação controvertida, protagonizar saídas proveitosas. Trata-se de espécie do gênero autocomposição, sendo ainda considerada na perspectiva processual “meio alternativo de solução de conflitos” ou equivalente jurisdicional. Para alguns estudiosos, identifica-se com a conciliação, que também busca o estabelecimento de um consenso. Todavia, as técnicas divergem pela atitude do terceiro, responsável por facilitar o diálogo: enquanto na mediação ele não deve sugerir proposta de acordo, na conciliação ele pode adotar conduta com vistas a influenciar o ajuste final.<sup>10</sup>

O desafio imposto à Administração é regulamentar quais as causas serão

<sup>9</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 68.

<sup>10</sup> TARTUCE, Fernanda. **Breves Comentários ao novo CPC**. 2ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 523.

encaminhadas para a autocomposição. Fernanda Tartuce esclarece que é muito importante o filtro adequado das causas pelos gestores do conflito, que, após a sua análise, encaminharão, para um ou outro mecanismo, de acordo com suas peculiaridades.<sup>11</sup>

A filtragem adequada da controvérsia está em consonância com o modelo proposto pela justiça restaurativa e pelo sistema multiportas, em que se oportuniza múltiplas possibilidades de gestão ao cidadão e não deve ser diferente a postura do advogado público.

Nesse sentido, é preciso considerar que são as pessoas que ocupam os cargos e funções na seara pública e que são elas que precisam tratar as controvérsias, para que operacionalize a novel norma no plano administrativo. Ou seja

“Faz-se importante notar que os órgãos e as instituições públicas existem e são estruturados por pessoas, por mais que estejam imbuídas dos atributos de gestão de impessoalidade e eficiência, findam por levar para esses ambientes toda a sua história e a sua composição subjetiva. Com efeito, são eles os condutores de todo o processo de instalação do conflito e, por conseguinte, de sua solução. Cabe, então, analisar o procedimento de solução das querelas, preconizando que a mediação seria uma forma útil e promissora de solução dessas questões”.<sup>12</sup>

Ademais, não se pode ignorar a questão do Poder Público em juízo, pois inviável a discussão sobre a melhora do funcionamento do judiciário se não forem incluídas medidas que alcancem as demandas em que o Estado é parte, cujo número representa expressivo percentual dos processos que tramitam atualmente. Da mesma forma que o acesso à justiça passa por um aperfeiçoamento em seu significado – denotando muito mais uma solução qualificada da disputa do que a simples interposição de uma ação –, os princípios que regem a Administração Pública também devem ser reinterpretados à luz da Constituição e dos demais direitos fundamentais nela constantes.<sup>13</sup>

Por que os conflitos envolvendo os entes públicos deve ter um tratamento diferenciado? Por que o denominado direito público não permite soluções negociadas para os conflitos? Afinal, em pleno século XXI, subsiste a separação entre direito público e direito privado?

Assim, pode-se questionar a grande divisão entre os ramos de direito público e privado, a partir de três critérios conhecidos.

São critérios a presença do Estado na relação, se o interesse é público e se as normas são obrigatórios, cogentes e impositivas.

Na maioria das vezes, não se consegue com precisão distinguir o interesse público do privado.

<sup>11</sup> TARTUCE, Fernanda. **Breves Comentários ao novo CPC**. 2ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método, 2015.

<sup>12</sup> COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. *Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília, v. 9, n. 9, p. 20, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em 24 set 2016.

<sup>13</sup> EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública**. RPGE. Porto Alegre, v. 36 n° 75, p. 56, 2015.

Vislumbra-se o interesse imediato público e o mediato privado em grande parte das relações estabelecidas.

Como sabemos, os órgãos e as entidades da Administração Pública também se envolvem em conflitos. Aliás, o Poder Público é um dos maiores litigantes do sistema de justiça, de acordo com dados apontados pelo CNJ.

Há diferenças entre conflitos envolvendo entes públicos e privados?

A Lei n.º 13.140/2015, marco legal da mediação no Brasil, autoriza e incentiva que a Administração Pública preveja e resolva seus conflitos por meio da conciliação e da mediação (art. 32).

A opção da legislação, segundo Maria Tereza Fonseca Dias, não foi implantar claramente a mediação na Administração Pública, mas instituir um conjunto de mecanismos de autocomposição dos litígios, do qual a mediação é uma espécie que pode ser ou não implantada.<sup>14</sup>

Juntos, a Lei n.º 13.140/2015 e o CPC 2015 afirmam que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (artigo 32 da Lei de Mediação e art. 174 do CPC 2015). Ou seja, em algumas situações terá o particular a oportunidade de compor a disputa sem ter que bater as portas do Judiciário.

O objetivo maior da lei é impedir que os conflitos envolvendo o Poder Público cheguem ao Judiciário, porquanto estatisticamente constata-se que a grande maioria dos litígios tem o Estado em algum dos polos da ação.

Quer dizer, a administração, ao semear litigância não dá o exemplo, por não ter a capacidade de gestão interna dos conflitos.

A submissão do conflito às câmaras não é obrigatória, nos termos do art. 32, parágrafo § 2º, que estabelece que a submissão do conflito às câmaras é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

A esse respeito, a lei deixa a critério da Administração a criação ou não das câmaras. COELHO e LÚCIO alertam que a escolha de determinados instrumentos em detrimento de outros, não se resume à uma escolha técnica, mas apresenta a escolha de caminhos de desenvolvimento de políticas públicas, determinando suas características, finalidades e objetivos, em suma, de escolhas políticas.<sup>15</sup>

As câmaras de mediação funcionarão dentro dos órgãos da Advocacia Pública (Advocacia Geral da União, Procuradorias dos Estados e dos Municípios) e terão

<sup>14</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>> Acesso em 23 set 2016

<sup>15</sup> COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 9, n. 9, p. 22, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em 24 set 2016.

competência para: I—dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II—avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público e III—promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

As câmaras de mediação aparecem como novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Para o seu perfeito funcionamento há a necessidade de treinamento dos agentes públicos e publicizar mecanismos de prevenção e gestão de conflitos no meio da população.

Não se incluem na competência das referidas câmaras as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo. Ou seja, se a providência depender de autorização do legislativo, não é possível que a questão seja levada à câmara, porque o acordo exige a concordância de outro Poder, totalmente independente, consoante o disposto no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

O parágrafo 5º do artigo 32 da Lei dispõe que se compreendem na competência das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares

Isso significa dizer que, a partir do marco legal, as câmaras administrativas poderão resolver os conflitos que envolvam a discussão equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Segundo Dias, nesse aspecto, a lei afasta a disciplina da contratação pública das normas gerais de licitações e contratos administrativos, daí provavelmente a razão de ter sido editada com este conteúdo específico.<sup>16</sup>

Outra possibilidade trazida pela Lei, diz respeito à possibilidade de mediação de conflitos quando envolver a prestação de serviços públicos. Nos termos do art. 33, parágrafo único, a advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá instaurar o procedimento de ofício ou mediante provocação.

De acordo com a Lei, havendo consenso entre as partes, o que for deliberado será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial (art. 32, §3º).

A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflitos no âmbito da administração pública suspende a prescrição, conforme determina o art. 34.

De acordo com o art. 34, § 1º, considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

<sup>16</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>> Acesso em 23 set 2016.

Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto no Código Tributário Nacional, conforme preceitua o art. 34, § 2º da Lei.

De acordo com o art. 33, enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I da Lei n.º 13.140/2015.

A inércia do regulamento poderá estimular a administração a implantar a mediação e outros mecanismos de tratamento de conflitos no poder público. Segundo Dias, considerando que a lei autorizou o exercício de competência ampla para a Administração em matéria de métodos autocompositivos, o exercício desta competência deve se dar de forma adequada, diferenciando-se as potencialidades que cada um tem a oferecer neste cenário.<sup>17</sup>

### 3. REGRAS GERAIS E ESPECIAIS PARA ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS E O INTERESSE PÚBLICO

No que diz respeito aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a Lei n.º 13.140/2015 fixou regras gerais sobre a câmara de mediação administrativa e deixou para os entes federados a regulamentação do modo de composição e funcionamento das câmaras. (art. 32, “caput”, parágrafo 1º).

A divisão entre direito público e privado já parte do pressuposto que há interesses sociais que deverão ser preservados, como salientamos acima.

No entanto, não se pode desconsiderar que o Estado, muito embora tenha presença constante em nossas vidas, é uma construção.

Nunca ninguém viu nem verá o Estado. E está em todo lugar, assumindo diferentes formas,

O que denominamos de Estado é a ficção mais real que existe. E vai além das teorias postas.

Trata-se de uma construção coletiva que visa ordenar a vida das pessoas.

Pode-se afirmar que é a figura paterna que a sociedade deseja para ver seus anseios atendidos.

Contudo, no que diz respeito aos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal, a Lei n.º 13.140/2015, na Seção previu regras mais detalhadas.

Na seqüência, ao tratar especificamente dos conflitos que envolvem a Administração Pública Federal, a lei delega ao Advogado-Geral da União o elenco das matérias que podem ser objeto de transação por adesão. Resta claro, portanto, que a advocacia pública terá papel primordial na efetiva adoção de métodos consensuais de resolução

17 DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>> Acesso em 23 set 2016.

de conflitos também pela Administração Pública.<sup>18</sup>

A figura da “transação por adesão” poderá ser realizada em determinados temas que gerem conflitos repetitivos envolvendo a Administração Pública Federal.

Nesse sentido, poderá o órgão entidade propor para todos os interessados um acordo com o Poder Público, uma proposta com parâmetros fechados. A parte contrária aceita ou não e não há margem para negociação ou formulação de (contra) propostas.

Exemplo: diversos servidores públicos solicitam o pagamento de uma gratificação a que tem direito. Mas o Governo edita uma Portaria dizendo que não vai pagar em razão da crise. Porém, a jurisprudência do STF é pacífica a respeito. A AGU poderá formular uma proposta de acordo prevendo o pagamento do adicional oferecendo um desconto pelo pagamento retroativo do valor devido no período. Os servidores que concordarem com a proposta recebem o valor sem precisar recorrer ao Poder Judiciário, assinando a transação por adesão.

Os demais requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa, que terá efeitos gerais e será aplicada em casos idênticos, que forem habilitados tempestivamente, permitindo-se o acordo de apenas parte da controvérsia.

A parte que aceita a transação por adesão, renuncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial. Ou seja, a parte não poderá mais questionar (judicial ou administrativamente) o que foi objeto de ajuste. (§ 4º do art. 36).

Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa (§ 5º do art. 36).

O fato de a Administração Pública propor a transação por adesão não interfere no prazo prescricional, que continua correndo normalmente (não implica em renúncia, suspensão ou interrupção).

De acordo com a Lei, a formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão. (§ 6º do art. 36).

A Lei traz, ainda, disposições que tratam de conflitos que envolvam órgãos ou entidades da administração pública federal.

No caso de conflitos que envolvam controvérsia entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da

18 EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. RPGE. Porto Alegre, v. 36 n.º 75, p. 70, 2015.

União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. (§1º art.36).

Se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação.

Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas. (§2º art.36)

Se não houver acordo e o AGU não dirimir a questão, é possível a propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal, porém, segundo a Lei de Mediação, deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União (art. 39 da Lei).

A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar. (parágrafo 3º art. 36 da Lei).

Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio estiver sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Se o conflito envolver, de um lado, órgão/entidade federal e de outro órgão/entidade estadual ou municipal, ele poderá ser resolvido por meio de mediação feita pela AGU.

É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito (art. 37).

Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos federais ou a créditos inscritos em dívida ativa da União: I–não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32 da Lei; II–as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37 da Lei; III–quando forem partes as pessoas a que alude o caput do art. 36 da Lei: a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda. O disposto no inciso II e na alínea a do inciso III não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem (art. 40).

#### 4. CONCLUSÃO

Na verdade, muito se falou sobre o interesse público sem necessariamente compreendê-lo.

Para que se possa entender o interesse público, deve-se ter antes de tudo a compreensão do papel desenvolvido pelo Estado historicamente.

O marco legal da mediação no Brasil trouxe para o ordenamento jurídico uma nova forma de solução de conflitos. A Lei de Mediação estabeleceu um verdadeiro marco na direção de uma mudança de comportamento da sociedade em busca do acesso à justiça. O caminho judicial abre espaço para o novo e, com isso, espera-se desafogar os tribunais, com um novo comportamento estatal, depois de décadas de opção pela litigância massiva.

Contudo, para que esse modelo tenha sucesso, se faz necessária a difusão da política pública de mediação, que precisa sair do papel para ser colocada em prática com o advento da Lei. E exige mais: um plano de ação e de gestão pública que dissemine essa nova cultura.

Mas, para isso, se devem concentrar esforços para que a prática de Mediação seja posta à disposição de todos os cidadãos, quem sabe desde a mais tenra idade. A mediação sempre é um bom caminho, como já sabiam os antigos do Oriente. No entanto, o mais importante é que se firme como política pública.

A proposta precisa, porém, passar pela experiência da vida, porquanto os direitos são emanações da própria existência.

O interesse público deve ser visto como com um interesse da sociedade como um todo, e não como o interesse dos governantes

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015.
- BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, D.F., 29 jun. 2015. p.1.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVER, T. B., VONDRA, A. A. **Alternative dispute resolution: why it doesn't work and why it does.** In: *Harvard Business Review on negotiation and conflict resolution*. Cambridge: Harvard Business School Press, 2000. p. 189-214.

COELHO. Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. *Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em 24 set 2016.

DIAS. Maria Tereza Fonseca Dias. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>> Acesso em 23 set 2016.

EGGER, Ildemar. **O papel do Mediador.** Disponível em: <<http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm>>. Acesso em 20 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. *Cultura da Paz.*

EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública.** RPGE. Porto Alegre, v. 36 n° 75, p.55-74, 2015.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O modelo restaurativo, o sistema multiportas e a advocacia pública:** novos paradigmas para a ciência jurídica. Tese. Congresso Nacional de Procuradores de Estado.

GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa Garcia. **Mediação e Autocomposição:** Considerações sobre a lei n° 13.140/2015 e o Novo CPC. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo. Ano XII. n° 97, set-out. 2015

GOULART. Juliana Ribeiro; FAGÚNDEZ. Paulo Roney Ávila. **Como se pode fazer mediação na administração pública?** Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/como-se-pode-fazer-mediacao-na-administracao-publica-por-juliana-ribeiro-goulart-e-paulo-roney-fagundes-avila/>> Acesso em 07 jun. 2016.

GOULART. Juliana Ribeiro. GONÇALVES. Jéssica. **Conheça os principais modelos de Mediação de Conflitos.** Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/conheca-os-principais-modelos-de-mediacao-de-conflitos-por-juliana-ribeiro-goulart-e-jessica-goncalves/>> Acesso em 07 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Breves considerações sobre a Lei de Mediação.** Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/breves-consideracoes-sobre-a-lei/>> Acesso em 07 jun. 2016.

KLEBA. Maria Elisabeth; WENDAUSEN. Agueda. **Empoderamento:** processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. *Saúde Soc.* São Paulo, v.18, n° 4, p.733-743, 2009.

TARTUCE. Fernanda. *Mediação nos conflitos civis.* 2ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (ORG). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. **Breves Comentários ao Código de Processo Civil de 2015,** São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

## CONCEPÇÕES DE ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: A PREMÊNIA DE UMA CONCEPÇÃO SOCIOAMBIENTAL

Pedro Manoel Abreu<sup>1</sup>

Weber Luiz de Oliveira<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Estado na Constituição do Brasil. 3. Concepções formais. 3.1 Estado Federal. 3.2 Estado Republicano. 3.3 Estado Democrático. 3.4 Estado de Direito. 4. Concepções Materiais. 4.1 Estado Social. 4.2 Estado Econômico. 4.3 Estado Ambiental. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas

**RESUMO:** O presente artigo expõe as concepções de Estado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, objetivando demonstrar o predomínio de uma concepção de Estado Socioambiental. Propõe categorias formais e materiais dessa Instituição Política. As primeiras, republicana, democrática e de direito, são as que dão forma e estrutura ao Estado. Refletem como os órgãos estatais atuam e como a Sociedade é gerida, dirigida e dirigente. As segundas, concernentes às concepções social, econômica e ambiental de Estado, reproduzem o modo de ser e de conviver do Estado e da Sociedade. Nessa perspectiva material de Estado, delimita-se a questão de qual a efetiva concepção do Estado Brasileiro, de modo a esclarecer o dever predominante e a urgência da atuação estatal com o desiderato de implementá-la.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto as concepções de Estado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O seu objetivo é demonstrar que, das várias Categorias que podem ser objeto de

<sup>1</sup> Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Pós-doutor pela Universidade de Lisboa; Professor do Curso de Pós-graduação nos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, na linha de pesquisa: Princiologia Constitucional e Política do Direito; e Professor da Academia Judicial em Cursos de formação inicial e continuada de magistrados do Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Professor convidado do Curso de Mestrado Profissional em Direito da UFSC. Lattes: CV:0http://lattes.cnpq.br/520896419390738.

<sup>2</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali/SC), com dupla titulação com a Universidade de Alicante, Espanha, na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, na linha de pesquisa: Princiologia Constitucional e Política do Direito. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul/LFG. Membro de Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil-IBDP. Professor de Direito Processual Civil, graduação e pós-graduação *lato sensu*. Procurador do Estado de Santa Catarina, com atuação nos Tribunais Superiores. Lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/0265753096355749>.

descrição o Estado Brasileiro na sua Constituição, há predominio, contemporaneamente, do Estado Socioambiental.

Para tanto, o artigo está dividido em três seções. A primeira trata do Estado na Constituição do Brasil, conceituando essa Instituição Política.

Na segunda é tratada as formas com que se entende existentes o Estado brasileiro: o Estado Federal, o Estado Republicano, o Estado Democrático e o Estado de Direito.

Na terceira é tratada sobre as concepções materiais de Estado no texto constitucional: o Estado Social, o Estado Econômico e o Estado Ambiental.

O artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados sobre as concepções do Estado na Constituição da República Federativa do Brasil, convergindo-se, contemporaneamente, na concepção de Estado Socioambiental.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, as Considerações Finais expressas no presente artigo são compostas na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica<sup>3</sup>.

## 2. ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

O Estado Brasileiro é denominado por sua Constituição por “República Federativa do Brasil”, sendo “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, constituindo-se, ainda, “em Estado Democrático de Direito”, consoante disposição do art. 1º.

Extraem-se, apenas de tal dispositivo constitucional, quatro concepções de Estado<sup>4</sup>: o Estado Republicano, o Estado Federal, o Estado Democrático e o Estado de Direito.

Importa, igualmente perquirir, sobre outras formas de Estado estatuídas no texto constitucional: o Estado Social, o Estado Econômico e o Estado Ambiental.

Ciente da dificuldade, complexidade, campos de investigação científica e divergências conceituais sobre o Estado<sup>5</sup>, pode-se afirmar, genericamente—exclui-

3 Toda a metodologia e técnicas de pesquisa utilizadas foram baseadas em PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática, 14. ed., Florianópolis: Editora Empório Modara, 2018.

4 É importante esclarecer, desde logo, que o presente texto expõe as “concepções” de Estado, não utilizando, estritamente, a concepção de Estado Republicano com a forma de Governo República, nem tampouco a concepção de Estado Democrático com o conceito estrito de Regime Político Democracia, conforme será exposto nos itens específicos.

5 A respeito: VILANOVA, Lourival. O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado, *In*, **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, vol. 1, São Paulo: Editora Axis Mundi, 2003, p. 114). DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 43.

da, portanto, uma concepção filosófica (de valor) ou histórica -, que Estado é “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”<sup>6</sup>.

Sociologicamente, elemento específico para formação e manutenção da Instituição Política Estado é afirmado por Max Weber, no sentido de inclusão do monopólio da coação física legítima<sup>7</sup>. Ou seja, o Estado decorre e se mantém em razão do Poder exercido em determinado espaço.

Dentro do elemento do Estado “território”, é correto afirmar, com Lourival Vilanova, que um

Estado o é não só por exigência interna da comunidade; um Estado consolida-se em face de outros Estados [...]. Historicamente, podemos dizer que um Estado não existe senão por referência a outros Estados<sup>8</sup>.

Em tal contexto, se faz necessária uma pesquisa acerca da tipologia estatal nacional normatizada na Constituição (republicana, federativa, jurídica, democrática, social, econômica e ambiental) para demonstrar e concluir sobre a que Estado está vocacionada a Nação Brasileira para o fim de se desincumbir de suas obrigações constitucionais de concretização do bem-estar de sua População.

Afinal, como sustenta Hermann Heller, impõe “conceber-se, pois, o Estado partindo da totalidade da realidade social”<sup>9</sup>. Assim, a estruturação do Estado e a sua normação devem ser analisadas e concretizadas em uma totalidade das situações e setores sociais.

Assenta-se, não obstante e prefacialmente, que o objeto da pesquisa se refere apenas ao Estado, não abrangendo o Governo, categorias substancialmente diferentes, como demonstrado por Clóvis de Souto Goulart<sup>10</sup>.

De fato, não se pode confundir Estado com Governo ou, inversamente, Governo com Estado. Estado é criação da Sociedade para sua organização e concretização de seus ideais de convivência harmoniosa; Governo é forma com que se efetivarão, por atos de Estado, aqueles ideais, que se realiza através de órgãos e instituições com competências estabelecidas pelo Direito.

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 44. Esclarecedor, igualmente, é o conceito de Clóvis de Souto Goulart: “O Estado, afinal, em síntese, é isto: a organização de uma sociedade, em uma base territorial, sob a orientação de um ente representativo da vontade e dos anseios dos indivíduos que a integram. Nas expressões: sociedade, base territorial e ente representativo está a significação dos elementos do Estado, na forma divulgada pelos compêndios de Ciência Política:—população, território e governo”. **Formas e Sistemas de Governo**. Porto Alegre/Epolis: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995, p. 119.

7 **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. téc. de Gabriel Cohn, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, 2009 (reimpressão), p. 525-526.

8 O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado, *In*, **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, vol. 1, São Paulo: Editora Axis Mundi, 2003, p. 102.

9 **Teoria do Estado**. Tradução de Lyncurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staat-slehre*, p. 135.

10 **Formas e Sistemas de Governo**. Porto Alegre/Epolis: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995, p. 35-36.

### 3. CONCEPÇÕES FORMAIS

#### 3.1. ESTADO FEDERAL

A Federação, entendida como a união de unidades políticas, foi a forma de Estado mantida pelo Constituinte brasileiro de 1988<sup>11</sup>, que incluiu, além da União e dos Estados, os Municípios e o Distrito Federal, conforme se vê nos artigos 1º e 18 da Constituição Federal.

Estado Federal diverge de Estado Unitário, porquanto esse congrega um centro de Poder Político e, aquele, divide o Poder Político em tantas quantas forem suas unidades. Descentraliza-se, assim, o Poder.

No Estado Federal as competências, materiais e legislativas, para cada ente federativo são delimitadas no texto constitucional, conforme se nota na Constituição Federal nos artigos 21 a 24 e 30. No Brasil, em tal cenário normativo, há tanto a descentralização administrativa, em que os serviços são prestados regional e localmente, como a descentralização política, consistente “na atribuição de funções políticas aos órgãos regionais ou locais, com o intuito de dar maior participação aos cidadãos nos poderes estatais”<sup>12</sup>, corroborando um dos traços fundamentais do regime federativo, a possibilidade jurídico-constitucional-material de auto-organização e autogoverno dos Estados-Membros<sup>13</sup>.

Na Federação Brasileira a União é o ente federativo que possui e exerce a Soberania; os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem autonomia<sup>14</sup>.

Conforme a Constituição Federal, tal união federativa é também indissolúvel (art. 1º), caracterizando-se como um dos denominados princípios sensíveis ou cláusulas pétreas do texto constitucional, que não podem ser objeto nem mesmo de deliberação por emenda para sua abolição (art. 60, § 4º, I). Significa dizer, somente com uma nova ordem constitucional, com outra ruptura normativa-constitucional e a elaboração de uma nova Constituição poderá ser dada diferente forma ao Estado brasileiro.

#### 3.2. ESTADO REPUBLICANO

O Estado estabelecido na Constituição Brasileira é Republicano, no sentido de disciplinar, dentre outras situações, a participação popular na escolha de seus Governantes (art. 1º, parágrafo único), na elaboração de suas normas (art. 61, *caput* e § 2º) e, ainda, na possibilidade de participação na elaboração de políticas públicas (art. 204, II).

11 José Afonso da Silva, a propósito dessa manutenção da forma do Estado brasileiro, assim se pronuncia: “O Brasil [...] assumiu a *forma de Estado federal*, em 1889, com a proclamação da República, o que foi mantido nas constituições posteriores, embora o federalismo da Constituição de 1967 e de sua Emenda 1/69 tenha sido apenas *nominal*. A Constituição de 1988 recebeu-a da evolução histórica do ordenamento jurídico. Ela não instituiu a federação. Manteve-a mediante declaração, constante no art. 1º, que configura o Brasil como uma *República Federativa*”. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 101).

12 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*, 25. ed., Rio de Janeiro: Editora Globo, 1986, p. 365.

13 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*, 25. ed., Rio de Janeiro: Editora Globo, 1986, p. 376.

14 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 102.

Ou seja, o texto constitucional brasileiro garante que a coisa pública (*res publica*) seja, ao menos normativamente, gerenciado, direta ou indiretamente, pelo Povo pertencente ao Estado Republicano<sup>15</sup>. Inexiste, por conseguinte, o exercício do Poder apenas por um (Monarquia) ou por alguns (Aristocracia), nos termos historicamente expostos por Aristóteles<sup>16</sup>.

A concepção de Estado Republicano defendida no texto, não se confunde, totalmente, com a forma de Governo, mas sim com uma ideia de Estado em que existe a efetiva participação das pessoas nos seus destinos. Como salientado por José Afonso da Silva, “Talvez fosse melhor até considerar República e Monarquia não simples formas de governo, mas *formas institucionais do Estado*”<sup>17</sup>. De igual pensamento Hans Kelsen, ao expor que sendo a classificação de governos o problema central da teoria política, “o problema também pode ser apresentado como a distinção entre diferentes formas de Estado”<sup>18</sup>.

Desse modo, dispondo o Povo brasileiro, em seu território, de um Poder de mando e comando das diretrizes políticas e administrativas—direta ou indiretamente—, conseqüência é a conclusão que esse Estado se caracteriza por Republicano. Destacada participação não se restringe tão-somente às funções estatais executivas e legislativas, mas, igualmente, na função jurisdicional.

Com efeito, conquanto o ingresso na atividade judicativa não se dê pelo sufrágio, é certo que se efetiva mediante concurso de provas e títulos ou por processo de escolha do chefe do Poder Executivo, modos de ingresso abertos a todos aqueles que preencham os requisitos constitucionais, à exceção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>19</sup>. Vale dizer, há participação popular na função jurisdicional ao ser possível a todo cidadão que preencha os requisitos do cargo de alcançá-lo. Inexiste restrição desarrazoada ou discriminatória.

Dalmo de Abreu Dallari, a propósito, após enumerar diversas formas de ingresso na magistratura, discorre da seguinte maneira:

[...] não há dúvidas de que, na sociedade moderna, o melhor modo de seleção de juizes é o concurso público, aberto, em igualdade de condições, a todos os candidatos que

15 A respeito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Pelo controle amplo das *políticas públicas*, sob aspectos político, administrativo e judicial, notadamente de seus *resultados*, seja diretamente, seja pela atuação das funções essenciais à justiça, a sociedade se sentirá cada vez mais responsável e, por isso, mais participante das ações de Estado e mais consciente dos valores republicanos”. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização—*in memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 70. Grifos no original.

16 **A Política**, In, Aristóteles, tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Brandão, Coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, p. 224.

17 **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 104. Grifos no original.

18 **Teoria Geral do Direito e do Estado**, tradução Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p. 405.

19 Em relação à escolha dos Juizes do Supremo Tribunal Federal, não se mostra presente um Estado Republicano como defendido no texto, considerando que o processo de escolha é unilateral, feito exclusivamente pelo Presidente da República. A posterior “sabatina” pelo Senado Federal não retifica aquele vício inicial de escolha unipessoal, sem a participação prévia da comunidade, ao menos a jurídica. Faltam-lhes, portanto, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, legitimidade republicana.

preenchem certos requisitos fixados em lei, excluída qualquer espécie de privilégio ou discriminação. Desde que a Constituição preveja esse modo de escolha e uma vez que os juízes, regularmente selecionados, atuem no limite de sua competência legal, não há como pôr em dúvida sua legitimidade. Esta decorre da Constituição e não é menor do que a resultante do processo eleitoral<sup>20</sup>.

Nesse contexto, o Estado Republicano se constitui e se exerce com a influência e cooperação de todos quantos queiram assim viver politicamente.

A forma Republicana do Estado brasileiro não é, como o Estado Federal, imune à sua alteração ou extinção por emenda constitucional, porquanto não está dentre os princípios sensíveis ou cláusulas pétreas elencadas no art. 60, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

### 3.3. ESTADO DEMOCRÁTICO

Democracia, como regime político, caracteriza-se pelo exercício do Poder através de representantes eleitos pelo Povo.

A concepção do Estado Democrático ora tratada, refere-se, similarmente, a um Estado em que, nos termos constitucionais, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único).

O Estado Democrático da Constituição Brasileira é permanente, porquanto uma das cláusulas pétreas elencadas no art. 60, § 4º, que descreve que não poderá ser objeto de deliberação por emenda a proposta que objetiva abolir “o voto direto, secreto, universal e periódico”.

Um Estado Democrático possibilita, além da permanente substituição de seus governantes, uma evolução e aperfeiçoamento de seus fundamentos e Instituições, considerando que as forças e ideias contrapostas na Sociedade, ao alcançarem o Poder representativo do Povo, buscará, ao menos em tese, exercer da melhor maneira tal Poder para implementação de seus ideais.

Essa possível participação deve ser, como ocorre na Constituição brasileira, para todos os Cidadãos assim definidos, sem exclusão ou elitização de parcela da Sociedade para a escolha de seus governantes.

Destarte, com Goulart<sup>21</sup> se pode afirmar que na medida em que deve o Estado refletir a vontade de sua população e, de igual modo, concretizar o bem-estar nos termos diretivos da Sociedade, não se pode aristocratizar o Estado, limitando a participação do Povo nos governos e no direcionamento dos atos estatais. Esse proceder afastará o Criador da Criatura; dividirá o Povo até que não mais se tenha a vontade geral daquele Criador, adstrita que ficará pela visão de apenas uma parcela da Sociedade, que se vê como a melhor parte de suas partes; e, essa elitização, ao invés de amalgamar

os interesses conflitantes existentes em toda organização social, levará, ao contrário, à maximização dos conflitos entre as partes do todo social.

A Democracia possibilita, e assim o Estado Democrático, o exercício da Liberdade e da Igualdade na Sociedade, sendo instrumento de participação na direção do Estado e dos caminhos de convivência eleitos por essa Sociedade, perfectibilizados no texto constitucional e que devem ser seguidos pelos governos constituídos. A participação do Povo, através de um processo democrático, orienta e direciona o Governo para o desiderato de efetivar a Justiça e o Direito. O quanto for a intensidade dessa participação, quanto mais intensa, consecutivamente, é a realização da Liberdade e da Igualdade.

### 3.4. ESTADO DE DIREITO

Estado de Direito é o Estado em que as condutas nele realizadas, públicas ou privadas, são regidas por normas. O modo de agir da Sociedade e do Governo se pauta e se baliza por uma Ordem juridicamente estabelecida.

A República Federativa do Brasil, em sua Constituição, assim dispõe, preceituando que se “constitui em Estado Democrático de Direito” (art. 1º).

De igual modo, normatizam-se, constitucionalmente, dentre outros, direitos para um bem viver e para uma boa organização política e social, destacando-se os Direitos e Garantias Individuais e Coletivos (art. 5º), os Direitos Sociais (art. 6º), os Direitos Políticos (art. 14), a Organização Político-administrativa do Estado (art. 18) e a disciplina das funções estatais (arts. 44 a 126). Afinal, como sustenta Norberto Bobbio:

Nossa vida desenvolve-se em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na verdade estamos envoltos numa densa rede de regras de conduta, que desde o nascimento até a morte dirigem nossas ações nesta ou naquela direção<sup>22</sup>.

O Estado de Direito possibilita a existência do próprio Estado, porquanto “é possível um Estado sem feitura constitucional, todavia não é possível Estado sem um complexo de normas jurídicas, de organização, que, em sentido material, são normas jurídicas”<sup>23</sup>. Assim também Heller, para quem “o direito é a forma de manifestação eticamente necessária do Estado”<sup>24</sup>.

Por fim, vistas as concepções de Estado Democrático e Estado de Direito, ressalta esclarecer o conjunto “Estado Democrático de Direito”, o que se faz nos termos descritos por Pedro Manoel de Abreu, fundado em José Afonso da Silva, no sentido de se ter um novo conceito, que superaria os anteriores, vale dizer, “o democrático qualifica o Estado e não o direito, irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado” e, o Direito “nesse viés, imanta-se por esses valores, enriquecendo-se

20 O poder dos juizes, 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 26-27.

21 Formas e Sistemas de Governo. Porto Alegre/Flópolis: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995, p. 50.

22 Teoria geral do direito, tradução de Denise Agostinetti, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 3.

23 O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado, In, Escritos Jurídicos e Filosóficos, vol. 1, São Paulo: Editora Axix Mundi, 2003, p. 105-106.

24 Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staat-slehre*, p. 232.

do sentimento popular e ajusta-se ao interesse coletivo”<sup>25</sup>.

Há, aí, mais um amalgamento das concepções formais de Estado, fundindo os ideais de participação coletiva da Sociedade no seu modo de ser e no seu modo de viver e conviver.

#### 4. CONCEPÇÕES MATERIAIS DE ESTADO

Além das concepções anteriormente referidas como *formais*, sobreleva descrever outra perspectiva de se visualizar o Estado. Trata-se de concepções ora denominadas de *materiais*, no sentido de estabelecerem não apenas uma moldura para o Estado, mas sim, por relevante, o próprio conteúdo que emerge da disciplina constitucional do modo como é, ou deve ser o Estado, reflexo de sua Sociedade. Afinal,

la constitución del “Estado constitucional” no supone sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales (el “principio dinámico del sistema jurídico-político”), sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho<sup>26</sup>.

A importância de se destacar as concepções materiais de Estado reside na demonstração de que as ideias e ideais da Sociedade-prévios, fundantes e estabelecidos do Estado -, se concretizarão se efetivamente se entender tais concepções, seus direcionamentos e aplicações. Em outras palavras, a intelecção de qual a efetiva concepção do Estado Brasileiro, em uma perspectiva material, esclarece um dever de atuação estatal com o desiderato de implementá-la.

Esse conhecimento possibilita, enfim, não apenas a tomada de posição e decisão dos Poderes instituídos, mas, igualmente, uma exigência de cumprimento dos deveres do Estado (criatura) perante a Sociedade (criador), mediante o implemento de Políticas Públicas que sejam consonantes com a concepção material de Estado prevalente no texto constitucional.

##### 4.1. ESTADO SOCIAL

O Estado Social é concebido com o objetivo de cumprir os desejos e escolhas políticas da Sociedade. Nesse sentido, o Estado existe para concretizar os anseios sociais.

Adere-se, assim, a uma característica inafastável do Estado, concebida por Cesar Luiz Pasold, que é a sua Função Social, “expressa no compromisso (dever de agir) e na atuação (agir) em favor de toda a Sociedade”<sup>27</sup>. Com efeito, significativa contribuição para o estudo do Estado tem o que o referido autor estabelece como a Função Social do

25 **Processo e democracia:** o processo como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrática de direito, São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 136.

26 ATIENZA, Manuel. Argumentacion Jurídica y Estado Constitucional, *In*, **Revista Novos Estudos Jurídicos**-v. 9-n. 1, jan./abr. 2004, p. 12. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/354>. Acesso em 06 out. 2019.

27 **Função Social do Estado Contemporâneo.** 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. *ebook* <http://siaiap28.univali.br/LstFree.aspx>, p. 10. Acesso em 06 out. 2019.

Estado Contemporâneo, na medida em que delimita o seu sujeito, seu objeto e seus objetivos, para que se efetivem direitos fundamentais e, de igual modo, direitos sociais eleitos pela Sociedade, a mantenedora que se serve do instrumento por ela criado, o Estado.

Nesse contexto, relevante as concepções de Função Social em sentido abstrato, concreto, dinâmico e, se se pode assim denominar, relacional<sup>28</sup>.

A concepção abstrata é instrumental para que o Estado Contemporâneo assegure e efetive o Bem Comum e a Dignidade Humana; a concepção concreta demonstra que a Função Social deve ter facticidade, vale dizer, a realidade do Estado deve ter consonância com a realidade de cada Sociedade; a função dinâmica estabelece a participação interativa dos membros da Sociedade para efetivação da Função Social; e, por fim, a função relacional clarifica que as posições antagônicas da Sociedade-iniciativa privada, regulatória e social-tenham conhecimento da Função Social e administrem os interesses contrapostos com o objetivo de se atingir o Bem Comum.

Paulo Bonavides, a propósito, dá “valoração máxima e essencial” ao Estado Social, por ser “aquele que busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica”<sup>29</sup>.

Essa é a concepção de Estado extraída do texto constitucional brasileiro, ao anunciar, no rol dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º), o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III) e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV), além de disciplinar, em capítulo próprio, os Direitos Sociais, elencando-os como sendo a “educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (art. 6º, *caput*).

Assim, com Pedro Manoel de Abreu se pode afirmar que esses objetivos “valem como base de prestações positivas tendentes a concretizar a democracia econômica, social e cultural, visando a efetivar, na prática, o princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>30</sup>.

Um Estado somente poderá cumprir o seu desiderato de possibilitar e concretizar o bem-estar de sua população, somente efetivará os objetivos e Direitos Sociais constitucionalizados, se estiver umbilicalmente interligado com os anseios emergentes de sua Sociedade.

28 **Função Social do Estado Contemporâneo.** 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. *ebook* <http://siaiap28.univali.br/LstFree.aspx>, p. 52. Acesso em 06 out. 2019.

29 **Do Estado Liberal ao Estado Social,** 8. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 187.

30 **Processo e democracia:** o processo como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrática de direito, São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 139.

## 4.2. ESTADO ECONÔMICO

O Estado Econômico presente na Constituição da República Federativa do Brasil se caracteriza por juridicizar uma atividade que pretende ter uma livre competição, contudo, paradoxalmente, objetiva também uma regulamentação, mas que seja a favor de seus interesses mercantis.

Nesse contexto se vê a disposição do art. 174 da Constituição de 1988<sup>31</sup>.

Com Eros Roberto Grau se pode afirmar que o Direito é necessário para o adequado e regular funcionamento do Mercado, concebido, com a sua juridicização, como um projeto político e princípio de organização social que reclama, para sua funcionalização, a atuação do Estado para dar segurança e certeza jurídicas em suas operações e, ao mesmo tempo, o afastamento do Estado, para dar liberdade às suas competições. O papel do Direito, nesse aspecto do Mercado, é dar previsibilidade e calculabilidade comportamentais, tanto em relação aos atos do próprio Estado, quanto em relação aos atos de outros agentes econômicos, possibilitando a dupla garantia anunciada por Grau, a do liberalismo político, ou seja, garantia contra o Estado, e a do liberalismo econômico, vale dizer, garantia em favor do Mercado<sup>32</sup>.

Essa constatação paradoxal se extrai do texto constitucional (art. 170, *caput*), ao preceituar que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa, contudo, também “conforme os ditames da justiça social”.

Aparentes contradições assim se mostram os princípios da ordem econômica constitucional brasileira, descritos no art. 173, destacando-se os da propriedade privada e livre concorrência em contraposição com os da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e locais.

A Constituição do Brasil, portanto, objetiva amalgamar tais interesses contrapostos do Estado Econômico<sup>33</sup>, com vistas a concretizar o já referido Estado Social, demonstrando que existe forte caráter intervencionista na atividade econômica brasileira.

Pode-se afirmar, em conclusão ao item, que o Direito, ao constitucionalizar a ordem econômica (mundo do ser), transforma e instrumentaliza essa ordem, agora também como ordem jurídica (mundo do dever-ser), transformando, a Constituição do Brasil pelo art. 170, a ordem econômica liberal em ordem econômica intervencionista. Nesse cenário transformador, se impõe, constitucionalmente (Constituição

31 “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil e 1988. **Portal do Senado Federal: Legislação**. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_15.12.2016/CON1988.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/CON1988.asp). Acesso em 06 out. 2019.

32 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 34-38.

33 Para Alexandre Morais da Rosa, o Estado é o garantidor do Mercado. O sistema jurídico é acessório e subsidiário. (Crítica ao Discurso da *Law and Economics*: a Exceção Econômica no Direito. *In*: ROSA, Alexandre Morais da e LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com Law & Economics**. p. 102-103). A propósito, importante a doutrina de Edgar Morin e Anne Grigritte Kern: **Terra Pátria**. Tradução Paulo Neves da Silva, Porto Alegre: Editora Sulina, 2011, p. 33-36.

diretiva ou dirigente), a implementação de Políticas Públicas<sup>34</sup>, ou seja, a efetivação de um Estado Social.

## 4.3. ESTADO AMBIENTAL

O Meio Ambiente na Constituição da República Federativa do Brasil se insere dentre os Direitos da Ordem Social (art. 225)<sup>35</sup>.

Tomado de assombro com os acontecimentos da ruptura da barragem da empresa Vale no município de Brumadinho, Estado de Minas Gerais, em 25 de janeiro de 2019, que cominou com a morte de centenas de pessoas e animais, além da imensa e catastrófica degradação ambiental

e patrimonial<sup>36</sup>, é necessário reafirmar que o “Estado Ambiental é um Estado que incentiva uma sociedade mais participativa, conhecedora dos seus direitos e deveres, que se preocupa com a qualidade de vida, e deixa de ser essencialmente mercantilista”<sup>37</sup>.

Daí que o Estado Ambiental é superior, em grau de importância para a convivência sustentável da Sociedade, ao Estado Econômico. Sem tal concepção de Estado não se realiza, à totalidade, quaisquer das outras concepções estatais, porquanto o Estado de Direito Ambiental, conforme sustentado por Maria Cláudia Antunes de Souza<sup>38</sup>, decorre do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do conhecimento da degradação ambiental em uma Sociedade de Risco e da Ecologização do Direito.

Para efetivação de tal modelo estatal se faz necessária a conscientização da crise ambiental, da limitação da natureza e da participação dos cidadãos no debate e tomada de ações ecológicas. Nesse sentido, impõe-se, igualmente, a participação da Sociedade Civil e também Transnacional—essa caracterizada como perpassante dos Estados Nacionais, com atuação em âmbitos difusos, como nas questões ambiental, de Paz e de Direitos Humanos<sup>39</sup>—com vistas a proteção de todo o planeta, mormente em razão de uma nova visão da Soberania e dos princípios da Solidariedade e

34 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 70-74.

35 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil e 1988. **Portal do Senado Federal: Legislação**. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_15.12.2016/CON1988.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/CON1988.asp). Acesso em 06 out. 2019.

36 Uma contextualização sobre esse trágico acidente, com destaques de matérias jornalísticas de vários veículos de informação, nacionais e internacionais, é visualizado em: “Rompimento da barragem em Brumadinho”. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento\\_de\\_barragem\\_em\\_Brumadinho](https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento_de_barragem_em_Brumadinho). Acesso em 06 out. 2019.

37 SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. Por um novo Modelo de Estado de Direito Ambiental. *In*: ESPÍRITO SANTO, Davi et PASOLD, Cesar Luiz (orgs.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013, p. 142.

38 Por um novo Modelo de Estado de Direito Ambiental. *In*: ESPÍRITO SANTO, Davi et PASOLD, Cesar Luiz (orgs.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

39 OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos de Direito Transnacional, *In*, **Direito Global**: [recurso eletrônico] transnacionalidade e globalização jurídica. Orgs. Alexandre Morais da Rosa... [et. al.], Itajaí: UNIVALI, 2013, *ebook*: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20DIREITO%20GLOBAL%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20GLOBALIZA%C3%87%20O%20JUR%C3%8DDICA.pdf>, p. 38. Acesso em 06 out. 2019.

Cooperação, de modo a concretizar uma Sustentabilidade em diversas dimensões, quais sejam, econômica, social e ambiental.

Nesse cenário, as lições de Edgar Morin e Anne Brigitte Kern são oportunas:

A tomada de consciência da comunidade de destino terrestre deve ser o acontecimento chave do novo milênio: somos solidários desse planeta, nossa vida está ligada à sua vida. Devemos arrumá-lo ou morrer. Assumir a cidadania terrestre é assumir nossa comunidade de destino<sup>40</sup>.

Destarte, existe uma via dupla de proteção, ou seja, ao tempo que se protege o ser humano se protege a Natureza e, quando se protege a Natureza, se protege, consecutivamente, o ser humano. Inexiste, portanto, separação entre o humano e a Natureza<sup>41</sup>. Cediço que, para tanto, de grande relevo foram a edição e adesão brasileira à tratados internacionais. Em outras palavras, ressalta-se “a importância do processo de internacionalização de dois direitos essenciais à pessoa humana, os quais estão intimamente interrelacionados: direitos humanos e proteção ambiental”<sup>42</sup>.

Portanto, uma Sociedade somente poderá se desenvolver, possibilitando e concretizando o Bem-Comum de sua população, se conceber os Direitos Sociais e os Direitos Ambientais, prementemente, como pressupostos e razão de ser do próprio Estado, daí emergindo, enfim, um Estado Socioambiental.

## 5. CONCLUSÃO

Este artigo objetivou demonstrar as várias formas com que pode ser objeto de descrição o Estado Brasileiro na sua Constituição.

As concepções formais dizem respeito à estrutura e formalização do Estado, quais sejam, Estado Federal, o Estado Republicano, o Estado Democrático e o Estado de Direito. Dessas concepções se conclui que o Brasil é estruturado para possibilitar a união e reunião de espaços regionais e locais, com interesses particulares em convivência harmoniosa pela Federação, que as pessoas têm o Poder de participar, direta ou indiretamente, das escolhas políticas e que todas essas relações, públicas e privadas, são regulamentadas constitucional e legalmente, direcionando as condutas realizadas no território estatal.

Das concepções materiais de Estado, Estado Social, Estado Econômico e Estado Ambiental, se extrai o predomínio, contemporaneamente, do Estado Socioambiental, que objetiva a conjugação dos ideais da tutela social do Estado e da preservação ambiental, objetivando, em conclusão, uma vida digna e saudável na República Federativa do Brasil.

40 **Terra Pátria**. Tradução de Paulo Neves da Silva. Porto Alegre, Editora Sulina, 2011, p. 178.

41 SARLET, Ingo Wolfgang *et* FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. Constituição. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 5.ed.rev.atual.amp.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 48-51.

42 FERRER, Gabriel Real; DANTAS, Marcelo Busaglo; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. O processo de internacionalização da proteção ambiental e dos direitos humanos, *In, Revista Novos Estudos Jurídicos*–Eletrônica, Vol. 19–n. 4–Edição Especial 2014, p. 1361.

Para tanto, o predomínio da concepção Socioambiental do Estado brasileiro impõe, necessária e prementemente, que os Poderes instituídos tenham atuação eficiente para a sua plena e real implantação, além de possibilitar e, igualmente impor, à Sociedade, que reivindique, por diversos meios e instrumentos democráticos e republicanos, inclusive através de Organizações e Tribunais internacionais, a concretização dessa concepção estatal.

Em conclusão, as concepções formais de Estado sustentam e alicerçam o exercício e realização das concepções materiais e, no cenário exposto nessa pesquisa, do Estado Socioambiental.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrática de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ARISTÓTELES. **A Política**, *In*, Aristóteles, tradução Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Brandão, Coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

ATIENZA, Manuel. Argumentcion Jurídica y Estado Constitucional, *In, Revista Novos Estudos Jurídicos*–v. 9–n. 1–p.09-22, jan./abr. 2004. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/354>. Acesso em 06 out. 2019.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, 25. ed., Rio de Janeiro: Editora Globo, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**, tradução Denise Agostinetti, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 8. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil e 1988. **Portal do Senado Federal**: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_15.12.2016/CON1988.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/CON1988.asp). Acesso em 06 out. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **O poder dos juízes**, 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FERRER, Gabriel Real; BUSAGLO DANTAS, Marcelo; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. O processo de internacionalização da proteção ambiental e dos direitos humanos, *In, Revista Novos Estudos Jurídicos*–Eletrônica, Vol. 19–n. 4 -, p. 1340-1363, Edição Especial 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6708>. Acesso em 06 out. 2019.

GOULART, Clóvis de Souto. **Formas e Sistemas de Governo**. Porto Alegre/Fpolis: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original : *Staatslehre*.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, tradução de Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização–*in memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra Pátria**, tradução Paulo Neves da Silva. Porto Alegre, Editora Sulina, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali,

2013. *ebook* <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em 06 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática, 14. ed., Florianópolis: Editora Empório Modara, 2018.

ROMPIMENTO DE BARRAGEM EM BRUMADINHO. In: **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Rompimento\\_de\\_barragem\\_em\\_Brumadinho&oldid=54264604](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Rompimento_de_barragem_em_Brumadinho&oldid=54264604)>. Acesso em 06 out. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao Discurso da *Law and Economics*: a Exceção Econômica no Direito. In: ROSA, Alexandre Morais da e LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com Law & Economics**.

SARLET, Ingo Wolfgang *et* FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. Constituição. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 5.ed.rev.atual.amp.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. Por um novo Modelo de Estado de Direito Ambiental. In: ESPIRITO SANTO, Davi *et* PASOLD, Cesar Luiz ( orgs. ) . **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Editora Insular, 2013.

VILANOVA, Lourival. **O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado**, In, Escritos Jurídicos e Filosóficos, vol. 1, São Paulo: Editora Axis Mundi, 2003.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva, tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. téc. Gabriel Cohn, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, 2009 (reimpressão).

## A TESE DE SANTA CATARINA NA ACO 444: UMA LUTA DE TRÊS DÉCADAS PELOS ROYALTIES DO PETRÓLEO<sup>1</sup>

Sérgio Laguna Pereira<sup>2</sup>

Gian Marco Nercolini<sup>3</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O critério legal de projeção marítima dos Estados. 3. O critério adotado pelo IBGE em 1986 e seus equívocos. 4. Consequências práticas e perplexidades. 5. A tese de Santa Catarina: a solução segundo o critério legal. 6. Da proposta alternativa do IBGE apresentada em 2015 e seus equívocos técnicos. 7. O início do julgamento no STF e os primeiros votos proferidos. 8. Conclusão. 9. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O propósito do presente artigo é expor, de modo sintético, a tese defendida pelo Estado de Santa Catarina na Ação Cível Originária (ACO) nº444, postulando, em face do IBGE e dos Estados de São Paulo e do Paraná, a retificação de linhas de projeção marítima das divisas interestaduais para fins de pagamento de *royalties* e participações especiais devidos aos Estados-produtores pela exploração de petróleo e gás no litoral. Explicita-se as bases normativas do critério legal de definição das áreas geoeconômicas dos Estados confrontantes, para discorrer, em seguida, a respeito dos equívocos do traçado administrativo adotado pelo IBGE em 1986. Delineia-se as premissas das teses jurídicas defendidas por Santa Catarina, destacando que elas são apoiadas pelas conclusões da perícia judicial e pelo parecer da Procuradoria-Geral da República. Critica-se a proposta alternativa apresentada em 2015 pelo IBGE e se produz uma análise sintética dos votos já proferidos no julgamento iniciado pelo STF em 2018.

### 1. INTRODUÇÃO

Em abril de 1988 a Petrobrás anunciou a descoberta de campos de petróleo e gás próximos ao litoral catarinense, situados a cerca de 150 quilômetros da costa, à leste dos municípios de São Francisco do Sul, Barra Velha, Penha, Navegantes e de Itajaí. Apesar

<sup>1</sup> Este artigo foi elaborado tendo como base os memoriais que foram elaborados pelos autores e que, em nome da Procuradoria-Geral do Estado, foram distribuídos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas semanas que antecederam o início do julgamento da ação, em junho de 2018.

<sup>2</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), com dupla titulação pela Universidade de Alicante (UA), Espanha. Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE/AVM Faculdade Integrada. Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis – Santa Catarina, Brasil. E-mail: laguna@pge.sc.gov.br

<sup>3</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis – Santa Catarina, Brasil. E-mail: gian@pge.sc.gov.br

da proximidade geográfica e da circunstância de que a exploração petrolífera haveria de ocorrer a partir de bases de apoio portuária e aeroportuária localizados em Santa Catarina, a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), responsável pela definição das áreas geoeconômicas pertinentes a cada Estado-membro, quando traçou a projeção marítima dos Estados-produtores pra fins de percepção de *royalties* e participações especiais, atribuiu essa área exclusivamente ao Estado do Paraná.<sup>4</sup>

Iniciou-se, então, uma fase de tratativas administrativas visando ao esclarecimento da questão. O Governo de Santa Catarina questionou se a demarcação das áreas geoeconômicas dos Estados do Paraná e de Santa Catarina estava em conformidade com a Lei federal n.7.525/86 e com o Decreto n.93.189/86, diplomas que ainda hoje disciplinam a matéria. Não sendo possível qualquer acordo, foi necessária, então, a judicialização da controvérsia, o que ocorreu por meio da propositura, em outubro de 1991, da Ação Cível Originária n.444, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF). A ação postula, em face dos réus IBGE e Estados de São Paulo e do Paraná, a retificação das linhas de projeção marítima das divisas interestaduais nesse trecho do litoral, bem como o ressarcimento do Estado de Santa Catarina em relação aos *royalties* e participações especiais que deixaram de ser pagos em razão dos equívocos do traçado delimitado administrativamente.<sup>5</sup>

Nesse sentido, o que se propõe neste artigo é a exposição sintética do critério legal de projeção marítima dos Estados-produtores, do equívoco do traçado adotado administrativamente em 1986 pelo IBGE, de quais as consequências práticas decorrentes dessa delimitação ilegal e, por fim, de qual é a solução adequada para a controvérsia judicial segundo o critério legal.

## 2. O CRITÉRIO LEGAL DE PROJEÇÃO MARÍTIMA DOS ESTADOS

Os critérios de traçado da projeção marítima das divisas interestaduais, para fins de pagamento de *royalties* e participações especiais pela exploração de petróleo e gás no litoral, foram definidos na Lei n.7.525 e no Decreto n.93.189, ambos de 1986.<sup>6</sup>

<sup>7</sup> De acordo com os critérios técnicos que foram adotados pela legislação para a de-

4 Para melhor compreensão da controvérsia e das áreas em disputa, há um vídeo institucional produzido pela Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, o que inclui mapas, fotos e gráficos, disponível para visualização no Youtube da PGE Santa Catarina. (ESTADO DE SANTA CATARINA. Procuradoria-Geral do Estado. **Santa Catarina e os Royalties do Petróleo: uma longa disputa judicial**. Youtube, 09.dez.2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3BwUTx8AQHk&t=1s>. Acesso em: <06.out.2019>)

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária n. 444**. Autor: Estado de Santa Catarina; Réus: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, Estado do Paraná e Estado de São Paulo. Ajuizada em: out.1991. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: <06.out.2019>.

6 BRASIL. **Lei n. 7.525**, de 22 de julho de 1986. Estabelece normas complementares para a execução do disposto no art. 27 da Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, com a redação da Lei n.º 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/1980-1988/L7525.htm>. Acesso em: <06.out.2019>

7 BRASIL. **Decreto n. 93.189**, de 29 de agosto de 1986. Regulamenta a Lei n.º 7.525, de 22 de julho de 1986, que dispõe sobre a indenização a ser paga pela PETROBRÁS e suas subsidiárias aos Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D93189.htm>. Acesso em:

finição dos Estados confrontantes (e que, em razão disso, fazem jus a percentual de *royalties* pela exploração de petróleo e gás, na condição de produtores), a definição das áreas geoeconômicas atribuídas a cada Estado deve ocorrer a partir de duas metodologias básicas.

Como regra geral, nos trechos regulares do litoral, deve ser traçada, a partir do ponto de divisa territorial interestadual, uma linha geodésica ortogonal (em ângulo de 90°) à linha de baixa-mar das cartas náuticas até o bordo externo da plataforma continental.<sup>8</sup> Subsidiariamente, nos trechos em que o litoral apresente reentrâncias profundas ou saliências, ou uma série de ilhas ao longo da costa ou na sua proximidade imediata, hipótese em que se revelaria inviável definir adequadamente a linha de baixa-mar média, deve ser utilizado o método das Linhas de Base Reta ligando pontos apropriados. Em definição simplificada, esse método consiste em se fixar coordenadas geográficas que sejam representativas do desenho irregular do litoral, unindo-as a partir de linhas retas. A partir disso, formula-se, a partir do ponto geográfico das divisas interestaduais, em ângulo de 90° com a linha de base reta confrontante, a projetante geodésica marítima da divisa territorial dos Estados até o bordo externo da plataforma continental.<sup>9</sup>

Os critérios definidos na legislação dos *royalties*, dentre eles o das Linhas de Base Reta ligando pontos apropriados, não foram arbitrariamente eleitos pelo legislador. Os dois critérios, o principal e o subsidiário, decorreram de um processo de internalização e/ou de apropriação de metodologia já amplamente utilizada no âmbito do Direito Internacional, e que então já estava consagrada na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Convenção de Montego Bay), de 10 de dezembro de 1982.<sup>10</sup> Nessa Convenção, ocorre a utilização dos mesmos critérios aqui examinados para o fim de delimitação dos limites marítimos entre os Estados nacionais, tendo sido previstas as Linhas de Base Normais (correspondendo às linhas de baixa-mar, aplicável aos trechos de desenho regular do litoral) e as Linhas de Base Reta (correspondendo ao critério subsidiário, aplicável nos trechos recortados e irregulares do litoral).

Portanto, a correta compreensão – e, naturalmente, também a execução – desses critérios deve ser realizada em harmonia com os princípios que informam o Direito Internacional em relação a essa matéria. Se ocorreu uma internalização de um modelo técnico utilizado no âmbito do Direito Internacional, afigura-se adequado e necessário que ela observe esse modelo em sua integralidade, com todos os seus princípios

<06.10.2019>

8 Nos termos do art. 1º do Decreto n. 93.189/86, “A Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, para traçar as linhas de projeção dos limites territoriais dos Estados, Territórios e Municípios confrontantes segundo a linha geodésica ortogonal à costa, tomará por base a linha da baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro adotada como referência nas cartas náuticas”. (BRASIL. **Decreto n. 93.189**, de 29 de agosto de 1986)

9 De acordo com o art. 3º do Decreto n. 93.189/86, “Nos lugares em que o litoral apresente reentrâncias profundas ou saliências, ou onde exista uma série de ilhas ao longo da costa e em sua proximidade imediata, será adotado o método das linhas de bases retas, ligando pontos apropriados para o traçado da linha em relação à qual serão tomadas as projetantes dos limites territoriais.” (BRASIL. **Decreto n. 93.189**, de 29 de agosto de 1986)

10 UNITED NATIONS. **Convention on the Law of the Sea**. Montego Bay, 10 December 1982. Disponível em: <https://www.un.org/Depts/los/convention\_agreements/texts/unclos/unclos\_e.pdf>. Acesso em: <06.out.2019>

e características técnicas, sob pena de desnaturação de seus propósitos e da eficácia técnica.<sup>11</sup> A partir desses princípios, observa-se que as Linhas de Base Reta não devem avançar excessivamente sobre o mar, submetendo ao regime de águas interiores porções que não estão suficientemente vinculadas ao domínio terrestre, assim como não podem cortar porções terrestres continentais ou ilhas significativas na proximidade imediata do litoral; os pontos apropriados devem ser fixados nos pontos da linha de baixa-mar mais avançados em direção ao mar, reproduzindo fielmente as características geomorfológicas do litoral, ou seja, observando a direção geral da costa.<sup>12</sup>

### 3. O CRITÉRIO ADOTADO PELO IBGE EM 1986 E SEUS EQUÍVOCOS

Em 1986, o critério que o IBGE adotou, para o traçado das linhas de projeção marítima das divisas interestaduais, não foi nenhum daqueles previstos na legislação. Nem se adotou as linhas ortogonais à linha de baixa-mar, nem se implementou o critério subsidiário das Linhas de Base Reta ligando pontos apropriados.

Quando o próprio IBGE, nos autos da ACO 444, explicita a metodologia que teria sido utilizada para a definição da projetante marítima das divisas dos Estados confrontantes, afirma expressamente que “*instituiu um sistema único para todo o recorte do litoral do país*”.<sup>13</sup> Fixou-se pontos que não são representativos do desenho irregular do litoral – a ampla maioria deles eleitos em função das divisas interestaduais, próprios da divisão político-administrativa dos Estados-membros, e não em razão das características geomorfológicas do litoral – e se implementou um sistema em que as linhas de projeção marítima são resultantes de uma bissetriz<sup>14</sup> entre duas ortogonais projetadas a partir das divisas interestaduais, critério que carece de qualquer previsão legal.

A mera menção à implementação de “sistema único” já é reveladora da existência de contrariedade da definição administrativa em relação à legislação de regência. Se a opção foi por um sistema único, aplicável a todo o litoral brasileiro, não se observou a legislação que prevê duas soluções técnicas distintas, as Linhas de Base Normais e as

11 De acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, consoante disposto no seu art. 7, deve-se observar, em relação às Linhas de Base Reta, o seguinte: “o traçado dessas linhas de base reta não deve afastar-se consideravelmente da direção geral da costa” (art.7, item 3, primeira parte); “as zonas de mar situadas dentro dessas linhas devem estar suficientemente vinculadas ao domínio terrestre para ficarem submetidas ao regime das águas interiores” (art.7, item 3, segunda parte); “nos locais em que, devido à existência de um delta e de outros acidentes naturais, a linha da costa seja muito instável, os pontos apropriados podem ser escolhidos ao longo da linha de baixa-mar mais avançada em direção ao mar” (art.7, item 2); “nos casos em que o método das linhas de base retas for aplicável (...), poder-se-á ter em conta, ao traçar determinadas linhas de base, os interesses econômicos próprios da região de que se trate, cuja realidade e importância estejam claramente demonstradas por uso prolongado” (art.7, item 6). (UNITED NATIONS. *Convention on the Law of the Sea*. Montego Bay)

12 Essa diretriz, no sentido de que as linhas não devem se afastar da direção geral da costa, foi, inclusive, reconhecida pelo próprio IBGE no Relatório Técnico DGC n. 01/88, constante às fls. 111 e seguintes dos autos da ACO 444, no qual é afirmado que “*nenhuma porção continental deverá ficar externa à reta*”. A mesma afirmação foi reproduzida no bojo da contestação do IBGE. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária n. 444*)

13 Relatório Técnico DGC n. 01/88, do IBGE (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária n. 444*, p. 111)

14 Bissetriz corresponde a uma semirreta interna a um ângulo, traçada a partir do seu vértice, e que o divide em dois ângulos congruentes (ângulos com a mesma medida).

Linhas de Base Reta, a depender das características geomorfológicas de cada trecho do litoral a ser considerado.

Mas não é só.

No caso específico dos Estados do Paraná e do Piauí, como é claramente explicado na perícia judicial que foi realizada, o IBGE excepcionou o seu próprio “sistema único”, criando requisitos e variáveis sem qualquer base jurídica. No Relatório Técnico n.01/88, do IBGE, explicita-se a adoção de solução extravagante nesses trechos do litoral. Ao constatar que as linhas de projeção no caso do litoral côncavo do Paraná gerariam um cruzamento antes de alcançar o bordo externo da plataforma continental,<sup>15</sup> o que ocasionaria uma sobreposição/compartilhamento de áreas geoeconômicas dos Estados confrontantes, o IBGE resolveu criar um critério arbitrário e desconectado da legislação. Houve uma deliberada desobediência à lei e ao decreto, o que é expressamente admitido em manifestações técnicas da autarquia federal.

A esse respeito, concluiu a Perícia judicial realizada na ACO 444:

(...) Na solução apresentada no relatório 01/88, do IBGE, não foram adotadas as linhas de projeção dos limites territoriais dos Estados confrontantes segundo a linha geodésica ortogonal à costa, conforme o art. 9º da Lei 7525 (22.06.86) nem a ortogonal às Linhas de Bases Retas, como determina, para o caso o Artigo 3º do Decreto 93189 (29.08.86), que regulamenta a Lei supra citada.

**À fl. 115, o próprio IBGE responde a este quesito, quando afirma:**

“...A solução encontrada carece de amparo legal...”

Sendo adotado uma solução não prevista na legislação.

(...)

Sim, o IBGE utilizou um método lançando a projeção dos limites territoriais não ortogonais à costa e sim linhas ligando os limites territoriais a um ponto situado a 200 milhas da costa, sobre a ortogonal tomada no ponto médio da linha que une os pontos dos limites interestaduais na intersecção com o litoral (fl. 114), não acatando o disposto no Artigo 9º da Lei 7.525 (22.07.86) e Artigos 1º, 2º, 3º e 4º do Decreto 93.189 (29.08.86).<sup>16</sup>

Consta dos autos da ação, também, um estudo técnico apresentado pela Marinha, que, analisando a solução adotada pelo IBGE, concluiu o seguinte:

- a Legislação em vigor estabelece que, para traçar as linhas de projeção marítimas dos Estados confrontantes segundo a linha geodésica ortogonal, deve ser tomada como base a linha de costa adotada como referência nas Cartas Náuticas.

- assim sendo, constitui um erro adotar como base para o traçado das linhas de projeção a linha de costa representada em uma Carta ao Milionésimo, que, além da pequena escala, não atribui à linha de costa a mesma atenção e cuidado de uma Carta Náutica, estando, ainda, em desacordo com a Legislação.

Este fato poderá ter causado um erro em azimute, de suma importância em se tratando

15 Relatório Técnico DGC n. 01/88, do IBGE (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária n. 444*, pp. 113-115)

16 Laudo Pericial elaborado pelo Engenheiro José Jaime Rodrigues Branco (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária n. 444*, pp. 1433-1459)

de uma ortogonal.<sup>17</sup>

Assim sendo, o IBGE, além de deliberadamente não ter adotado a solução técnica prevista para o caso, utilizou-se de mapas em escala inadequada, absolutamente imprestáveis para a precisão das definições necessárias.

Destaque-se trecho do parecer do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, que teve uma apreensão adequada da controvérsia no ponto:

Já foi mencionado alhures que o IBGE criou um problema para depois tentar resolvê-lo. Justifica-se: a ânsia em se determinar o conceito de plataforma continental para fins de aplicação do Decreto n.º 93.189/86 se deveu, ao menos no caso do Paraná, a uma premissa errônea adotada pelo Instituto, qual seja, a de que algum ponto da área pertencente ao Estado litorâneo deveria alcançar o limite da plataforma continental.

Prossigue-se na transcrição de trechos do mencionado Relatório Técnico DGC n.º 01/88: “Na impossibilidade de se ter uma solução única e imediata a partir da simples aplicação do texto legal, sem o surgimento de áreas com indefinições, passou-se ao estudo das soluções que garantissem a projeção dos estados, sem, contudo, significar a estrita interpretação ou leitura da legislação.

Uma primeira questão a ser respondida e que se tornou premissa básica para a pesquisa se refere à fixação do limite até o qual deve ser garantida a projeção de uma unidade da federação. Partindo das conclusões expostas no item 2 deste relatório, por ‘plataforma continental’, no sentido jurídico, entender-se-á o fundo oceânico até 200 milhas marítimas. Por outro lado, se um estado é litorâneo, parece-nos lógico que o mesmo deverá se projetar integralmente na ‘plataforma continental’, admitindo pelo menos um ponto de contato com o traçado do limite das 200 milhas marítimas.

Embora os diplomas legais que tratam da exploração petrolífera não prevejam a situação acima levantada, não se encontrou base legal para a contra-argumentação, sendo perfeitamente admissível considerar que qualquer unidade da federação, que seja litorânea, se projete até o limite das 200 milhas marítimas.” (fls. 113/114 – sem ênfase no original)

A leitura desse excerto é suficiente para perceber algumas das posições do IBGE na realização de trabalho de importância monumental para a economia dos Estados envolvidos: percorre caminho que admite expressamente não estar previsto na legislação, partindo de premissa que considera lógica, a partir da verificação de lacuna – inexistente, diga-se – dos textos legais regedores da espécie para a solução do caso dos Estados do Piauí e do Paraná.

Deveras, a legislação de regência da matéria foi absolutamente clara, determinando-se a adoção de linhas projetantes ortogonais às linhas de baixa-mar, como critério principal e, como exceção, linhas de base retas, “nos lugares em que o litoral apresente reentrâncias profundas ou saliências, ou onde exista uma série de ilhas ao longo da costa e em sua proximidade imediata” (Decreto n.º 93.189/86).

Não houve qualquer determinação no sentido de que a área projetada dos Estados confrontantes alcançasse o bordo externo da plataforma continental, mas, sim, que aquele

17 Estudo encaminhado, em setembro de 1991, pelo então Ministro da Marinha, Mário Cesar Flores, ao então Governador do Estado de Santa Catarina, Wilson Pedro Kleinubing, descrito como “um estudo sumário, essencialmente técnico, sobre o que seria a projeção marítima entre Paraná e Santa Catarina, em função de regras que o Brasil aceita para fins internacionais, combinado com a Legislação em vigor sobre o assunto.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária n. 444**, pp. 278-295)

seria o limite máximo em que se permitiria o pagamento de compensação financeira pela exploração dos recursos naturais. Além disso – e aqui o mais importante – preocupou-se a legislação de regência com o método a ser utilizado na projeção.<sup>18</sup>

Nesse sentido, nunca houve por parte da autarquia federal a fixação técnica dos chamados pontos apropriados, nem se produziu linhas representativas do desenho irregular dos litorais dos Estado de **São Paulo, Paraná e Santa Catarina. O que se fez, em verdade, foi o traçado de linhas gerais de tendência, o que ocorreu, conforme admitido pelo próprio IBGE, “sem grande rigor no traçado das ‘linhas de base retas’”.**<sup>19</sup>

Ao longo da instrução da ação, ficou evidente, portanto, o equívoco cometido pelo IBGE na execução das linhas de projeção marítima traçadas em 1986, o que, aliás, já foi admitido nos dois primeiros votos proferidos na ação: o do ministro Roberto Barroso, relator, e do ministro Marco Aurélio, em voto vista, conforme será adiante examinado.

#### 4. DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E PERPLEXIDADES

Embora o critério técnico que define as linhas de projeção marítima das divisas interestaduais tenha base em características geomorfológicas do litoral (em função das quais devem ser fixados os pontos apropriados), na linha de um dos princípios da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, não se pode ignorar as características econômicas e ambientais que justificam o pagamento de *royalties* e participações especiais aos Estados produtores. Daí por que se diz que os interesses econômicos da região devem ser considerados.

O pagamento de *royalties* e participações especiais pela exploração de petróleo e gás especificamente ao Estado produtor somente se justifica em razão da circunstância desse mesmo Estado suportar o ônus de infraestrutura e o impacto ambiental decorrente dessa atividade. Ocorre que, no caso dos campos de petróleo situados na área litigiosa, seja em relação aos campos situados em área atribuída pelo IBGE ao Paraná (campos de Tubarão, Estrela do Mar, Coral, Caravela e Caravela do Sul, que no momento não estão produzindo), seja no que tange ao campo de Baúna (que atualmente paga *royalties* e participações especiais apenas ao Estado de São Paulo), o ônus da atividade foi e é suportado pelo Estado de Santa Catarina, que, no entanto, não recebeu e não recebe absolutamente nada como Estado produtor.

Em Estudo de Impacto Ambiental referente ao campo de Baúna produzido pela Petrobrás, aponta-se que a base de apoio marítimo desse campo é o Porto de Itajaí, enquanto a base de apoio aéreo é o aeroporto de Navegantes, ambos em Santa Catarina.<sup>20</sup>

18 Parecer 1.634/PGR, do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária n. 444**, pp. 2343-2370)

19 Relatório Técnico DGC n. 01/88, do IBGE (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária n. 444**, p. 111)

20 PETROBRÁS. EIA/RIMA para o Desenvolvimento da Produção de Petróleo no Bloco BM-S 40, Áreas de Tiro e Sidon, Bacia de Santos. Disponível em: <http://licenciamento.ibama.gov.br/Petroleo/Producao/Producao%20-%20Bacia%20de%20Santos%20-%20%20Areas%20de%20Tiro%20e%20Sidon%20-%20Petrobras/>

A ironia é maior ainda quando se considera o nome da unidade estacionária por meio da qual a extração de petróleo é realizada: FPSO Cidade de Itajaí. Enfim, a única relação do Estado de São Paulo, e de alguns de seus Municípios, com esse campo de petróleo é a percepção de *royalties* decorrentes da exploração.

A se considerar o aspecto ambiental, também se pode perceber, através de mapa de vulnerabilidade ambiental elaborado pela Petrobrás, que, na hipótese de um eventual vazamento de petróleo, seja no cenário de verão, seja no cenário de inverno, o maior risco ambiental é suportado pelo litoral catarinense;<sup>21</sup> e, caso se tratasse de acidente ambiental de grandes proporções, provavelmente os efeitos seriam sentidos primeiro pelo litoral do Rio Grande do Sul do que pelo litoral de São Paulo, o qual, não obstante, é o grande beneficiário dos *royalties*. Tais circunstâncias, se não são determinantes – em função de haver um critério técnico próprio para essas definições –, não podem ser ignoradas na solução a ser adotada na causa, uma vez que não é crível que o ônus de infraestrutura e de risco ambiental sejam atribuídos a um ente que não recebe *royalties* e participações especiais como Estado produtor.

## 5. A TESE DE SANTA CATARINA: A SOLUÇÃO SEGUNDO O CRITÉRIO LEGAL

A solução técnica propugnada na ACO 444 pelo Estado de Santa Catarina é a mesma já referendada pela perícia judicial e pelo parecer da Procuradoria-Geral da República, qual seja, a adoção dos pontos apropriados que eram estudados pela Marinha do Brasil e que, mais tarde, foram expressos no Decreto n.1.290/94.<sup>22</sup> Esse ato regulamentador recebeu a seguinte ementa: “*Estabelece pontos apropriados para o traçado das Linhas de Base Reta na costa brasileira*”.

Ainda que o Decreto n.1.290/94 tenha sido editado com o intuito primário de regulamentar a Lei federal n.8.617/93,<sup>23</sup> ele, que fora resultado de um estudo técnico da Marinha do Brasil, consistiu no primeiro ato oficial do Estado brasileiro que formalizou as coordenadas geográficas que deveriam ser tecnicamente consideradas como “*pontos apropriados*”. Mesmo que a legislação dos *royalties* (que tem o intuito de disciplinar o proveito econômico da exploração de petróleo e gás) seja plenamente distinguível da legislação relativa à definição dos limites externos do mar territorial, da zona contígua, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental, o critério técnico a ser empregado em um ou em outro caso é exatamente o mesmo: nos trechos recortados do

Acesso em: <06.10.2019>.

21 PETROBRÁS. **Mapa de Vulnerabilidade Ambiental** – Cenários de Verão e de Inverno. Disponível em: <<http://licenciamento.ibama.gov.br/Petroleo/Producao/Producao%20-%20Bacia%20de%20Santos%20-%20%20Areas%20de%20Tiro%20e%20Sidon%20-%20Petrobras/Mapas-Desenhos/>>. Acesso em: <06.10.2019>

22 BRASIL. **Decreto 1.290**, de 21 de outubro de 1994. Estabelece os pontos apropriados para o traçado das Linhas de Base Retas ao longo da costa brasileira. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d1290.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1290.htm)>. Acesso em: <06.10.2019>.

23 BRASIL. **Lei n. 8.617**, de 04 de janeiro de 1993. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8617.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8617.htm)>. Acesso em: <06.10.2019>

litoral, com reentrâncias profundas e saliências, ou com ilhas ao longo da costa ou na sua proximidade imediata, as linhas de projeção são ortogonais geodésicas das linhas de base reta que ligam pontos apropriados.

Desse modo, em se tratando exatamente do mesmo critério técnico, não se justificaria a não adoção pelo IBGE (órgão integrante da Administração Pública Federal Indireta) dos parâmetros que foram formalizados em ato de soberania do Estado brasileiro para a fixação do mar territorial, da zona contígua, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental jurídica.

É importante frisar, todavia, que não se reivindica a aplicabilidade normativa desse decreto (até porque ele tinha outra finalidade), mas apenas a utilização dos pontos apropriados que foram nele expressos/publicizados, os quais, por estarem contidos em estudo técnico da Marinha, eram preexistentes ou, ao menos, contemporâneos à formulação equivocada do IBGE e que é objeto de contestação na ação. Em relação aos pontos apropriados expressos no Decreto n.1.290/94, observa-se que todos foram fixados em ilhas ou em pontos terrestres avançados de projeção ao mar, o que se deu de forma representativa do desenho irregular do litoral dos três Estados que são parte na controvérsia. Além disso, as Linhas de Base Reta resultantes desses pontos, como é tecnicamente adequado, em nenhum momento cortam porções continentais ou ilhas significativas imediatamente vinculadas ao litoral.

Não se ignora que, com a edição do Decreto n.4.983/04,<sup>24</sup> houve a revogação do Decreto n.1.290/94. E, mais recentemente, o próprio Decreto n.4.983/04 foi revogado pelo Decreto n.8.400/2015.<sup>25</sup> Deve-se observar, no entanto, que esses dois decretos supervenientes, que sucederam o Decreto n.1.290/94, são inaplicáveis ao caso dos autos, por razões bastante claras e singelas.

Primeiro, porque tanto o Decreto n.4.983/04 quanto o Decreto n.8.400/15, de forma expressa, foram normativamente autocontidos. Em ambos houve a introdução de disposição normativa – que anteriormente não havia sido prevista no Decreto n.1.290/94 – estabelecendo que eles deveriam ter aplicação exclusiva para o traçado dos limites exteriores do mar territorial, da zona contígua, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental. Dispuseram, *in verbis*:

### Decreto n. 4.983/04

Art. 4º *As Linhas de Base Retas e Normais, conforme definidas neste Decreto, devem ser exclusivamente usadas como origem para o traçado dos limites exteriores do mar territorial, da zona contígua, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental, cujos conceitos estão especificados na Lei n. 8.617, de 4 de janeiro de 1993.*

### Decreto n. 8.400/15

24 BRASIL. **Decreto 4.983**, de 10 de fevereiro de 2004. Estabelece os pontos apropriados para o traçado das Linhas de Base Retas ao longo da costa brasileira. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4983.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4983.htm)>. Acesso em: <06.10.2019>.

25 BRASIL. **Decreto 8.400**, de 4 de fevereiro de 2015. Estabelece os pontos apropriados para o traçado da Linha de Base do Brasil ao longo da costa brasileira continental e insular e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8400.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8400.htm)>. Acesso em: <06.10.2019>.

Art. 4º *A Linha de Base do Brasil é definida exclusivamente para o traçado dos limites do mar territorial, da zona contígua, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental, em conformidade com o disposto na Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993.*

Segundo, porque os Decretos ns.4.983/04 e 8.400/15 foram omissos em relação ao litoral do Estado do Paraná, não fixando pontos apropriados que sejam representativos do desenho irregular e côncavo do litoral nesse trecho. Logo, esses dois decretos sucessivos fornecem parâmetros técnicos insuficientes para a aplicação do critério das Linhas de Base Reta ligando pontos apropriados no trecho litorâneo específico envolvendo o Estado do Paraná. Em suma, eles não resolvem a controvérsia que está posta nesta ação.

Em virtude disso, a adequação da utilização dos parâmetros do Decreto n.1.290/94—para fins de definição dos pontos apropriados e, por consequência, das Linhas de Base Reta —, não decorre propriamente da sua atual vigência normativa (até porque ele incontroversamente já foi revogado), mas sim da circunstância de que ele foi o primeiro ato formalizado pelo Estado brasileiro — e até aqui também o único— que preencheu, simultaneamente, aos seguintes requisitos: (i) previu coordenadas geográficas que deveriam ser consideradas pontos apropriados, produzindo Linhas de Base Reta que não cortam porções continentais nem se afastam substancialmente da direção geral da costa; (ii) não trouxe disposição de autocontenção normativa visando à aplicação exclusiva para outros fins, ou seja, no caso para a definição do mar territorial, da zona contígua, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental; (iii) veiculou parâmetros suficientes e adequados para a representação do desenho irregular específico do litoral paranaense.

Ressalte-se que a adoção de qualquer outro parâmetro, tal como o que foi proposto pelo IBGE em 2015, não teria a isenção necessária, tendo em vista que o IBGE, quando de sua elaboração, já conhecia as consequências práticas das alterações de projeção que se poderia cogitar. Se o IBGE já não tem posição jurídica de isenção no processo, por estar colocado na condição de réu que tem o seu ato administrativo técnica e juridicamente questionado na ação, essa isenção é ainda menor quando se pretende propor, *a posteriori* e já conhecendo as consequências de cada opção, uma solução técnica diversa, com todos os impactos econômicos decorrentes já conhecidos.

Uma das consequências da aplicação do critério legal ao caso do trecho do litoral envolvendo São Paulo, Paraná e Santa Catarina é o cruzamento das linhas de projeção marítima das divisas interestaduais antes de alcançar o bordo externo da plataforma continental. Essa peculiaridade não deve, todavia, causar maior estranheza, sendo, na verdade, de fácil solução. Em documento intitulado “Considerações técnicas e orientações para solução da Ação Cível Originária nº 444”, o próprio IBGE destaca que, nas áreas em que ocorre uma sobreposição de linhas de projeção marítima (ou, em outras palavras, uma sobreposição de áreas geoeconômicas dos três estados), a solução a ser adotada é a divisão equitativa do proveito econômico dos *royalties* e participações especiais entre os Estados confrontantes. Observe-se que já há precedente jurídico nesse

sentido. No caso de municípios do Estado do Rio de Janeiro (Cabo Frio/Arraial do Cabo e Angra dos Reis/Paraty), em situações em que se verificou a sobreposição de áreas, a solução adotada para o caso, a partir de deliberação da Agência Nacional do Petróleo (ANP) em 2014, foi no sentido da divisão do proveito econômico.<sup>26</sup>

## 6. DA PROPOSTA ALTERNATIVA DO IBGE APRESENTADA EM 2015 E SEUS EQUÍVOCOS TÉCNICOS

Em 2015, por ocasião de rodada de negociação conduzida pelo ministro Relator, o IBGE, em Relatório Técnico, propôs solução alternativa. Em sua manifestação, disse o IBGE que, para a definição da projeção marítima dos Estados para fins de pagamento de royalties, “*determinou um total de 25 pontos apropriados (2 de limites internacionais, 16 de limites interestaduais e 7 pontos intermediários)*”.

Em primeiro lugar, deve-se dizer que a afirmação de que houve a fixação de pontos apropriados pelo IBGE é uma alegação inverossímil e que não encontra suporte técnico ou fático. O que o IBGE fez, em 1986, foi criar retas de tendência do litoral, o que consubstancia critério técnico diverso. Daí por que, em muitos pontos do litoral, as retas de tendência cortam porções continentais, pois elas não têm o rigor técnico das Linhas de Base Reta ligando pontos apropriados.

A esse respeito, disse o Procurador-Geral da República, em seu parecer, *in verbis*:

Ora, cristalino que o IBGE não adotou propriamente um critério científico, principalmente por ter partido de premissas equivocadas. Em verdade, a única posição aceitável do Instituto diante do problema gerado pela ausência de fixação legal dos pontos apropriados seria ele mesmo fixá-los, em virtude de incumbência legal de realizar as projeções interestaduais.

Todavia, apesar de denominar a linha que uniu os extremos do território do Paraná de “linhas de base retas”, não foram essas as confeccionadas pelo IBGE.

(...)

102. Demais disso, o Ministério da Marinha, em 19.09.1991 — e portanto antes do início dos pagamentos dos royalties —, apresentou estudo técnico em que fixava os pontos apropriados (fls. 278/295). Observou o perito, sobre tais pontos, que, no tocante à área em disputa, são exatamente os mesmos posteriormente determinados pelo Decreto n.º 1.290, de 21.10.1994. Nem poderia ser diferente, caso se tenha em mente que são critérios técnicos a defini-los. (fls. 2368/2369)<sup>27</sup>

Desse modo, a afirmação de que o IBGE fixou pontos apropriados ou traçou Linhas de Base Reta tecnicamente adequadas constitui apenas uma tentativa de criar uma nova narrativa dos fatos, a fim de atribuir ares de legalidade à solução jurídica e tecnicamente equivocada que fora produzida em 1986. Até então o IBGE dizia apenas ter traçado linhas de generalização da costa (ou retas de tendência geral do litoral), tendo

<sup>26</sup> Resolução de Diretoria n. 1132/2014, da Agência Nacional do Petróleo — ANP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária n. 444*, p. 3092)

<sup>27</sup> Parecer 1.634/PGR, do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária n. 444*, pp. 2368/2369)

como critério norteador os pontos das divisas interestaduais. Não se tratava, portanto, de pontos apropriados ou de Linhas de Base Reta, na acepção técnica de tais conceitos.

Há, de todo modo, inúmeros equívocos técnicos e jurídicos que devem ser apontados em relação ao critério proposto no Relatório Técnico do IBGE em 2015 e que, como adiante se explicitará, fora adotado como base para o voto do ministro Relator, Roberto Barroso. Poder-se-ia resumi-los nos seguintes aspectos.

Na proposta formulada, ao fixar pontos nas divisas interestaduais, o IBGE ignorou as características geomorfológicas do litoral. Em vez de observar o desenho irregular da costa, subordinou o critério técnico às divisões territoriais entre os Estados (de caráter político-administrativo). Daí por que desdenhou litorais recortados como o do Paraná (notadamente côncavo) e de Santa Catarina (notadamente convexo).

Além disso, se a legislação prevê uma solução técnica específica para os trechos do litoral em que há recortes profundos, com reentrâncias e saliências, ou uma série de ilhas ao longo da costa ou na sua proximidade imediata, afigura-se um equívoco pretender traçar uma única linha reta que una os extremos das divisas territoriais de um Estado (como proposto em relação ao Paraná), ignorando completamente os acidentes geográficos determinantes da própria adoção do critério.

O IBGE propôs, ainda, a adoção de linhas que ignoram a direção geral da costa, ora submetendo ao regime de águas interiores porções marítimas que não estão suficientemente vinculadas ao domínio terrestre (o que acontece em trecho do litoral de São Paulo), ora cortando grosseiramente porções continentais, situando significativas faixas terrestres na parte externa à reta (o que acontece no trecho de Santa Catarina). A própria Ilha de Santa Catarina, na qual localizada a Capital do Estado, Florianópolis, situa-se, na proposição do IBGE, inteiramente na parte externa à reta produzida, o que é inadmissível sob qualquer perspectiva técnica.

Por fim, como último grande equívoco da proposta de 2015, o IBGE, em lugar de traçar linhas ortogonais à Linha de Base Reta confrontante com as divisas interestaduais, como previsto na legislação, criou solução técnica mais uma vez inovadora e sem amparo legal, adotando como projetante das divisas interestaduais a bisetriz entre duas linhas ortogonais. Em outras palavras, a linha projetante das divisas interestaduais não é uma ortogonal às Linhas de Base Reta ou à linha de baixa-mar (também conhecida como Linha de Base Normal), tal como prevê a legislação. Na verdade, essa solução veio para compensar um equívoco anterior, relativo à escolha das divisas interestaduais como supostamente adequadas para fixação de extremidades das linhas de generalização da costa, o que inviabiliza a existência de uma reta confrontante nesses pontos.

Além das objeções acima, convém apontar mais um aspecto inadmissível da proposta do IBGE: no Relatório Técnico de 2015, considerou-se a fixação dos chamados “pontos intermediários”, os quais foram definidos como “7 pontos determinados através de um processo de simplificação cartográfica, a partir de cartas do mapeamento sistemático na escala 1:1.000.000, com objetivo de fazer com que as linhas de base

seguissem as tendências gerais do litoral em alguns Estados do Brasil”.<sup>28</sup> Esses “pontos intermediários”, como se percebe, foram arbitrariamente fixados pelo IBGE e, ao contrário do objetivo alegado, não se prestam a fazer com que as linhas seguissem as tendências gerais do litoral. No caso do ponto intermediário fixado no litoral do Estado de Santa Catarina, arbitrariamente situado no trecho do litoral correspondente ao município de Laguna, a sua localização produz uma reta que, quase que na sua integralidade, corta porções continentais do Estado. Essa reta ignora completamente a direção geral da costa, não podendo ser tida como adequada para utilização do critério das Linhas de Base Reta ligando pontos apropriados. Se os pontos eleitos produzem retas que ignoram a direção geral da costa, eles não podem ser tidos como “apropriados”, pois são inadequados ao critério técnico previsto na legislação de regência.

Deve-se observar que, em contraposição à proposição do IBGE, o Estado de Santa Catarina, no intuito de demonstrar a sua real disposição de construir uma solução de consenso para a controvérsia que se arrasta há várias décadas, formulou e apresentou nos autos da ACO 444, em setembro de 2016, uma proposta alternativa de solução.<sup>29</sup> Tomando como base a formulação do IBGE, Santa Catarina propôs pequenas retificações seguindo as seguintes premissas: a) aproveitar, na maior medida possível, a solução técnica proposta pelo IBGE em 2015, ainda que fazendo as correções necessárias; b) produzir uma proposta equilibrada quanto aos interesses, em que cada parte haveria de obter ganhos e fazer concessões recíprocas (ao contrário do que contido na proposta do IBGE, na qual São Paulo obtém ganhos sem precisar fazer qualquer concessão); c) propor ajustes apenas na medida necessária e suficiente para que não se produzam linhas que cortem porções continentais ou ilhas que sejam relevantes e imediatamente vinculadas ao litoral (corrigindo o equívoco técnico das linhas propostas pelo IBGE, que cortam porções continentais do Estado de Santa Catarina, incluindo a Ilha de Santa Catarina, na qual situada a capital Florianópolis); d) buscar uma proposta em que a mesma tese não possa ser transposta a qualquer outro trecho do litoral brasileiro, neutralizando qualquer risco de efeito sistêmico em decorrência da solução adotada.

A proposta formulada por Santa Catarina, além de fazer pequenas retificações no que tange às linhas de reta, a fim de que elas observem a direção geral da costa e não cortem porções terrestres, pontuou que a questão relativa aos passivos financeiros resultantes poderia ser resolvida com o proveito econômico futuro da exploração dos poços de petróleo e gás situados na área de sobreposição, o que evitaria desembolsos financeiros significativos que pudessem prejudicar as finanças dos réus.

No entanto, nem a proposição do IBGE, nem a proposta de Santa Catarina foram acolhidas por quaisquer das partes, inviabilizando a tentativa de conciliação e tornando imperativa a resolução da controvérsia por meio de decisão do plenário do STF. Desse

<sup>28</sup> Relatório intitulado “Considerações técnicas e orientações para solução da Ação Cível Originária nº 444”, da Diretoria de Geociências – DGC, do IBGE (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária n. 444**, pp. 3078-3090)

<sup>29</sup> Documento intitulado “Nova proposta de acordo elaborada pelo Estado de Santa Catarina” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária n. 444**, pp. )

modo, a proposta de solução da perícia judicial se mantém como a única que, em estrita observância à Lei n.7525/86 e ao Decreto n. 93.189/86, traçou projetantes marítimas das divisas interestaduais respeitando os aspectos técnicos do critério das Linhas de Base Reta ligando pontos apropriados.

## 7. O INÍCIO DO JULGAMENTO NO STF E OS PRIMEIROS VOTOS PROFERIDOS

Nos dias 27 e 28 de junho de 2018, após quase 27 anos de tramitação, iniciou-se, finalmente, o julgamento da ACO 444 pelo plenário do STF. Após sustentações orais dos Estados de Santa Catarina, Paraná e de São Paulo, além de municípios catarinenses que atuam como assistentes do autor, o ministro Relator, Roberto Barroso, votou pela rejeição das preliminares processuais arguidas pelos réus e, no mérito, pela parcial procedência da ação.<sup>30</sup>

De um lado, o ministro Roberto Barroso reconheceu que houve equívocos no traçado das linhas de projeção adotadas administrativamente pelo IBGE em 1986. Ele pontuou que a autarquia federal adotou critério confessadamente não previsto em lei, pois, ao fazer a projeção das linhas ortogonais a partir dos pontos apropriados, estendeu a projeção marítima do Paraná até o limite da plataforma continental jurídica,<sup>31</sup> quando, na verdade, as linhas ortogonais traçadas a partir das divisas interestaduais deveriam se cruzar bem antes; como consequência, deve corresponder ao Paraná uma área geoeconômica substancialmente menor do que a atualmente prevista e, após o cruzamento das linhas de projeção, também há de ser reconhecida uma área de sobreposição entre os Estados, em que é devida a partilha, por igual, de *royalties* que eventualmente sejam devidos pela exploração de campos encontrados nessa região.<sup>32</sup>

No entanto, o ministro Relator deixou de reconhecer que ocorreu, também, equívoco na fixação dos pontos apropriados. Afastando-se das conclusões técnicas da perícia judicial, e também do parecer da PGR ofertado nos autos, o ministro Roberto Barroso entendeu que “cabe ao Poder Judiciário observar o dever de autocontenção, por não se tratar do órgão com a maior capacidade institucional para decidir questões dessa natureza, cabendo-lhe intervir apenas em casos de inobservância do devido processo legal ou de ilegalidade”.<sup>33</sup> Em suma, o ministro Relator reconheceu a existência de um espaço de “discricionariedade técnica”, em que a conformidade ou inconformidade com a legislação de regência não poderia ser sindicada judicialmente,

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Limite interestadual marítimo e royalties**. Informativo STF n. 908: Brasília, 25 a 29 de junho de 2018. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: <06.10.2019>

31 Nos termos do art. 11 da Lei n. 8.617/93, “A plataforma continental do Brasil compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância”. (BRASIL. **Lei n. 8.617**, de 04 de janeiro de 1993)

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Limite interestadual marítimo e royalties**.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Limite interestadual marítimo e royalties**.

em razão da natureza técnico-cartográfica desse critério.

No cenário adotado pelo ministro Relator, portanto, deu-se apenas um parcial acolhimento das teses do autor. Em que pese tenha sido reconhecido o equívoco das conclusões administrativas do IBGE, deixou-se de atribuir ao Estado Santa Catarina todas as áreas geoeconômicas a que faria jus, de acordo com a perícia judicial, tornando o ganho econômico-financeiro decorrente do provimento judicial apenas residual (especialmente por deixar de fora da redefinição o campo de petróleo de Baúna, atribuído exclusivamente ao Estado de São Paulo e que atualmente é o único em produção na região).

Uma vez proferido o voto do ministro Relator, sobreveio pedido de vista do ministro Marco Aurélio. O julgamento, então, somente foi retomado em 12 de dezembro de 2018, quando, divergindo parcialmente do Relator, o ministro Marco Aurélio consignou que “os pontos apropriados anteriormente indicados pelo IBGE não se revelam os mais consentâneos com o Direito posto, ante o fato de haverem sido desconsideradas as características geomorfológicas do litoral dos estados em litígio”.<sup>34</sup> Reconhecendo amplamente as teses de Santa Catarina, o ministro Marco Aurélio, determinou, em conclusão, que, a partir das balizas da legislação de regência fixadas no voto, deve o IBGE, na fase executória, “reelaborar os pontos apropriados a ligarem as linhas de base retas, reservando-lhe certo espaço de conformação técnica, que não deve ser confundido com o exercício de poder puramente discricionário”.<sup>35</sup> Ponderou, ao final, que os magistrados devem obediência ao Direito posto, não devendo guiar os seus votos puramente pelo impacto econômico da ação; afirmou que, “não cabe impor ao Estado de Santa Catarina o ônus decorrente da lentidão da máquina judiciária, para a qual não concorreu”.<sup>36</sup>

Nesse segundo cenário, propugnado no voto vista do ministro Marco Aurélio, percebe-se uma perspectiva muito mais vantajosa para Santa Catarina. Embora não se tenha acolhido a tese de aplicação dos pontos apropriados do Decreto n. 1.290/94, ao fixar as balizas técnicas a serem adotadas em fase executória, a partir de novo estudo a ser produzido pelo IBGE, o ministro Marco Aurélio encaminhou solução que, inevitavelmente, incluirá na redefinição das linhas de projeção campos de petróleo que, ao tempo em que produziram, foram atribuídos ao Paraná, bem como o campo de petróleo de Baúna, atribuído atualmente a São Paulo. Nesse contexto, o valor a ser ressarcido em favor de Santa Catarina seria muito mais significativo, uma vez que se terá de apurar, em decorrência do provimento jurisdicional, um passivo referente a quase três décadas de exploração petrolífera.

Após o voto do ministro Marco Aurélio, o julgamento foi novamente interrompido, desta vez em razão de pedido de vista do ministro Alexandre de Moraes. O julgamento não foi retomado desde então e não há data prevista para que isso ocorra.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Limite interestadual marítimo e royalties-2**. Informativo STF n. 927: Brasília, 10 a 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: <06.10.2019>.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Limite interestadual marítimo e royalties-2**.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Limite interestadual marítimo e royalties-2**.

## 8. CONCLUSÃO

No âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, a ACO 444 sempre foi tratada com especial zelo e atenção. Considerado o forte sentimento de injustiça que envolve a questão dos *royalties*, a ação não raras vezes foi comparada ao Caso do Contestado, litígio referente a limites territoriais entre Santa Catarina e Paraná que o STF, em julgamento tido como de grande relevância histórica, decidiu em 1904.

O fato é que a ACO 444 é uma demanda complexa, que envolve questões técnicas que nem sempre são intuitivas ou de fácil compreensão; os procuradores do Estado que atuaram no feito reconhecem que, para a sua adequada compreensão, há uma curva de aprendizado bastante significativa.

Além disso, trata-se de uma ação institucionalmente impactante: resulta de litígio entre Estados federados – daí a competência do STF, o que atrai relevantes interesses políticos e econômicos. Tais interesses não estão relacionados apenas com os Estados envolvidos nessa ação específica, mas também decorrem de possíveis efeitos que um precedente favorável a Santa Catarina poderia projetar em relação a outros trechos do litoral, notadamente em relação à Baía de Campos, próxima aos litorais de Espírito Santo e Rio de Janeiro.

De todo modo, a importância econômica da ACO 444 é evidente. Circunstância que se agravou pelo longo tempo de tramitação da ação, valores expressivos de *royalties* e participações especiais, cifras bilionárias, decorrentes da exploração de petróleo e gás na área litigiosa, foram pagos aos Estados do Paraná e de São Paulo, ou a seus municípios, quando, total ou parcialmente, deveriam ser pagos a Santa Catarina.

Nesse contexto, o grande desafio que se colocou, e que ainda se coloca, é como transmitir, da forma adequada e compreensível, as razões do Estado de Santa Catarina. Considerando as questões técnicas implicadas, difíceis de serem explicadas apenas por texto, produziu-se inclusive um vídeo institucional, formulado na forma de memorial eletrônico, no qual se pretendeu demonstrar, por imagens, mapas e gráficos, como operam os critérios técnicos pertinentes e quais as consequências dos equívocos do entendimento administrativo do IBGE.<sup>37</sup>

O julgamento já se iniciou, dois votos foram proferidos. Embora ambos reconheçam o acerto da tese de Santa Catarina no que tange a equívocos cometidos pelo IBGE em 1986, o voto do ministro Marco Aurélio o fez em maior extensão, pois reconhece, a partir de bases técnicas, a necessidade de que as projeções marítimas nesse trecho do litoral observem a direção geral da costa, em conformidade com os critérios internalizados da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Há, portanto, grande expectativa quanto à continuidade do julgamento. Ainda que se considere os enormes desafios políticos que uma decisão favorável a Santa

Catarina haverá de enfrentar, espera-se que o STF seja capaz de equacionar a controvérsia e produzir uma decisão juridicamente justa, sem se desviar em decorrência de interesses políticos ou econômicos de origem regional. Afinal, trata-se do Tribunal da Federação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto 1.290**, de 21 de outubro de 1994. Estabelece os pontos apropriados para o traçado das Linhas de Base Retas ao longo da costa brasileira. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d1290.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1290.htm)>. Acesso em: <06.10.2019>.

BRASIL. **Decreto 4.983**, de 10 de fevereiro de 2004. Estabelece os pontos apropriados para o traçado das Linhas de Base Retas ao longo da costa brasileira. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4983.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4983.htm)>. Acesso em: <06.10.2019>.

BRASIL. **Decreto 8.400**, de 4 de fevereiro de 2015. Estabelece os pontos apropriados para o traçado da Linha de Base do Brasil ao longo da costa brasileira continental e insular e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8400.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8400.htm)>. Acesso em: <06.10.2019>.

BRASIL. **Decreto n. 93.189**, de 29 de agosto de 1986. Regulamenta a Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986, que dispõe sobre a indenização a ser paga pela PETROBRÁS e suas subsidiárias aos Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D93189.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D93189.htm)>. Acesso em: <06.10.2019>.

BRASIL. **Lei n. 7.525**, de 22 de julho de 1986. Estabelece normas complementares para a execução do disposto no art. 27 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, com a redação da Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7525.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7525.htm)>. Acesso em: <06.out.2019>.

BRASIL. **Lei n. 8.617**, de 04 de janeiro de 1993. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8617.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8617.htm)>. Acesso em: <06.10.2019>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária n. 444**. Autor: Estado de Santa Catarina; Réus: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, Estado do Paraná e Estado de São Paulo. Ajuizada em: out.1991. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: <06.out.2019>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Limite interestadual marítimo e royalties**. Informativo STF n. 908: Brasília, 25 a 29 de junho de 2018. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: <06.10.2019>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Limite interestadual marítimo e royalties-2**. Informativo STF n. 927: Brasília, 10 a 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: <06.10.2019>.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Procuradoria-Geral do Estado. **Santa Catarina e os Royalties do Petróleo: uma longa disputa judicial**. Youtube, 09.dez.2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3BwUTx8AQHk&t=1s>>. Acesso em: <06.out.2019>.

PETROBRÁS. **EIA/RIMA para o Desenvolvimento da Produção de Petróleo no Bloco BM-S 40**, Áreas de Tiro e Sidon, Baía de Santos. Disponível em: <<http://licenciamento.ibama.gov.br/Petroleo/Producao/Producao%20-%20Bacia%20de%20Santos%20-%20%20Areas%20de%20Tiro%20e%20Sidon%20-%20Petrobras/>>. Acesso em: <06.10.2019>.

PETROBRÁS. **Mapa de Vulnerabilidade Ambiental** – Cenários de Verão e de Inverno. Disponível em: <<http://licenciamento.ibama.gov.br/Petroleo/Producao/Producao%20-%20Bacia%20de%20Santos%20-%20%20Areas%20de%20Tiro%20e%20Sidon%20-%20Petrobras/Mapas-Desenhos/>>. Acesso em: <06.10.2019>.

UNITED NATIONS. **Convention on the Law of the Sea**. Montego Bay, 10 December 1982. Disponível em: <[https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf)>. Acesso em: <06.out.2019>.

37 ESTADO DE SANTA CATARINA. Procuradoria-Geral do Estado. **Santa Catarina e os Royalties do Petróleo: uma longa disputa judicial**. Youtube, 09.dez.2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3BwUTx8AQHk&t=1s>>. Acesso em: <06.out.2019>.

# ESTADO, DIREITO E DEMOCRACIA NOS TEMPOS ATUAIS

Thiago Aguiar de Carvalho<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Resumo. 1. Introdução. 2. Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 3. Democracia – aspectos conceituais relevantes. 4. A Democracia no Século XXI. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a examinar a democracia nos tempos atuais diante do contexto de crise do chamado Estado Constitucional Moderno. Iniciando pelo estudo do Estado de Direito, surgido a partir da ascensão da burguesia, calcado na valorização da liberdade em contraposição ao Estado Absolutista até então vigente, passa-se pela conceituação do chamado Estado Social e desagua no chamado Estado Democrático de Direito. Na segunda parte do ensaio, analisa-se, ainda que sucintamente, aspectos conceituais relevantes acerca da Democracia, desde a Antiguidade até a noção mais contemporânea de democracia substancial defendida por Luigi Ferrajoli. No tópico final, traz-se à baila o entendimento segundo o qual a noção tradicional de democracia liberal representativa é insuficiente para responder às demandas e necessidades da sociedade contemporânea, tão complexa e bastante modificada pelos efeitos da globalização. Nesse cenário, emerge a importância da democracia participativa como indutor de uma cidadania inclusiva. E a Democracia, acima do próprio Estado Constitucional Moderno, é um valor civilizatório a ser observado por todos. Recorrendo à pesquisa bibliográfica, utilizou-se do método indutivo, além das Técnicas do Referente, a Categoria e do Conceito Operacional.

## 1. INTRODUÇÃO

Após a globalização, as bases teóricas do Estado Constitucional Moderno e a sua soberania despertaram reflexões. A complexidade das relações globais e as dificuldades relativas às questões envolvendo os direitos humanos fundamentais e à sua concretização representam um grande desafio na atualidade.

O acelerado processo de degradação ambiental, o risco iminente do colapso dos recursos naturais, o aumento do número de pessoas que sofrem com a pobreza, a fome, a violência e a opressão demonstra que a narrativa liberal se mostrou insuficiente para

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Advocacia Pública pela AVM Faculdades Integradas e Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Christus. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis-SC, Brasil. E-mail: thiagocarvalho@pge.sc.gov.br.

dar conta dos problemas da sociedade contemporânea.

Assim, o modelo tradicional do Estado Constitucional Moderno e a noção meramente formal de Democracia (democracia liberal representativa) se revelam insuficientes para o tratamento destas temáticas, as quais requerem uma nova forma de pensar.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objeto o estudo da democracia nos tempos atuais diante do contexto de crise do chamado Estado Constitucional Moderno e sua resignificação.

Inicialmente, contextualiza-se Estado de Direito, calcado no valor liberdade em contraposição ao Estado Absolutista. Passa-se pela conceituação de Estado Social e desagua no chamado Estado Democrático de Direito, em que o valores democráticos são irradiados para todos os elementos estatais. Na segunda parte do ensaio, analisa-se, de forma sucinta, aspectos conceituais relevantes acerca da Democracia, desde a Antiguidade até a noção mais contemporânea de democracia substancial defendida por Luigi Ferrajoli. No tópico final, traz-se à baila o entendimento segundo o qual a noção tradicional de democracia liberal representativa é insuficiente para responder às demandas e necessidades da sociedade contemporânea, tão complexa e bastante modificada pelos efeitos da globalização. Nesse cenário, emerge a importância da democracia participativa como indutor de uma cidadania inclusiva. E a Democracia, acima do próprio Estado Constitucional Moderno, é um valor civilizatório a ser observado por todos.

Por meio de pesquisa bibliográfica, utilizou-se o método indutivo<sup>2</sup> na fase de investigação, através das Técnicas do Referente<sup>3</sup>, da Categoria<sup>4</sup> e do Conceito Operacional<sup>5</sup>.

## 2. DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A expressão “Estado de Direito” traduz um Estado que tem seu fundamento, assim como sua limitação, no ordenamento jurídico<sup>6</sup>. O Estado de Direito é a ideia de *rule of law*<sup>7</sup>, que surgiu para limitar o poder do Estado, pois este é adversário

2 **Método indutivo:** base lógica da dinâmica da pesquisa científica que consiste em “pesquisar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 13.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 91).

3 **Referente:** “explicitação prévia dos motivos, objetos e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 58).

4 **Categoria:** “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia” (PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 27).

5 **Conceito Operacional:** “definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos” (PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 39).

6 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 118.

7 *Rule of law* significa “a sujeição de todos, inclusive e especialmente das autoridades, ao império do Direito.

da liberdade<sup>8</sup>.

Portanto, na origem, o Estado de Direito corresponde a um conceito tipicamente liberal<sup>9</sup>, em contraposição ao Estado absolutista, estruturado sob o signo da igualdade formal. Pedro Abreu enfatiza que o Estado Liberal de Direito tinha as seguintes características:

- submissão ao império da lei;
- divisão de poderes;
- enunciado e garantia dos direitos individuais<sup>10</sup>.

Neste contexto, são esclarecedoras as lições de Bobbio, para quem: “o liberalismo é uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal, se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social”<sup>11</sup>.

E, conforme salientam Oliveira Neto e Marcos<sup>12</sup>:

as razões propiciadoras do florescimento do Estado Liberal de Direito decorreram muito mais dos impactos e benefícios econômicos advindos em proveito para a classe burguesa, do que a preocupação com a implantação de uma ordem democrática resultante deste modelo estatal.

Aliás, nesse mesmo norte, Pedro Abreu afirma que “o liberalismo se contrapõe à democracia, associada aos ideais absolutistas ou à denominada tirania da maioria”<sup>13</sup>.

Sucedem que os problemas advindos de um liberalismo levado ao extremo, em que a maior parcela da população ficou totalmente excluída economicamente, em condições de extrema miséria, fizeram eclodir mudanças que resultaram na passagem de um Estado Liberal de Direito para um Estado Social de Direito a partir do final do Século XIX. Nesse sentido:

A eclosão da Revolução Industrial, a ordenação da sociedade civil e a emergência dos direitos sociais demarcam, no plano histórico e político, a passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo ou Social. O surgimento das constituições dirigentes, já na primeira quadra do século XX, delimita um novo marco: a construção da democracia substancial e o desafio da consolidação do Estado Constitucional dos Direitos

Equival, pois, ao Estado de Direito como limitação do poder, num sistema de direito não escrito”, conforme descrito por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 03.

9 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 112.

10 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** p. 118.

11 BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1998, p. 07.

12 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de.; MARCOS, Rudson. Da formação do Estado de Direito à concretização da Democracia substancial: diálogo com os postulados democráticos idealizados por Luigi Ferrajoli. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de.; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Coleção Princípios de Direito Constitucional e Política do Direito – Tomo 03 – Direito, Democracia e Constitucionalismo.** Itajaí: Editora Univali, 2017, p. 17.

13 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** p. 47.

Fundamentais, já sob o signo da fraternidade.<sup>14</sup>

O Estado Social surge como uma forma de combater o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal, que se mostrou insuficiente para evitar a eclosão de injustiças sociais.<sup>15</sup> A intervenção do Estado através de prestações sociais positivas e da regulamentação do mercado caracterizam o que se passou a chamar de Welfare State ou Estado-Providência.<sup>16</sup>

A partir de então, o estudo do Estado enseja novas perspectivas, que na visão de Canotilho só se concebe a partir do chamado Estado Constitucional, o qual deve estruturar-se como um Estado de Direito Democrático.<sup>17</sup>

O elemento democrático caracteriza-se como legitimador do poder político, sendo a soberania popular, que assegura e garante o direito à igualdade de participação na formação democrática da vontade popular, uma das balizas mestras do Estado Constitucional.<sup>18</sup>

A configuração do Estado Democrático de Direito não se restringe à mera junção formal das noções de Estado Democrático e Estado de Direito, pois o democrático, ao qualificar o Estado, irradia os valores da democracia para todos os seus elementos constitutivos, incorporando um elemento revolucionário, transformador do *status quo*.<sup>19</sup>

O Estado Democrático de Direito corresponde, de um lado, ao aprofundamento do Estado de Direito e, do outro, do Estado Social ou Welfare State.<sup>20</sup>

Destacando que o objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito é superar as desigualdades, implantando um regime democrático que concretize a justiça social, José Afonso da Silva, com base na Constituição Federal do Brasil de 1988, salienta que os seus princípios norteadores são<sup>21</sup>:

- princípio da constitucionalidade;
- princípio democrático – artigo 1º;
- sistema de direitos fundamentais – títulos II, VII e VIII;

14 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 47.

15 OLIVEIRA, Heron José Castro. Estado de direito e estado democrático de direito (estado social): o que há de novo?. In: *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí: Editora Univali, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. p. 1201. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 01.fev.2019.

16 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de.; MARCOS, Rudson. Da formação do Estado de Direito à concretização da Democracia substancial: diálogo com os postulados democráticos idealizados por Luigi Ferrajoli. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de.; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). *Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito – Tomo 03 – Direito, Democracia e Constitucionalismo*. p. 20-21.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.97.

18 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 126-127.

19 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 119.

20 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 138.

21 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 122.

- princípio da justiça social – artigos 170, caput e 193;
- princípio da igualdade – artigo 5º, caput e inciso I;
- princípio da divisão dos poderes – artigo 2º;
- princípio da legalidade – artigo 5º, inciso II;
- princípio da segurança jurídica – artigo 5º, incisos XXXVI e LXXXIII.

Laisa Pavan sintetiza:

Sua essência: os serviços que antes, embora prestados pelo Estado, eram caritativos e assistenciais, benesses do Estado benfeitor, assumiram a característica de verdadeiros direitos dos cidadãos, reivindicáveis do próprio Estado que os instituiu e atrelados diretamente à dignidade humana; a igualdade, antes apenas formal, converte-se em objetivo e justificativa da intervenção estatal. **A finalidade era atuar para realizar a igualdade material.** (grifou-se)<sup>22</sup>

Sobre o prisma da igualdade material não é suficiente o mero discurso de igualdade perante a lei, mas a igualdade deve ser construída, e, por consequência, as desigualdades efetivamente reduzidas. Nessa perspectiva, baseando-se nas lições de André Vicente Pires Rosa e Carlos Ayres Britto, pondera Pedro Abreu:

“Como adverte Rosa, (...) o importante é a construção de um ambiente em que se consiga uma *liberdade igual* ou *igualdade livre*, significando ambas um ponto de equilíbrio entre esses dois valores fundamentais que se realizam concomitantemente. (...). As situações justas, em grande medida, estão na dependência da união adequada desses dois valores, estabelecendo conexão da igualdade com outro princípio: o da justiça.

A igualdade, ademais, pode-se situar-se numa dimensão conceitual avançada do humanismo, recolocado como um *status* civilizatório ou elevado padrão de civilidade de todo um povo, como situa admiravelmente Britto”<sup>23</sup>

E nesse contexto de igualdade, conectada com liberdade e justiça, acrescida dessa visão humanista, de elevado padrão civilizatório, é que deve ser enquadrado o estudo da democracia nos tempos contemporâneos.<sup>24</sup>

### 3. DEMOCRACIA – ASPECTOS CONCEITUAIS RELEVANTES

Desde a Antiguidade o termo democracia sempre foi utilizado “para designar um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político”<sup>25</sup> Numa visão descritiva, segundo a tradição dos clássicos, corresponde a forma de governo em que o poder é exercido por todo o povo, ou pela maioria, estando assim em contraposição à

22 COSTA, Laisa Pavan da. As crises do Estado e a tutela dos direitos fundamentais em um ambiente transnacional. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis: EMais, v. 7, 2018, p.123.

23 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 152.

24 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 156.

25 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 14.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 135.

monarquia (governo de um) e à aristocracia (governo de poucos).<sup>26</sup>

Na visão dos antigos, Bobbio salienta, inclusive, que a democracia ocupava sempre o terceiro lugar, tendo a monarquia o primeiro posto, seguida da aristocracia como segunda forma. Mencionando Políbio sintetiza a sucessão das formas: primeiro surge a monarquia como a melhor das formas, que ao se degenerar, passando à sua forma ruim – tirania –, é substituída pela segunda forma boa – aristocracia. Esta, por seu turno, se degenera em oligarquia, momento no qual, com a união do povo, surge a terceira forma boa, no caso a democracia. Em contraposição à democracia, tem-se a oclocracia.<sup>27</sup>

Foi Kelsen, já no século XX, quem contribuiu para uma mudança decisiva na valorização da democracia, ao modificar a concepção das formas de governo para apenas dois tipos: democracia e autocracia.<sup>28</sup>

Com o decorrer dos anos, a democracia foi modernizando-se e, nesse processo, alterou-se e adaptou-se à realidade de diferentes países, consolidando-se, nesse sentido, como a forma de governo mais adotada.<sup>29</sup>

Em seu sentido etimológico, democracia significa governo do povo. Hoje, quer dizer o governo em que o povo, direta ou indiretamente participa das decisões políticas.<sup>30</sup> A participação do povo, aliás, é característica essencial da democracia.<sup>31</sup> Na hipótese em que essa participação ocorre de maneira indireta, decorre o chamado princípio da representação.<sup>32</sup>

Essa concepção de democracia, voltada apenas para as formas e procedimentos que garantam que as decisões tomadas, direta ou indiretamente, expressem a vontade popular (a vontade da maioria), independentemente do conteúdo do que se está decidindo, é denominada por Luigi Ferrajoli de democracia formal ou procedimental. Todavia, para ele, tal concepção é insuficiente, sendo imperioso, para uma definição adequada de democracia sua integração por limites e vínculos de caráter substancial ou de conteúdo, que respeitem os valores constitucionalmente estabelecidos, em especial aqueles consagrados como direitos fundamentais<sup>33</sup>

26 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 14.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. p. 136.

27 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 14.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. p. 146-147.

28 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 160.

29 DALLA CORTE, Thiago; DALLA CORTE, Thais. A Democracia no século XXI: crise, conceito e qualidade. In: *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Rio de Janeiro: v. 10, n. 2, maio-agosto 2018, p. 182. Disponível em: <<http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/178>>. Acesso em: 01. fev. 2019.

30 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 167.

31 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 174.

32 ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 219.

33 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Volume 2. Teoría de la demo-*

Na visão garantista de Ferrajoli, a conexão entre democracia e direito é essencial. Não pode haver democracia sem direitos fundamentais. Nesse sentido:

Como a democracia é um conjunto de regras sobre o exercício válido do poder: por um lado, as regras que conferem poderes de autodeterminação individual e coletiva, garantindo sua igual titularidade a todos enquanto pessoas ou cidadãos; por outro, as regras que impõem limites e vínculos a esses mesmos poderes para impedir sua degeneração em formas despóticas e garantir seu exercício na proteção dos interesses de todos. E essas regras são válidas para limitar e vincular os diferentes tipos de poder em garantia dos interesses de todos, na medida em que estabeleçam a igualdade de direitos fundamentais como normas constitucionais hierarquicamente superiores a esses poderes.<sup>34</sup>

A proteção e garantia dos direitos fundamentais é questão de extrema importância para o desenvolvimento da teoria garantista, enquadrando-se na chamada esfera do “não-decidível”, sendo tais direitos reconhecidos não apenas nas Constituições, mas igualmente nas normas internacionais. Passa-se ao paradigma do Estado Constitucional de Direito.<sup>35</sup>

#### 4. A DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI

Com a constitucionalização ocorrida no século XX, a democracia tornou-se fundamento de legitimação popular de um Estado, bem como de limitação do exercício da política e norma jurídica orientadora de todas as suas ações públicas, sendo, dessa maneira, considerada indispensável para a construção e consolidação de direitos, assim como para a formulação e execução de políticas públicas. Seu exercício atrela-se à efetividade da Constituição.<sup>36</sup>

Entretanto, este período, que deveria representar um reforço e, consequentemente, aumento da democracia pelo mundo, tem, pelo contrário, diante da complexidade da realidade social, causado questionamentos sobre a sua importância.

Segundo Paulo Cruz e Zenildo Bodnar, “as profundas mudanças ocorridas com a globalização”<sup>37</sup> aniquilaram de maneira irreversível as bases do Estado Constitucional

*cracia*. Traducción Perfecto Andres Ibanez y otros. Madrid: Trotta, 2011. p. 9-15.

34 No original: “Puesto que la democracia es un conjunto de reglas sobre el válido ejercicio del poder: por un lado, las reglas que confieren poderes de autodeterminación individual y colectiva, garantizando su igual titularidad a todos en cuanto personas o ciudadanos: por el otro, las reglas que imponen límites y vínculos a estos mismos poderes para impedir su degeneración en formas despóticas y garantizar su ejercicio en tutela de los intereses de todos. Y estas reglas valen para limitar y vincular los diferentes tipos de poder en garantía de los intereses de todos en la medida en que establezcan la igualdad en los derechos fundamentales como normas constitucionales jerárquicamente superiores a aquellos poderes”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Volume 2. Teoría de la democracia*. p. 17, tradução nossa.

35 OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de.; MARCOS, Rudson. Da formação do Estado de Direito à concretização da Democracia substancial: diálogo com os postulados democráticos idealizados por Luigi Ferrajoli. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de.; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). *Coleção Principologia Constitucional e Política do Direito – Tomo 03 – Direito, Democracia e Constitucionalismo*. p. 25.

36 DALLA CORTE, Thiago; DALLA CORTE, Thais. A Democracia no século XXI: crise, conceito e qualidade. In: *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. p. 183. Disponível em: <<http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/178>>. Acesso em: 01. fev. 2019

37 CRUZ, Paulo Márcio.; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio.; STELZER, Joana. (Orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba:

Moderno. Nesse contexto, o poder público passa a estar ao lado e, quiçá, muitas das vezes até mesmo abaixo de outras estruturas – privadas, semi-públicas, internacionais, transnacionais, dentre outras – que assumem o espaço público de decisão e “que buscam sua força na legitimidade democrática, no medo, na inevitabilidade, na inexorabilidade, na dramatização de expectativas, na força física, etc.”<sup>38</sup>

A influência dos organismos transnacionais na política interna dos Estados é de tal monta que deixaram de ser controláveis por meio das instituições e práticas democráticas tradicionais.<sup>39</sup> O modelo da democracia representativa tornou-se incapaz de responder de forma adequada aos anseios e pretensões de uma sociedade tão complexa como a pós-moderna.<sup>40</sup> Este modelo é “insuficiente e obsoleto”<sup>41</sup> para dar conta da sociedade complexa e multifacetada, de enormes contradições, em que estamos atualmente inseridos.

Portanto, é necessário compreender as limitações da democracia liberal e buscar analisar como adaptar e melhorar as instituições atuais para fins de fazer frente aos novos desafios da contemporaneidade.<sup>42</sup>

Nesse cenário, emerge a democracia participativa como fundamento de cidadania inclusiva, o que não significa a supressão do modelo de representação, mas sim um alargamento dos espaços de participação popular direta, como forma, inclusive de aperfeiçoar o próprio instituto da representação.<sup>43</sup>

Nesse diapasão, Paulo Cruz ensina:

ser fundamental entender que diante do aumento vertiginoso da complexidade do mundo atual é preciso considerar a necessidade de um aumento da pluralidade dos processos de associação e representação democráticas por outras formas de associação e por outras formas de participação além dos partidos políticos e do voto. Os referendos, as consultas populares, as assembleias de políticas públicas, as conferências de consenso, as mesas de diálogo e controvérsia, a gestão municipal participativa – todas estas são formas de participação que podem ser criadas em complementação criativa, em uma relação virtuosa com a Democracia Representativa.<sup>44</sup>

Por sua vez, Carlos Sell entende que democracia participativa vem a ser:

Juruá, 2011, p. 55.

38 MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

39 COSTA, Laisa Pavan da. As crises do Estado e a tutela dos direitos fundamentais em um ambiente transnacional. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina**. p.126-127.

40 MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.). **O Estado e suas crises**. p. 25.

41 CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. In: **Pensar – Revista Jurídica da Unifor**. Fortaleza: v. 13, n. 2, julho-dezembro 2008, p. 264. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/819/1713>>. Acesso em: 01. fev. 2019.

42 HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das letras, 2018, p. 17.

43 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. p. 238.

44 CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. In: **Pensar – Revista Jurídica da Unifor**. p. 269. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/819/1713>>. Acesso em: 01. fev. 2019.

um conjunto de experiências e mecanismos que tem como finalidade estimular a participação direta dos cidadãos na vida política através de canais de discussão e decisão. A democracia participativa preserva a realidade do Estado (e a Democracia Representativa). Todavia, ela busca superar a dicotomia entre representantes e representados recuperando o velho ideal da democracia grega: a participação ativa e efetiva dos cidadãos na vida pública.<sup>45</sup>

A participação social efetiva capaz de agregar legitimidade aos atos decisórios exige mais que apenas disponibilizar canais de transparência e de participação; requer a adoção de medidas eficientes na mobilização social à participação, assim como a adoção de mecanismos diferentes que viabilizem a efetiva oitiva da pluralidade de vozes existentes na sociedade complexa.<sup>46</sup>

Para funcionar na atualidade, deve-se compreender a Democracia para além de uma forma de se proceder, como sendo um valor de civilização a ser observado e perseguido por todos, “que pressupõe a aplicação de outros princípios, como o da liberdade de expressão e opinião, liberdade de obtenção de informação imparcial e correta e publicidade dos fatos que se referem à esfera pública”<sup>47</sup>

Por outro lado, ainda que o uso das novas tecnologias permita, gradativamente, suplantar os problemas da participação democrática, instigando um debate público e isonômico de baixo custo<sup>48</sup>, sua utilização, em especial das denominadas redes sociais, de modo desvirtuado, para manipular as informações, com a propagação de notícias falsas, as chamadas *fake news*, as quais podem afetar, por exemplo, o resultado de uma eleição, o que, supostamente teria ocorrido nas eleições norte-americanas que sufragaram Donald Trump presidente em 2016<sup>49</sup>, representa uma séria ameaça à Democracia, devendo ser fortemente combatida.

A concretização da democracia participativa é pressuposto para expressão de uma cidadania inclusiva, calcada nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, e que visa a garantia e eficácia dos direitos fundamentais, extraindo da Constituição todas as vontades do verdadeiro titular do poder — o povo.

Como sintetiza Paulo Cruz, na configuração da Nova Ordem Mundial, a Democracia deverá desempenhar um papel mais importante que o Estado Constitucional Moderno, cabendo aos valores democráticos serem protagonistas visando um benefício

45 SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política: política e sociedade na modernidade tardia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006, p. 93.

46 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CAMPOS, Luciana Oliveira. Democracia e participação social efetiva: confrontação agonística como instrumento de legitimação dos atos das Agências Reguladoras brasileiras. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí: Editora Univali, v.13, n.3, 3º quadrimestre de 2018. p. 1471. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 01.fev.2019.

47 CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. In: **Pensar – Revista Jurídica da Unifor**. p. 260. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/819/1713>>. Acesso em: 01. fev. 2019.

48 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. p. 491.

49 BRAGA, Renê Moraes da Costa. A indústria da fake news e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Belo Horizonte: IDDE, 2018, p. 205. Disponível em: <<http://www.idde.com.br/publicacoes/materiais/%20a-industria-das-fake-news-e-o-discurso-de-odio/>>. Acesso em: 05.fev.2019.

de todos, não apenas de forma quantitativa, mas especialmente qualitativa.<sup>50</sup>

## 5. CONCLUSÃO

Na sociedade de risco do Século XXI, as demandas precisam ser analisadas em uma perspectiva global e transnacional. Pensar apenas localmente é insuficiente para uma concreta proteção da humanidade. O fenômeno da transnacionalidade ou transnacionalização representa o novo contexto mundial.

É necessário o constante diálogo, cooperação e entrelaçamento das ordens jurídicas diversas—locais, nacionais, internacionais, supranacionais, estatais e extra-estatais—e não a hierarquia ou a imposição de uma ordem sobre a outra, para o efetivo enfrentamento das demandas que afetam a todos e ao planeta.

Assim, é de se concluir que as noções tradicionais de Estado Constitucional Moderno e de Democracia liberal representativa são insuficientes para o tratamento das questões inerentes à chamada Pós-Modernidade.

Desse modo, faz-se imperioso a adoção da concepção de Democracia para além do elemento meramente formal ou procedimental. Como ensina Ferrajoli, o conceito deve necessariamente abranger também limites e vínculos de caráter substancial ou de conteúdo, que respeitem os valores constitucionalmente estabelecidos, em especial aqueles consagrados como direitos fundamentais. Não há democracia sem direitos fundamentais.

Nessa senda, ressignificar a Democracia passa por considerar: os direitos das minorias, as questões relacionadas à vida e à dignidade, os mecanismos de participação popular, os problemas ambientais, a proteção aos migrantes, os direitos sociais, uma mudança da lógica econômica neoliberal, entre tantas outras importantes demandas.

Ademais, a democracia participativa emerge como fundamento de cidadania inclusiva, o que não significa a supressão do modelo de representação, mas sim um alargamento dos espaços de participação popular direta, como forma, inclusive de aperfeiçoar o próprio instituto da representação. Sua concretização é, outrossim, a garantia e eficácia dos direitos fundamentais, extraindo da Constituição todas as vontades do verdadeiro titular do poder — o povo.

Como sintetiza Paulo Cruz, a Democracia é um valor civilizatório a ser perseguido e observado por todos. Cabe aos valores democráticos serem protagonistas visando um benefício de todos, não apenas de forma quantitativa, mas especialmente qualitativa.

Desse modo, a propagação de notícias falsas, as denominadas fake news, representam séria ameaça à Democracia, devendo ser fortemente combatida.

<sup>50</sup> CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. In: *Pensar – Revista Jurídica da Unifor*. p. 258. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/819/1713>>. Acesso em: 01. fev. 2019.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política**. 14.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. A indústria da fake news e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Belo Horizonte: IDDE, 2018, p. 205. Disponível em: <<http://www.idde.com.br/publicacoes/materiais/%20a-industria-das-fake-news-e-o-discurso-de-odio/>>. Acesso em: 05.fev.2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 30.01.2018.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CAMPOS, Luciana Oliveira. Democracia e participação social efetiva: confrontação agonística como instrumento de legitimação dos atos das Agências Reguladoras brasileiras. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí: Editora Univali, v.13, n.3, 3º quadrimestre de 2018. p. 1471. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 01.fev.2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Laisa Pavan da. As crises do Estado e a tutela dos direitos fundamentais em um ambiente transnacional. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis: EMais, v. 7, 2018.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. In: **Pensar – Revista Jurídica da Unifor**. Fortaleza: v. 13, n. 2, julho-dezembro 2008, p. 264. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/819/1713>>. Acesso em: 01. fev. 2019.

CRUZ, Paulo Márcio.; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio.; STELZER, Joana. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

DALLA CORTE, Thiago.; DALLA CORTE, Thaís. A Democracia no século XXI: crise, conceito e qualidade. In: **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: v. 10, n. 2, maio-agosto 2018. Disponível em: <<http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/178>>. Acesso em: 01. fev. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Volume 2. Teoría de la democracia**. Traducción Perfecto Andres Ibanez y otros. Madrid: Trotta, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Estado de Direito e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OLIVEIRA, Heron José Castro. Estado de direito e estado democrático de direito (estado social): o que há de novo?. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí: Editora Univali, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 01.fev.2019.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de.; MARCOS, Rudson. Da formação do Estado de Direito à concretização da Democracia substancial: diálogo com os postulados democráticos idealizados por Luigi Ferrajoli. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de.; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Coleção Princípios de Direito Constitucional e Política do Direito**

**Tomo 03 – Direito, Democracia e Constitucionalismo.** Itajaí: Editora Univali, 2017.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política: política e sociedade na modernidade tardia.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 13.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

## SEGUNDA SEÇÃO

### PEÇA HISTÓRICA

# A AÇÃO DA DÍVIDA PÚBLICA<sup>1</sup>

João dos Passos Martins Neto<sup>2</sup>

Em 19 de fevereiro de 2016, a Procuradoria Geral do Estado protocolou no Supremo Tribunal Federal a petição inicial do Mandado de Segurança nº 3402. Em síntese, a ação dizia respeito à bilionária dívida do Estado de Santa Catarina com a União Federal e questionava, em relação ao recálculo do saldo devedor para fins de determinação do valor de um desconto que estava legalmente imposto, os critérios estabelecidos pelo Decreto nº 8.616/2015, expedido pela Presidência da República como ato de regulamentação da Lei Complementar nº 148/2014. O argumento central da ação era o de que o Decreto nº 8.616/2015, ao adotar metodologia baseada na capitalização composta de juros, contrariava a Lei Complementar nº 148/2014, que mandava aplicar juros simples ao utilizar a expressão *variação acumulada da Taxa Selic*.

Começava a batalha na Suprema Corte. A intenção precípua era obter uma decisão judicial que determinasse às autoridades federais impetradas o recálculo do saldo devedor sem incidência de juros compostos. A controvérsia estava envolta em um contexto de grande expressão econômica. No final dos anos 90, a União assumira e financiara a dívida pública dos Estados, deles se tornando credora. Passadas mais de duas décadas, em 2014, a dívida catarinense, em números arredondados, tinha o seguinte perfil: o Estado havia tomado R\$ 5 bilhões de reais, vinha pagando uma parcela mensal próxima de R\$ 90 milhões, havia pago R\$ 13 bilhões até então e devia, ainda, R\$ 9 bilhões. Internamente, havia a projeção de que, com a adoção do método da Selic acumulada, o saldo devedor fosse reduzido enormemente, podendo mesmo vir a ser constatado inexistente.

A imprensa local batizou o argumento jurídico do Estado como “a tese de Santa Catarina”, numa referência a um produto que, de um lado, caracterizava-se como típico por ser originário de nossa terra e, por outro, despontava nacionalmente como item de exportação, atraindo o interesse das demais unidades da

<sup>1</sup> Texto da versão eletrônica foi atualizado em 16/12/2019.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Vale do Itajaí (1986), graduação em Jornalismo pela Universidade Federal de Santa Catarina (1985), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001). Realizou pós-doutorado na Universidade de Columbia (NY, EUA) em 2007-2008 e na Universidade de Berkeley (CA, EUA) em 2018. É professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e Procurador do Estado de Santa Catarina. É membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas. Foi Procurador Geral do Estado de Santa Catarina entre 2011 e 2017.

federação. A tese contou com o reforço de um extenso parecer do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, um trunfo valioso no duelo entre Davi e Golias que se iniciava. Cabe sublinhar, a propósito, que a Presidente da República e o Ministro da Fazenda compunham o polo passivo da ação mandamental, vale dizer, estavam entre as autoridades federais impetradas e cujos atos eram impugnados como ilegais.

Discutida entre a Procuradoria Geral do Estado e a Secretaria de Estado da Fazenda em longas reuniões preparatórias durante o mês de janeiro de 2016, sob a supervisão do Governador do Estado Raimundo Colombo, a tese de Santa Catarina acabou por ser desenvolvida em seus pormenores e convertida em peça jurídica por obra do Procurador do Estado Jair Augusto Scrocaro, que integrava o núcleo carinhosamente apelidado entre nós como o BOPE/PGE (Batalhão de Operações Especiais do Gabinete do Procurador Geral do Estado). Quando se aproximava o Dia D do ajuizamento, Jair compartilhou o trabalho com o grupo diretamente envolvido, e Bruno de Macedo Dias e Ricardo Della Giustina deram então contribuições importantes à versão final.

A peça produzida era a petição inicial de um mandado de segurança, uma modalidade de ação judicial que se sabe de cabimento restrito, sobretudo por não comportar dilação probatória. Dada a complexidade da causa, o indeferimento liminar sob o fundamento de inadequação da via eleita era uma possibilidade real. Sabíamos disso, mas escolhemos arriscar. A propositura de uma ação ordinária provavelmente teria o mesmo destino da ACO nº 444<sup>3</sup>, em que o Estado de Santa Catarina, não tendo obtido uma liminar favorável, aguarda há quase 30 anos por uma sentença do Supremo Tribunal Federal na conhecida contenda com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Estado do Paraná e o Estado de São Paulo em torno dos royalties da exploração do petróleo em águas catarinenses. O rito célere do mandado de segurança abria um horizonte mais animador, de modo que cuidadosamente procuramos circunscrever a abordagem jurídica de modo a compatibilizar a pretensão e o processo.

Em que pese o meticuloso trabalho de composição da petição inicial, o Ministro Edson Fachin liquidou a ação rapidamente por decisão monocrática, dando por incabível o mandado de segurança justamente ao fundamento de que a solução do litígio estaria a exigir dilação probatória. Era um golpe duro, mas não inesperado, que fez surgir um novo dilema. Era preciso decidir entre interpor recurso ao plenário

3 Em 04 de outubro de 1991, o Estado de Santa Catarina ajuizou a Ação de Retificação de Demarcação do Limite Interestadual Marítimo entre os Estado de Santa Catarina e Paraná contra a Fundação IBGE, tendo como litisconsortes passivos necessários o Estado do Paraná e o Estado de São Paulo (cuja “divisa” serão alteradas caso procedente a ação). A ação, ajuizada no Supremo Tribunal Federal, questiona os critérios técnicos adotados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE para o traçado das “divisas” marítimas entre o Estado Santa Catarina e o Estado do Paraná. Este traçado é determinante para se aferir qual unidade federal terá direito à percepção dos *royalties* decorrentes da exploração de petróleo nos campos contíguos à costa. Cumpre registrar que o processo judicial foi precedido de intensas diligências administrativas do Governo de Santa Catarina junto à presidência daquela fundação, especialmente em janeiro de 1987, quando foi solicitada a revisão do critério utilizado pelo IBGE para definir a localização das reservas e consequente pagamento de *royalties*.

do Supremo Tribunal Federal (de difícil provimento segundo as estatísticas de casos semelhantes) ou esquecer a ação mandamental e ajuizar uma ação ordinária (ameaçada de ser deixada às calendas gregas). A Procuradoria Geral do Estado optou por recorrer. O Procurador do Estado Fernando Alves Filgueiras redigiu a petição de agravo e o Procurador do Estado Sérgio Laguna Pereira elaborou os memoriais para o julgamento. Em uma sessão memorável, em 7 de abril de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por 9 votos a 2, acolheu o recurso para reformar a decisão do Ministro Fachin e admitir o mandado de segurança, concedendo ainda liminar para assegurar o cálculo do saldo devedor da dívida catarinense segundo os parâmetros defendidos pelo Estado.

O êxito catarinense, embora provisório, gerou a proliferação de ações idênticas por parte de outras unidades federadas em situação análoga e o deferimento de liminares de igual teor por despachos monocráticos de diferentes relatores. Até São Paulo, que antes se mostrara reticente em relação à questão, acabou entrando na briga. A “tese de Santa Catarina”, mesmo acolhida pelo Supremo Tribunal Federal somente a título precário, tornara-se o fator determinante de um litígio generalizado entre a União Federal e os Estados-Membros relativamente ao problema da dívida pública num contexto de grave recessão econômica. Um dos maiores conflitos federativos da vida nacional estava instalado no Supremo Tribunal Federal - o Tribunal da Federação – a partir de um movimento político e administrativo de resistência a um quadro percebido como de injustiça contratual e de excessos praticados pelo poder central.

Em 27 de abril de 2016, a matéria retornou ao plenário do Supremo Tribunal Federal para a apreciação de recursos posteriormente interpostos pela Advocacia Geral da União. Como Procurador-Geral na ocasião, eu tive a honra e a responsabilidade de sustentar oralmente as razões do Estado de Santa Catarina na tribuna da Suprema Corte. Durante a sessão, também falaram os Procuradores-Gerais dos Estados do Rio Grande do Sul Euzébio Fernando Ruschel e de Minas Gerais Onofre Alves Batista Junior. De maneira articulada, procuramos defender a causa de todos os Estados. Naquele dia, porém, acabou por prevalecer a alternativa da busca de uma solução não-adversarial, por proposta do Ministro Luís Roberto Barroso. O Governo Federal tinha, afinal, munção para tentar reverter as liminares, e a tese dos Estados não era infalível. Os processos foram então suspensos para que as partes pudessem chegar a uma solução negociada. Terminava a pugna judicial. O assunto estava agora devolvido à esfera política.

Meses mais tarde, em junho, um acordo acabou por ser alcançado, talvez não o ideal, mas certamente o possível nas circunstâncias. Os principais pontos diziam respeito ao alongamento do prazo da dívida dos Estados por mais 20 anos, a suspensão do pagamento das parcelas mensais até o fim de 2016 e a sua retomada a partir de janeiro de 2017 de forma suave, ou seja, na base de 5,55% do valor total da parcela, com aumento gradual de 5,55 pontos percentuais por 18 meses até atingir 100% o

valor da parcela original. Estimativas da época apontavam que os Estados deixariam de pagar à União cerca de R\$ 50 bilhões até 2018. Em meio à maior recessão da história do Brasil e à aguda crise financeira dos Estados, alguns em situação falimentar, a ação da dívida pública acabou por conduzir a um desfecho que ajudou a nação a atravessar a tormenta.

## EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*“Ora, ao prever como critério de aferição dos descontos do saldo devedor do Estado para com a União um método distinto daquele previsto na lei, o que fez o Decreto nº 8.616/2015? Desbordou dos limites tão estritos quanto benfazejos da Lei Complementar nº 148/14. Entrou em rota de colisão frontal com o seu conteúdo material e, mais do que isso, com a sua declarada e essencial finalidade: reduzir o nível de endividamento das unidades federadas.”*

*[Carlos Ayres Britto – Parecer Jurídico em anexo]*

**ESTADO DE SANTA CATARINA**, pessoa jurídica de direito público interno, por intermédio dos Procuradores que a presente subscrevem, todos com endereço profissional na Av. Prefeito Osmar Cunha, n. 220, Centro, Florianópolis-SC, vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, e na Lei 12.016, de 2009, impetrar o presente

### **MANDADO DE SEGURANÇA (COM PEDIDO LIMINAR)**

visando a proteger direito líquido e certo em face de atos praticados (ou em via de serem praticados) pela **EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, que poderá ser notificada na Esplanada dos Ministérios, Edifício Palácio do Planalto, Presidência da República, Gabinete da Presidência; pelo **EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA**, que poderá ser notificado na Esplanada dos Ministérios, Edifício do Ministério da Fazenda, Gabinete do Ministro; pelo **EXCELENTÍSSIMO SENHOR SECRETÁRIO DO TESOUREO NACIONAL** e pelo **EXCELENTÍSSIMO SENHOR COORDENADOR-GERAL DE HAVERES FINANCEIROS DA SECRETARIA DO TESOUREO NACIONAL**, que poderão ser notificados na Esplanada dos Ministérios, Edifício Sede do Ministério da Fazenda, Bloco P, Gabinete do Secretário; e pelo **EXCELENTÍSSIMO SENHOR GERENTE GERAL DA AGÊNCIA SETOR PÚBLICO FLORIANÓPOLIS/SC DO BANCO DO BRASIL**, que poderá ser notificado na Rodovia SC-401, Km. 5, 4756, 2º Andar, Bloco 01, Centro Empresarial Office Park, Saco Grande, Florianópolis-SC.

## 1. FATOS CONTEXTUALIZADOS

Publicada em 12 de setembro de 1997, a Lei federal 9.496 estabeleceu critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal.

Amparados no diploma em questão, União e Estado de Santa Catarina, no dia 31/03/1998, firmaram o Contrato n. 012/98/STN/COAFI (doc. anexo), por intermédio do qual o ente federal assumiu e refinanciou a dívida pública catarinense vigente à época.

Com o passar do tempo, as partes, sempre pautadas na Lei 9.496/97, firmaram uma série de novos ajustes – essencialmente aditivos contratuais –, os quais, juntos, indicam a totalidade da dívida do Estado de Santa Catarina consolidada e assumida pela União.<sup>1</sup>

Submetendo-se às regras do refinanciamento, seguiu-se que o Estado, a partir dessas transações, tornou-se devedor da União. As condições de pagamento, reproduzidas nos contratos, foram previstas nos incisos I e II do artigo 3º da Lei 9.496/97, *in verbis*:

Art. 3º Os contratos de refinanciamento de que trata esta Lei serão pagos em até 360 (trezentos e sessenta) prestações mensais e sucessivas, calculadas com base na Tabela Price, vencendo-se a primeira trinta dias após a data da assinatura do contrato e as seguintes em igual dia dos meses subsequentes, observadas as seguintes condições:

I - **juros**: calculados e debitados mensalmente, à taxa mínima de **seis por cento ao ano**, sobre o saldo devedor previamente atualizado;

II - **atualização monetária**: calculada e debitada mensalmente com base na variação do **Índice Geral de Preços–Disponibilidade Interna (IGP-DI)**, calculado pela Fundação Getúlio Vargas, ou outro índice que vier a substituí-lo.

É evidente que esses critérios de indexação imaginados no final da década de noventa, ao longo dos anos, distanciaram-se completamente da realidade macroeconômica do país, circunstância que onerou em demasia a posição assumida pelo devedor. Não bastando, a dívida dos entes da Federação tornou-se impagável devido à crescente e insaciável demanda orçamentária para atendimento das mais diversas obrigações sociais incrementadas desde então.

Dentro desse cenário de “quase insolvência republicana”, no final de 2014, o Congresso Nacional aprovou e a Presidência da República sancionou a Lei Complementar 148, de 25 de novembro de 2014 – estatuto criado sob a luz da promessa de tornar-se, de uma vez por todas, liquidável o passivo financeiro dos Estados e Municípios.

A proposta legal enunciou, basicamente, duas medidas para tornar a dívida pública administrável. A primeira: alterou os indexadores dos contratos; e a segunda: estabeleceu um desconto a ser aplicado ao saldo devedor. Ambas as providências visavam a corrigir distorções históricas. Confira-se, a respeito, o seguinte fragmento da exposição de motivos da LC 148/14:

Atualmente, as taxas de juros reais da economia brasileira situam-se em patamar

<sup>1</sup> Aproximadamente R\$ 4,1 bilhões de reais, conforme item 14 da NT003/2016 (anexa).

substancialmente inferior ao da época. Em 2011, a taxa Selic foi de 9,78%, enquanto a atualização monetária acrescida de juros dos contratos com Estados e Municípios variou entre 17,98% e 21,32%. Essa discrepância tem acarretado dificuldades para que os referidos entes federativos cumpram seus compromissos financeiros, econômicos e sociais.

É, no mínimo, lastimável constatar que a União, agindo como verdadeiro banco privado, pôde alavancar recursos para si no mercado financeiro ao custo de taxas colossalmente menores do que as exigidas de seus devedores públicos, os Estados e o Distrito Federal.

Então, para solucionar o *déficit* público, a Lei Complementar 148/2014 promoveu a equalização dos critérios. A partir da vigência da norma em estudo, em especial de seu artigo 2º, os encargos contratuais, além de sofrerem discreto decréscimo, não poderão mais superar a variação da taxa Selic. Veja-se a redação original do preceito:

Art. 2º É a União autorizada a adotar, nos contratos de refinanciamento de dívidas celebradas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com base, respectivamente, na Lei no 9.496, de 11 de setembro de 1997, e na Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001, e nos contratos de empréstimos firmados com os Estados e o Distrito Federal ao amparo da Medida Provisória no 2.192-70, de 24 de agosto de 2001, as seguintes condições, aplicadas a partir de 1º de janeiro de 2013: :

I–juros calculados e debitados mensalmente, à taxa nominal de 4% a.a. (quatro por cento ao ano) sobre o saldo devedor previamente atualizado; e

II–atualização monetária calculada mensalmente com base na variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo.

§ 1º Os encargos de que trata o caput ficarão limitados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para os títulos federais.

§ 2º Para fins de aplicação da limitação referida no § 1º, será comparada mensalmente a variação acumulada do IPCA + 4% a.a. (quatro por cento ao ano) com a variação acumulada da taxa Selic.

§ 3º O IPCA e a taxa Selic estarão referenciados ao segundo mês anterior ao de sua aplicação.

A outra providência essencial trazida pela legislação diz respeito à dívida total acumulada, já que, como se disse anteriormente, a obrigação consolidada dos entes federados tornou-se impagável<sup>2</sup>. Assim, a LC 148/14 não se limitou a corrigir, para o futuro, as distorções relativas aos indexadores contratuais. Também impôs a realização de desconto sobre o passivo total dos devedores, conforme dicção de seu artigo 3º:

Art 3º É a União autorizada a conceder descontos sobre os saldos devedores dos contratos referidos no art. 2o, em valor correspondente à diferença entre o montante do saldo devedor existente em 1o de janeiro de 2013 e aquele apurado utilizando-se a variação acumulada da taxa Selic desde a assinatura dos respectivos contratos, observadas todas

<sup>2</sup> Apenas a título de exemplo (até porque aferição de cálculos não integra a causa de pedir da presente ação), até o mês de agosto de 2015, o Estado de Santa Catarina pagou à União o equivalente a R\$12,6 bilhões e ainda possui um saldo devedor de R\$8,7 bilhões. Os números assustam sobretudo porque o valor do refinanciamento assumido pelo ente estadual foi de R\$4,1 bilhões. Em resumo, o Estado recebeu R\$4 bilhões, pagou R\$12 bilhões e ainda deve R\$8 bilhões!–V. NT 003/2016 em anexo.

as ocorrências que impactaram o saldo devedor no período. [redação original]

Os novos parâmetros legais – indexadores e desconto – deveriam constar de aditivo contratual a ser firmado entre as partes, conforme estabeleceu o artigo 4º da LC148/14:

Art. 4º Os efeitos financeiros decorrentes das condições previstas nos arts. 2º e 3º serão aplicados ao saldo devedor, mediante aditamento contratual.

Logo após a publicação da Lei, o Estado de Santa Catarina tentou insistentemente a promoção do aditivo contratual. Comprova a afirmação a cadeia de mensagens eletrônicas em anexo, trocadas entre o Diretor de Captação de Recursos e da Dívida Pública da Secretaria da Fazenda, Sr. Wanderlei Pereira das Neves, e o Coordenador-Geral de Haveres Financeiros da STN–Secretaria de Tesouro Nacional. As respostas da STN foram uníssonas, no sentido de que não haveria aditivo antes da regulamentação legal.

É dizer, não obstante a obrigação expressa em Lei, a União manteve-se inerte, recusando-se a deliberar sobre os aditivos contratuais. Esse comportamento não mirou exclusivamente o Estado de Santa Catarina. Atingiu, também, os demais entes da Federação, que igualmente aguardavam a execução dos termos previstos na LC 148/14.

A letargia da União, notória e geral, tornou-se insustentável. Por isso, no dia 05/08/2015, chega ao ordenamento jurídico a Lei Complementar n. 151/15. A norma, alterando alguns dispositivos da LC 148/14, disse o óbvio: os aditivos não dependem de regulamentação. E mais: a União deve promovê-los até 31/01/16, sob pena de sujeitar-se aos cálculos dos próprios devedores.

Referida alteração foi estabelecida com a criação, pela LC 151/15, de um parágrafo único ao artigo 4º da LC 148/14, com esta redação:

Art. 4º [...]

Parágrafo único. A União terá até **31 de janeiro de 2016** para promover os aditivos contratuais, **independentemente de regulamentação, após o que o devedor poderá recolher, a título de pagamento à União, o montante devido, com a aplicação da Lei**, ficando a União obrigada a ressarcir ao devedor os valores eventualmente pagos a maior. (Incluído pela Lei Complementar nº 151, de 2015)

Porém, a nova ordem legal, por incrível que pareça, não alterou em nada a realidade, mesmo após o envio de nova mensagem eletrônica à Secretaria do Tesouro Nacional (doc. anexo). É até difícil de acreditar, mas os agentes da União permaneceram totalmente inertes, recusando-se a iniciar o diálogo para a consolidação dos aditivos.

Com a aproximação do prazo final para assinatura dos ajustes (31/01/2016), a Presidente da República, **no dia 29/12/2015**, véspera dos feriados de ano novo, resolveu editar o Decreto 8.616/2015 para regulamentar a LC 148/2014.

Recorde-se que a LC 151/15, desde **agosto de 2015**, já havia enfatizado que a regulamentação era desnecessária. Mesmo assim, **passados quase cinco meses**, nasce o citado Decreto, estabelecendo, em seu artigo 2º, §1º, as condições para assinatura dos aditivos. A exorbitância de tais exigências escancarou a intenção do credor de protelar

a confecção dos aditivos, ou, ao menos, de pressionar os devedores a concordarem com a primeira proposta federal, sob pena de perderem os benefícios legais nas próximas parcelas. Confira-se<sup>3</sup>:

Art. 2º A adoção das condições previstas no art. 2º da Lei Complementar nº 148, de 2014, e a concessão do desconto de que trata o art. 3º da referida Lei serão efetivadas pela União mediante a celebração de termos aditivos aos contratos firmados entre a União e os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios.

§ 1º A celebração dos termos aditivos de que trata o caput deverá observar previamente as seguintes condições, além de outras previstas em lei:

I–autorização legislativa;

II–desistência expressa e irrevogável de ação judicial que tenha por objeto a dívida ou o contrato com a União sobre o qual incidam as condições previstas nos arts. 2º a 4º da Lei Complementar nº 148, de 2014, e renúncia a quaisquer alegações de direito relativas à referida dívida ou contrato sobre as quais se funda a ação;

III–celebração, com o agente financeiro da União responsável pelos contratos de que trata este Capítulo, de Termo de Convalidação de Valores, por meio do qual deverão ser declarados a certeza, a liquidez e o montante do saldo devedor remanescente do contrato a ser aditado; e

IV–cumprimento dos limites e demais condições a que se refere o art. 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, observada, quando for o caso, a excepcionalidade prevista no § 7º do art. 7º da Resolução nº 43 do Senado Federal, de 21 de dezembro de 2001.

[...]

Pois bem, no dia **14/01/2016**, faltando aproximadamente **15 dias para o prazo final de assinatura dos aditivos**, o Governador do Estado de Santa Catarina recebeu do Banco do Brasil, agente financeiro da União, o ofício n. 014/2016, subscrito pelo Gerente Geral da Agência Setor Público de Florianópolis-SC, Sr. Adilson Raulino Pflieger. O documento (anexo) encaminhou cálculos preliminares de desconto e exigiu uma série de providências para que Santa Catarina pudesse fazer jus ao benefício legal.

Percebendo que o Banco do Brasil utilizou o método da capitalização composta (anatocismo) em suas contas preliminares, já no dia posterior (15/01/2016), o Secretário da Fazenda do Estado de Santa Catarina, Sr. Antônio M. Gavazzoni, respondeu o expediente por intermédio do Ofício SEF /GABS n. 031/2016 (anexo), solicitando esclarecimentos quanto à metodologia de cálculo e o embasamento legal.

O Banco do Brasil respondeu ao questionamento somente em 26/01/2016, ou seja, **há 05 dias do prazo final para assinatura do aditivo**, valendo-se do Ofício n. 057/2016 (anexo), pelo qual limitou-se a ponderar que os cálculos foram elaborados com base no famigerado Decreto 8616/2015.

No dia seguinte (27/01/2016), o Secretário de Estado da Fazenda encaminhou novo expediente ao Banco (ofício n. 059/2016), salientando que os cálculos preliminares estariam, de fato, equivocados. As razões, basicamente, foram as seguintes:

<sup>3</sup> Salienta-se que em 11/02/2016, quando já consumado o prazo para assinatura dos aditivos contratuais, o Decreto n. 8.665/2016 revogou os incisos I, II e IV do dispositivo em estudo.

- 1) A Lei Complementar 148/2015 estipulou a concessão de **desconto** sobre o saldo devedor e os cálculos preliminares, paradigmas do desconto, indicaram valor **maior do que o próprio saldo devedor**;
- 2) A planilha preliminar indicou variação da taxa SELIC diferente daquela divulgada pelo Banco Central do Brasil;
- 3) O método da capitalização composta não foi previsto em Lei;
- 4) O Banco incorporou juros de mora à base de cálculo, sem identificação das parcelas e a respectiva data de incorporação; e
- 5) A planilha do Banco do Brasil **desconsiderou pagamentos** já efetuados pelo próprio Estado referentes à dívida refinanciada pela União.

Ao mesmo tempo em que respondeu ao Banco do Brasil, o Secretário de Estado da Fazenda, ainda no dia 27/01/2016, também encaminhou o Ofício SEF/GABS n. 0071/2016 ao Secretário do Tesouro Nacional (doc. incluso), solicitando providências para que a metodologia do cálculo de desconto não considerasse a sistemática da capitalização composta.

Nenhum dos dois últimos ofícios foi respondido. Conclusão, o dia 31/01/2016 passou e a União **não firmou** o termo aditivo com o Estado de Santa Catarina. Isso quer dizer que o Impetrante não usufruirá qualquer benefício legal no próximo vencimento de sua dívida, **que ocorrerá em 29/02/2016**.

A situação desenha-se da seguinte forma. A Lei Complementar 148 foi editada em novembro de 2014. Passados praticamente quase **14 (quatorze) meses**—e faltando **16 dias para o prazo final** da assinatura do aditivo –, o Estado de Santa Catarina recebe, **pela primeira vez**, os cálculos **preliminares** contendo a conta que balizará o desconto de seu saldo devedor. O ente estadual, mesmo encontrando equívocos internos nesses cálculos (desconsideração de pagamentos, índices equivocados) **sequer teve a chance** de discuti-los. **Os impetrados suprimiram qualquer chance de participação de Santa Catarina nas tratativas do aditivo contratual**.

Como o aditivo não aconteceu, caberia ao Estado, então, pagar o valor com os novos parâmetros legais, usando, para tanto, a prerrogativa prevista no parágrafo único do artigo 4º da LC 148/14, na redação conferida pela LC 151/15. Mas, também nessa seara, o Decreto 8616/2015, exorbitando os termos da Lei, trouxe exigências que fulminam totalmente a prerrogativa legal do devedor. Este é o teor de seu artigo 5, “caput”:

Art. 5º A partir de 1º de fevereiro de 2016, nas situações em que não tenha sido celebrado o termo aditivo a que se refere o art. 4º da Lei Complementar nº148, de 2014, por atraso imputável exclusivamente à União, ficará o Estado, o Distrito Federal ou o Município contratante, desde que tenha cumprido todos os requisitos para o aditamento, autorizado a **pagar os valores preliminarmente apurados e informados pelo agente financeiro** nos termos dos arts. 2º a 4º da referida Lei Complementar.

Veja-se então, que a União somente consentirá com o pagamento com base nos novos parâmetros legais se este respeitar justamente a conta preliminar oferecida pelo Banco do Brasil. Aquela mesma, que não veicula desconto algum, que capitaliza, que possui erros intrínsecos e em face da qual o Impetrante sequer teve a chance de

impugnar ou obter resposta fundamentada sobre suas indagações!

O artigo 4º, parágrafo único, da LC 148/14, não previu nada disso. Mencionou, apenas, que a União deveria promover o aditivo até 31/01/2016. Se não cumprisse sua obrigação, deveria sujeitar-se aos cálculos realizados com os novos parâmetros legais. **O Decreto, desrespeitando os limites legais, impõe a absurda adoção dos cálculos preliminares da própria União, em face dos quais o devedor sequer teve o direito de manifestação.**

O Impetrante não pode agir como se o artigo 5º do Decreto 8616/15 simplesmente não existisse. Comportando-se assim, estará sujeito às gravíssimas conseqüências do “inadimplemento” contratual, entre as quais o bloqueio de recursos do Estado decorrentes das transferências federais, e outros, **nos termos da Cláusula Décima Sexta do Contrato 12/98/STN/COAFI**.

O Estado busca, então, seu direito de efetuar o pagamento devido, nos termos do artigo 4º, parágrafo único, da LC 148/2014, sem que o exercício dessa prerrogativa legal lhe acarrete conseqüências sancionatórias.

O Impetrante também registra que, cedo ou tarde, o aditivo contratual deverá acontecer. Mas, pela leitura do Decreto 8616/2015 e pelos expedientes do Banco do Brasil (anexos), constata-se que, **ao arrepio da Lei, as autoridades impetradas pautam (e continuarão pautando) sua metodologia de cálculo com base no sistema da capitalização composta de juros—critério não previsto em Lei e que também deve ser afastado por essa Colenda Corte de Justiça.**

## 2. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A competência para apreciar e julgar o presente Mandado de Segurança deve ser afirmada por esse Colendo Supremo Tribunal Federal. A conclusão se justifica não apenas pela qualidade jurídica das autoridades impetradas, mas, **principalmente**, pelo **conflito federativo** adjacente à lide. Em hipóteses dessa magnitude, independentemente das partes em litígio, prepondera o disposto no artigo 102, I, f, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

EMENTA: Supremo Tribunal Federal: competência originária: **mandado de segurança** em que autarquia federal (OAB) controverte com Estado-membro, pelo órgão mais alto de um dos seus poderes, o Tribunal de Justiça, sobre suas respectivas atribuições constitucionais (questão relativa ao “quinto constitucional”): **controvérsia jurídica relevante sobre demarcação dos âmbitos materiais de competência de entes que compõem a Federação, que atrai a competência originária do Supremo Tribunal (CF, art. 102, I, f)**; precedentes

(MS 25624 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2005, DJ 10-08-2006 PP-00020 EMENT VOL-02241-03 PP-00390)

No caso, é nítido que a causa tem a dimensão de conflito federativo. O tema nuclear desta ação mandamental gira em torno da bilionária e histórica dívida que o Estado de Santa Catarina possui em face da União. A decisão a ser proferida haverá de

repercutir sobre a capacidade do Estado-Membro de honrar os graves encargos e deveres que lhe estão impostos no quadro de repartição das competências constitucionais (especialmente, as comuns, ou materiais, executivas). Além disso, a ação busca prevenir atos ilegais iminentes, que estão por emanar de autoridades federais em contradição com leis complementares à Constituição Federal, editadas, a sua vez, justamente para debelar o mais palpável e atual problema da federação brasileira, a dívida pública dos Estados.

Cabe destacar que, conforme ficará demonstrado, as autoridades impetradas, além de não promoverem o aditivo contratual estipulado pela LC 148/2014, pretendem impor método capitalizado para o recálculo do saldo devedor da dívida pública. O conflito pode resultar, assim, entre outras graves consequências, em sanções administrativas, tais como bloqueio de recursos de transferências federais, aplicáveis ao Estado de Santa Catarina pelos representantes da União. Nessa hipótese, o Estado corre o risco de ter prejudicadas as condições de responder pelo exercício das obrigações que lhe cabem no âmbito da federação, inclusive no que toca à satisfação dos direitos fundamentais do povo. Logo, é patente o risco de desestabilização do pacto federativo.

### 3. OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA

O presente mandado de segurança objetiva, em primeiro lugar, impedir que os impetrados continuem no propósito de formular e impor ao Estado de Santa Catarina proposta de aditivo contratual pautado na arbitrária e ilegal regulamentação constante do Decreto Executivo 8.616/2015, que contem abusivo método de capitalização da taxa SELIC, em desacordo com a Lei Complementar 148/2014.

Nesse ponto, a propósito, vale salientar que o Excelentíssimo Senhor Gerente Geral da Agência Setor Público Florianópolis/SC do Banco do Brasil, autoridade coatora competente para a elaboração material dos cálculos, anuiu com a ocorrência da capitalização quando, em resposta ao questionamento realizado pelo Estado de Santa Catarina através do Ofício SEF/GABS nº 031/2016 (anexo), simplesmente respondeu que estaria respeitando os termos do referido decreto regulamentador, por meio do Ofício 057/2016 (anexo). Diante dessa alegação, o Estado reafirmou sua posição e solicitou novos esclarecimentos pelo Ofício SEF/GABS nº 059/2016 (anexo), sendo que não obteve mais qualquer resposta. A Secretaria do Tesouro Nacional, por sua vez, quando questionada acerca da capitalização por meio do Ofício SEF/GABS nº 071/2016 (anexo), permaneceu silente, o que também demonstra sua anuência com o indevido método de capitalização.

É importante deixar claro que o Estado de Santa Catarina, com este *mandamus*, **NÃO visa à aferição de regularidade de cálculos**, mas apenas o afastamento de metodologia criada e em via de ser utilizada pelos Impetrados para a concessão do desconto a que se refere o artigo 3º da LC 148/14. Em outras palavras, a ação cuida de fato incontroverso alusivo à **maneira** do processamento do desconto, e não ao valor que este propriamente deva revelar.

Em segundo lugar, preventivamente, o remédio constitucional visa a ordenar às autoridades coatoras que se abstenham de impor qualquer sanção ao Impetrante,

especialmente aquelas previstas na Cláusula Décima Sexta do Contrato 12/98/STN/COAFI ou o bloqueio de recursos de transferências federais, pelo exercício da faculdade constante do parágrafo único do artigo 4º da LC 148/14<sup>4</sup>, que lhe garante o direito ao cálculo e pagamento da dívida pública com fulcro nos novos parâmetros previstos em seus dispositivos, enquanto não promovido o aditivo contratual.

Tal ordem mandamental mostra-se fundamental na medida em que os impetrados, conforme relatado no item anterior, vêm demonstrando o nítido intuito de procrastinar a celebração do termo aditivo. E mais grave, externaram evidente intenção de afrontar o dispositivo citado acima no Ofício nº 014/2016 (anexo), enviado pelo Banco do Brasil ao Sr. Governador do Estado, a seguir:

7. Na hipótese do ente público não conseguir reunir todas as condições exigidas para a celebração do termo Aditivo de que trata o art. 4º da LC 148/2014 até o dia 31/01/2016, a STN esclarece que as condições contratuais vigentes permanecerão sendo aplicadas até o aditamento contratual, sem prejuízo da realização do necessário encontro de contas, conforme condições preconizadas na LC 148/2014.

Portanto, a parte impetrada pretende que o Estado de Santa Catarina continue a efetivar os pagamentos com base nas regras contratuais antigas, mais onerosas, até a efetiva celebração do termo aditivo, sendo que vem adotando os diversos atos omissivos e comissivos já relatados para adia-la. O parágrafo único do art. 4º da LC 148/2014, no entanto, prevê exatamente o contrário, (...) *que o devedor poderá recolher, a título de pagamento à União, o montante devido, com a aplicação da Lei, ficando a União obrigada a ressarcir ao devedor os valores eventualmente pagos a maior.* Em outras palavras, a lei complementar permite que o Estado de Santa Catarina, doravante, efetue os pagamentos da dívida com base nos novos parâmetros legais, até que a União promova o termo aditivo, ocasião em que se promoverá o encontro de contas.

### 4. DAS AUTORIDADES COATORAS

Nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei do Mandado de Segurança (12.016/09), o conceito de autoridade coatora engloba tanto aquela que emitiu a determinação para certa providência, como também a que executa concretamente o ato.

Partindo dessa premissa, a primeira impetrada, Excelentíssima Senhora Presidente da República, editou o Decreto Executivo 8616/2015, que veicula regulamentação de **operatividade imediata, concreta** e totalmente incompatível com os termos da Lei regulamentada (LC 148/2014), tanto que todas as demais autoridades coatoras, subordinadas, passaram a expedir ordens, orientações, atos e omissões em estrita observância à regulamentação, as quais acabam por afrontar direito líquido e certo do Estado de Santa Catarina de ver sua dívida com a União repactuada conforme os termos da nova

<sup>4</sup> Art. 4º Os efeitos financeiros decorrentes das condições previstas nos arts. 2º e 3º serão aplicados ao saldo devedor, mediante aditamento contratual.

PARÁGRAFO ÚNICO. A UNIÃO TERÁ ATÉ 31 DE JANEIRO DE 2016 PARA PROMOVER OS ADITIVOS CONTRATUAIS, INDEPENDENTEMENTE DE REGULAMENTAÇÃO, APÓS O QUE O DEVEDOR PODERÁ RECOLHER, A TÍTULO DE PAGAMENTO À UNIÃO, O MONTANTE DEVIDO, COM A APLICAÇÃO DA LEI, FICANDO A UNIÃO OBRIGADA A RESSARCIR AO DEVEDOR OS VALORES EVENTUALMENTE PAGOS A MAIOR. (INCLUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 151, DE 2015)

lei complementar, bem como o colocam em iminente risco de sofrer sanções como o bloqueio de repasses federais e outras decorrentes do inadimplemento.

O segundo impetrado, Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, como responsável pelo programa de refinanciamento da dívida estadual (Lei 9496/1997) e uma vez vinculado aos contratos principais (anexos), é o agente público competente para assinar os respectivos aditivos, os quais deverão veicular os novos indexadores e o desconto da dívida pública (art. 4º, LC 148/2014). Nessa condição, referida autoridade deve, obrigatoriamente, figurar no polo passivo, a fim de que a ordem mandamental pretendida seja eficaz.

Por sua vez, o Excelentíssimo Senhor Secretário do Tesouro Nacional, juntamente com o Excelentíssimo Senhor Coordenador-Geral de Haveres Financeiros da Secretaria do Tesouro Nacional, conforme se extrai do conjunto probatório e das normas legais que estabelecem suas atribuições, são os coordenadores dos contratos e dos aditivos em questão, cabendo-lhes acompanhá-los e conduzir o processo de celebração, além de orientar o Banco do Brasil na confecção dos cálculos ou em qualquer outro assunto técnico ou jurídico relativo ao pacto contratual. Aliás, como é notório, a Secretaria do Tesouro Nacional pertence à estrutura do Ministério da Fazenda, e é o órgão central do Sistema de Administração Financeira Federal e do Sistema de Contabilidade Federal. A administração dos haveres entre a União e os Estados, no que se inclui a renegociação da dívida, encontra-se no âmbito das atribuições da Secretaria do Tesouro Nacional, nos termos do Decreto n. 92.452/86.

Por fim, o Excelentíssimo Senhor Gerente-Geral da Agência Setor Público Florianópolis/SC do Banco do Brasil, que é o agente financeiro do Tesouro Nacional, é a autoridade responsável pela execução dos contratos relativos aos haveres da União, gerenciando todos eventos financeiros decorrentes e administrando a elaboração e apresentação dos cálculos.

Todas as autoridades apontadas, considerando o encadeamento hierárquico, adotaram as condutas comissivas e omissivas já relatadas, que ensejaram a impetração do presente mandado de segurança, sendo que sua presença em conjunto mostra-se necessária ante a complexidade dos atos e das relações envolvidas na presente questão.

## 5. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - ARTIGO 3º DA LEI COMPLEMENTAR 148/14 - DESCONTO DO SALDO DA DÍVIDA PÚBLICA A SER PAUTADO PELA ACUMULAÇÃO SIMPLES DA TAXA SELIC - IMPROPRIEDADE DA EXIGÊNCIA DE VARIAÇÃO CAPITALIZADA

### 5.1. DESCONTO LEGAL

Como visto linhas acima, à dívida do Estado de Santa Catarina deveria ser empregado um desconto correspondente à diferença entre o saldo devedor do dia 1º de janeiro de 2013 e aquele apurado mediante a confecção de cálculo paralelo, pautado na

“*variação acumulada da taxa Selic*”, nos termos do artigo 3º da LC 148/2014. Viu-se, também, que a efetivação do novo ajuste deverá ser firmado mediante aditivo contratual, consoante redação do artigo 4º do mesmo diploma.

### 5.2. REGULAMENTAÇÃO LEGAL - DESNECESSIDADE - DECRETO 8.616/2015 - AFRONTA AOS DITAMES DA LC 148/2014

Muito embora o artigo 4º em comento, na redação dada pela LC 151/2015, tenha estabelecido que o aditivo deverá ser firmado até 31/01/2016 **independentemente de regulamentação**, a Presidente da República, primeira Impetrada, editou o Decreto 8.616, de 29 de dezembro de 2015, ato que objetivou justamente a regulamentação da Lei Complementar 148/2014, incluindo regras sobre o cálculo do desconto referido no artigo 3º da norma legal. Tais regras, como será demonstrado, **acrescentaram parâmetros não estipulados na Lei** e sequer imaginados pelo legislador.

Reproduzem-se, a seguir, os textos empregados na lei e no Decreto que a “regulamentou”:

#### LC 148/2014

Art. 3º A União concederá descontos sobre os saldos devedores dos contratos referidos no art. 2º, em valor correspondente à diferença entre o montante do saldo devedor existente em 1º de janeiro de 2013 e aquele **apurado utilizando-se a variação acumulada da taxa Selic desde a assinatura dos respectivos contratos**, observadas todas as ocorrências que impactaram o saldo devedor no período.

#### DECRETO 8.616/2015

Art. 3º Para fins da aplicação das condições previstas no art. 2º da Lei Complementar nº 148, de 2014, a partir de 1º de janeiro de 2013, deverão ser observados os seguintes parâmetros:

I–o desconto de que trata o art. 3º da Lei Complementar nº 148, de 2014, quando aplicável, será apurado conforme a metodologia descrita no Anexo I a este Decreto;

[...]

#### ANEXO I

#### METODOLOGIA DE CÁLCULO DO DESCONTO

$$SD_{SELIC} = \sum_{t=1}^k D_t \times s_t - \sum_{t=1}^k PGTO_t \times s_t$$

$$DESC = SD_{2013} - SD_{SELIC}$$

onde:

$SD_{SELIC}$ : saldo devedor total atualizado pela variação da taxa Selic em 1º de janeiro de 2013;

$t$ : índice do somatório;

$k$ : data de referência do desconto, ou seja, 1º de janeiro de 2013;

$i$ : data de ocorrência de cada  $D_t$  ou de cada  $PGTO_t$ ;

$D_t$ : valores originalmente refinanciados, entregues ao devedor sob a forma de empréstimos, ou acrescidos ao saldo devedor pela incorporação de novas dívidas, liberação de novos recursos, ou aplicação de juros moratórios;

$s_t$ : **fator acumulado da variação da taxa Selic entre a data de ocorrência de cada valor  $D_t$  e de cada valor  $PGTO_t$  e 1º de janeiro de 2013;**

$PGTO_t$ : valor de cada um dos pagamentos efetuados pelo devedor na forma de prestação, amortização extraordinária ou créditos reconhecidos pela União;

$DESC$ : valor total do desconto; e

$SD_{2013}$ : saldo devedor em 1º de janeiro de 2013 calculado de acordo com a metodologia vigente à época.

[sem destaque no original]

Note-se que a Lei utilizou, para o cálculo do desconto, a expressão “*variação acumulada da taxa Selic desde a assinatura dos respectivos contratos*”. É dizer, desde a assinatura dos contratos, o Banco Central do Brasil divulgou inúmeros índices correspondentes à taxa SELIC. A variação acumulada desses índices, ou seja, a soma dessas referências, deveria compor o critério de cálculo. Isso não ocorreu!

O Decreto, pela fórmula acima reproduzida (elemento “st”), traduziu a regra legal como sendo o “*fator acumulado*” do Banco Central **considerado integralmente entre** as datas das dívidas refinanciadas e o dia 1º de janeiro de 2013.

Essa simples constatação comprova que o ato administrativo não foi editado dentro dos limites da Lei. A sentença “**VARIAÇÃO acumulada DESDE UMA data**” não admite mera regulamentação traduzida para “**FATOR acumulado ENTRE DUAS datas**”. Esta última, ao contrário da primeira, consubstancia-se em método de capitalização composta de juros, conforme será demonstrado nos itens a seguir.

### 5.3. EFEITOS DA ALTERAÇÃO DO TEXTO LEGISLATIVO

A engenharia adotada pelo Decreto n. 8.616/15 exerceu desproporcional influência a favor da parte credora. Como será demonstrado, ela permite o emprego do método da capitalização composta. Consequentemente, o cálculo paradigma previsto no artigo 3º da LC 148/15 gera um valor drasticamente maior, mais próximo, portanto, do saldo devedor real. Logo, a diferença entre ambos (desconto legal) é menor, circunstância que onera gravemente a posição do devedor (no caso, a sociedade catarinense).

### 5.4. “FATOR ACUMULADO”-CAPITALIZAÇÃO COMPOSTA

Como já mencionado, o Decreto, concernente à aplicação da Taxa SELIC, trocou a expressão “Variação Acumulada”, prevista na lei, por “Fator Acumulado”. É possível encontrar a construção deste último em ambiente específico do sítio eletrônico do Banco

Central do Brasil<sup>5</sup>. Sua formação pressupõe a capitalização, mês a mês, da taxa SELIC. É dizer, o percentual final do fator acumulado **referenda a sobreposição de cada índice mensal do período sobre as referências anteriores**.

Tomando-se como exemplo o ano de 2013, a tabela a seguir<sup>6</sup> demonstra a evolução mensal do índice e o resultado oferecido pelo “fator acumulado”:

**Índices calculados até o dia 05/12/2013**

Mês	Fator Mensal	Fator Acumulado no Ano
Jan	1,00601440	1,0060143970219480
Fev	1,00492750	1,0109715321327313
Mar	1,00549404	1,0165258467420398
Abr	1,00613646	1,0227637174576896
Mai	1,00598536	1,0288853295692764
Jun	1,00605273	1,0351128985217477
Jul	1,00724092	1,0426080650786623
Ago	1,00710315	1,0500138660403526
Set	1,00713029	1,0575007675718589
Out	1,00810510	1,0660719195277314
Nov	1,00719208	1,0737391890217768
Dez	1,00149956	1,0753493280669972

Note-se que o fator acumulado para o período equivale a “1,0753493280669972”. O número é maior do que a soma simples de todos os índices mensais—que resulta em “1,07288159”. Isso ocorre, como dito, porque o fator acumulado permite a superposição dos índices, mês a mês.

Há uma forma mais precisa para se demonstrar, no caso concreto, o impacto proporcionado pela capitalização inerente ao fator acumulado. A Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina, no dia 27 de janeiro de 2016, editou a Nota Técnica n. 001/2016 (doc. anexo). Adotando todo período contratual (31/03/1998 a 01/01/2013), o documento veicula tabela que contempla comparação entre a “Selic acumulada” e a “Selic Capitalizada” (própria do fator acumulado). Confira-se:

Antes de adentrarmos ao levantamento, *mister* destacar, para fins de comparação, a diferença de percentuais entre o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) acumulado, a taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia—**Selic acumulada** e a taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia—**Selic capitalizada**, de abril de 1998 (contrato de SC foi assinado em 31/03/1998) a dezembro de 2012 (31/12/2012 é a data final para apuração do desconto do saldo devedor, conforme quadro a seguir:

Índice/Taxa	Total <sup>(4)</sup>
IPCA acumulado <sup>(1)</sup>	89,94%
Selic Acumulada <sup>(2)</sup>	219,96%
Selic Capitalizada <sup>(3)</sup>	794,9347%

5 <<http://www.bcb.gov.br/?SELICACUMUL>>. Acesso em 11/02/2016.

6 Esse tipo de tabela comparativa era divulgada no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, no seguinte endereço: <<http://www.bcb.gov.br/?SELICMES>>. Atualmente, a ferramenta encontra-se desabilitada.

Fontes:

<sup>(1)</sup> <http://www.portalbrasil.net>. Acessado em 28/01/2016

<sup>(2)</sup> [www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br). Acessado em 28/01/2016

<sup>(3)</sup> [www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br). Acessado em 28/01/2016.

<sup>(4)</sup> Em relação a Selic capitalizada, apesar do Banco Central do Brasil (BCB) mencionar como “índice de correção no período” 894,9347, este contempla 100% do valor do principal (um inteiro). Assim, deve-se deduzi-lo para fins de aplicação do percentual da Selic capitalizada.

Ainda mais enfático, o item 9 da Nota Técnica n.003/2016 (anexa), esclarece que:

9. Os cálculos apresentados pelo Banco do Brasil utilizaram a taxa Selic capitalizada (juros sobre juros), divulgadas pelo Banco Central do Brasil, totalizando um saldo devedor em 01/01/2013 no montante de R\$ 9.519.546.455,81. O artifício utilizado pela União para aplicar a Selic capitalizada e fazer com que o cálculo lhe favorecesse está contido no Anexo I do Decreto federal nº 8.616/2015, que modifica a regra de cálculo prevista no artigo 3º da LCF nº 148/2015, ao trocar a expressão legal “**variação acumulada da taxa Selic desde a assinatura dos respectivos contratos**” pelo “**fator acumulado da variação da taxa Selic entre a data de ocorrência de cada valor Dt e de cada valor PGTOt e 1º de janeiro de 2013**”. Ao aplicar o fator acumulado na fórmula de cálculo estabelecida no Decreto o Banco do Brasil aplicou a capitalização da Selic, o que fez com que o número apresentado importasse em **R\$ 9.519.546.455,81**, em 01/01/2013, superior portanto ao montante calculado pelas regras contratuais vigentes (IGP-DI mais 6% ao ano) que totalizou **R\$ 8.567.399.851,06**.

Por fim, considere-se um exemplo meramente didático, contendo duas contas. Uma delas contém o “fator acumulado” e a outra o emprego simples dos índices—esta última foi elaborada a partir do site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Parte-se do valor de R\$1.000,00 (mil reais), corrigidos por dez anos, entre 15/04/2004 e 15/04/2015. As planilhas estão em anexo. O resumo é o seguinte:

Fator Acumulado	TJ/SC (fator simples)
R\$ 2.976,22	R\$ 2.095,90

A **mesma SELIC** apresenta resultados diferentes. Depende da metodologia. Se a base for o “fator acumulado”, o montante é expressivamente maior. Sendo o fator simples (também denominado “variação acumulada”), do TJ/SC, a soma é bem menor. Por que? A resposta encontra-se na manifestação do Estado: o fator acumulado capitaliza os índices SELIC, o que permite a sobreposição da parcela de juros.

Constata-se, então, que os Impetrados, ao considerarem os termos do artigo 3º da Lei Complementar n. 148/2014, pretendem impor ao Estado de Santa Catarina cálculo de desconto baseado em metodologia capitalizada que, ao final, oferece índice quase quatro vezes superior àquele, de fato, estabelecido pelo legislador.

## 5.5. A VARIAÇÃO ACUMULADA DA SELIC E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE IDÊNTICO TEOR—RECEITA FEDERAL—PREVIDÊNCIA SO-

## CIAL—INCRA—TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO—JUSTIÇA FEDERAL—JUSTIÇA ELEITORAL

Curioso é que, em relação à mesma SELIC, a própria União adota metodologia diferente, considerando acumulação simples, sem capitalização, para atualização de seu crédito tributário. As informações a seguir foram retiradas do sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil<sup>7</sup>:

Como calcular juros de mora (acréscimos legais)

1º) Calcula-se a alíquota do juro de mora:

· **Soma-se a taxa Selic desde a do mês seguinte ao do vencimento do tributo ou contribuição até a do mês anterior ao do pagamento**, e acrescenta-se a esta soma 1% referente ao mês de pagamento.

· Não há cobrança de juros de mora para pagamentos feitos dentro do próprio mês de vencimento Ex: tributo vence em 14/11, se pagar até 30/11, não pagará juros de mora, apenas a multa de mora.

2º) Aplica-se a taxa do juro de mora sobre o valor do tributo ou contribuição devido.

[sem destaque no texto original – doc. anexo]

A metodologia utilizada pela Receita Federal, portanto, contempla **a soma** dos índices Selic divulgados mensalmente. Não há nesse critério espaço para a capitalização composta das referências. Uma não se sobrepõe à outra para formação do percentual final. Logo, o resultado indicará a mera **variação acumulada da taxa Selic** em determinado intervalo de tempo.

Aspecto de suma importância para a compreensão dos fundamentos trazidos pelo Impetrante é que a lógica adotada pela Receita Federal do Brasil **decorre de interpretação de dispositivos de lei que oferecem regra idêntica àquela contemplada no artigo 3º da LC 148/2014**. Confira-se, a propósito, o conteúdo dos artigos 13 da Lei 9.065/1995 e 13 da Lei 10.522/2002, ambos utilizados pela Receita Federal para atualizar a dívida tributária da União:

### Lei 9.065/1995

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, **os juros** de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, **serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia—SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente**.

### Lei 10.522/2002

Art. 13. O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de **juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia—SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente**, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

<sup>7</sup> <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Pagamentos/pgtoatraso/jurosomora.htm>>. Acesso em 27/01/2016.

Ainda na seara tributária, transcreve-se o artigo 5º, §3º, da Lei Federal 9.065/1995, relativo ao imposto de renda das pessoas jurídicas:

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

[...]

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

A regra da variação acumulada da taxa SELIC (soma simples) é adotada na mesma medida por **inúmeros outros órgãos e entidades brasileiras**. Citam-se, como exemplo, a Previdência Social<sup>8</sup>, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA)<sup>9</sup>, o Tribunal de Contas da União<sup>10</sup>, a Justiça Federal<sup>11</sup> e a Justiça Eleitoral<sup>12</sup>.

Verifica-se que a expressão “Selic acumulada mensalmente” é corretamente interpretada pelos órgãos em comento como índice correspondente à soma das referências mensais. A compreensão não poderia ser diferente. **Acumular é sinônimo de reunir, juntar, amontoar**. Ou seja, é a soma simples dos índices mensais que formará a denominada “variação acumulada da Taxa Selic”, na forma prevista na legislação tributária e repetida no artigo 3º da LC 148/14.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O aresto embargado contém fundamentação suficiente para demonstrar que: “O Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, nas hipóteses em que determina a **incidência da Taxa SELIC, sempre impõe que a capitalização ocorra de forma simples**. Essa orientação baseia-se em **sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido de que “é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente pactuada”** (Súmula 121/STF). Assim, ainda que se trate de levantamento de depósito judicial (caso dos autos), a Taxa SELIC deve incidir de forma simples, ou seja, a sua incidência é apenas sobre o capital inicial, vedada a **incidência de juros sobre juros (anatocismo)**. Cumpre registrar que a capitalização simples não configura enriquecimento sem causa da Fazenda Nacional.”

[...]

3. Quanto à suposta inaplicabilidade da Súmula 121/STF “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente pactuada”, olvidam-se as embargantes que a

8 V. art. 35, Lei 8.212/1991 c/c arts. 5º §3º, e 61, Lei 9.430/1996.

9 V. art. 13, Lei 9.065/1995.

10 Cf. Manual Sistema Débito Web, página 10, <thhp://portal.tcu.gov.br/sistema-atualizacao-de-debito/>

11 Cf. Manual de orientação de procedimentos para cálculos (v. item 05 da Nota Técnica n. 001/2016 (anexa).

12 V. art. 85, Resolução TSE n. 21.538/2003 e art. 367, Lei 4.737/65.

capitalização de juros é expressamente vedada mesmo nas hipóteses em que é devida a restituição do tributo recolhido indevidamente art. 167, parágrafo único, do CTN. **Nesse contexto, como bem observado no acórdão embargado, a expressão “acumulada mensalmente”, contida no art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, deve ser interpretada no sentido de que a Taxa SELIC incide de forma simples, ou seja, a sua incidência é apenas sobre o capital inicial, vedada a incidência de juros sobre juros (anatocismo)**, ainda que se trate de depósito judicial.

[...]

(EDcl no REsp 1269051/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012)

Os atos coatores aqui contestados afrontam direito líquido e certo do Impe-trante na medida em que conferem sistemática inerente à **capitalização composta de índices** ante comando legal que estabelece simples **acúmulo de referências** para fins de cálculo de amortização da dívida pública (art. 3º, LC 148/14). Ora, se em relação a leis de idêntico teor existe interpretação **nacionalmente consolidada**, qual a razão de criar-se diferente paradigma, relacionado à metodologia do Banco Central e desenvolvido para propósitos diversos?

## 5.6. DA VEDAÇÃO À PRÁTICA DO ANATOCISMO – LC 148/2014 – INEXISTÊNCIA DE EXCEÇÃO À REGRA GERAL

É de conhecimento notório que a taxa Selic congrega, ao mesmo tempo, duas parcelas, uma inerente à correção monetária e outra aos juros de mora<sup>13</sup>. Assim, se um índice Selic sobrepõe-se a outro, haverá encontro das parcelas relativas aos juros moratórios. E a superposição de juros compõe o método de capitalização composta, ou anatocismo.

Por isso, se houvesse, de fato, intenção ligada ao método dos juros compostos, a legislação deveria expressá-la **textualmente**, pois a capitalização de juros é matéria de exceção. Com razão, o Direito Brasileiro guia-se pela regra geral da **vedação à prática do anatocismo**, fenômeno regulado pela Lei de Usura (Decreto 22.626/33). Confira-se o disposto no artigo 4º desse estatuto:

### DECRETO N. 22.626, DE 7 DE ABRIL DE 1933

Dispõe sobre os **juros nos contratos** e dá outras providências

**Art. 4º. É proibido contar juros dos juros:** esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

Vale lembrar que a relação entre Estado e União é **contratual**, até porque a origem de toda a discussão jurídica encontra-se no **contrato** n. 012/98/STN/COAFI, firmado no dia 31/03/1998, e nos seus aditivos. Como o vínculo é contratual, os respectivos ajustes submetem-se, entre outros, aos termos Lei de Usura, estatuto que, conforme indica sua própria ementa preambular, “*dispõe sobre os juros nos contratos*”. E, como visto, seu artigo

13 “[...]deve-se ter em conta que a Taxa SELIC é composta de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.[...] [STJ]–EDcl no AgRg no Ag: 798147 DF 2006/0164210-4, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 21/10/2008, T2–SEGUNDA TURMA]

4º veda a capitalização dos juros – justamente a prática intentada pelos Impetrados!

Note-se que o artigo 3º da LC 148/2015 não estabeleceu expressamente o método capitalizado para o emprego dos juros. É dizer, mesmo podendo, **não criou exceção à regra legal estabelecida na Lei de Usura**. E tal exceção só poderia ser criada por outra lei, em sentido formal e material, de mesma hierarquia – jamais por um Decreto Executivo! A função do Decreto Regulamentar, **espécie de ato administrativo**, é apenas pormenorizar as disposições abstratas da Lei. Não serve para criar ou modificar direitos. Ou seja, não pode contrariar a própria Lei regulamentada.

Logo, mostra-se totalmente descabida interpretação (travestida de mera regulamentação legal) contida em ato administrativo (Decreto 8.616/2015) que, além de afrontar o disposto na própria norma objeto de regulamentação, vai de encontro às regras legais estabelecidas no ordenamento pátrio, mormente no artigo 4º do Decreto 22.626/1933.

## 5.7. ENUNCIADO N. 121 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STF

É imprescindível destacar que a capitalização composta de juros, qualquer que seja seu campo de aplicação, revela-se como comportamento ultrajante e, portanto, intolerável. Considerando os inúmeros precedentes sobre o tema, essa Colenda Corte de Justiça editou o Enunciado n. 121 em sua Súmula de Jurisprudência. O verbete estabelece que “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Infere-se, até aqui, que os Impetrados extraíram sentido não declarado no texto do artigo 3º da LC 148/14 e ainda, o que é pior, tentam impor ao Impetrante proposta manifestamente ilegal, baseada em método de capitalização composta de juros, que é expressamente vedado por verbete de Súmula de Jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal.

## 5.8. JUROS CAPITALIZADOS – REGRA DE PUNIÇÃO DO CONTRATO ORIGINAL

O contrato original firmado entre as partes (n. 012/98/STN/COAFI) previu emprego de juros capitalizados sob a forma de **cláusula penal**:

CLÁUSULA DÉCIMA-NONA – O descumprimento pelo ESTADO de qualquer das obrigações assumidas neste Contrato, ou nos contratos dele integrantes, incluindo atraso de pagamento e a não observância das metas e compromissos, constantes do Programa de Reestruturação e de Ajuste Fiscal que se refere a Cláusula Décima-Sétima, implicará, durante todo o período em que persistir o descumprimento, a substituição dos encargos financeiros mencionados na Cláusula Nona por encargos equivalentes ao custo médio de captação da dívida mobiliária interna do Governo Federal, acrescido de juros moratórios de 1%a.a. (um por cento ao ano), e a elevação em quatro pontos percentuais, do percentual da RLR tomado como base para apuração do limite de dispêndio mensal previsto na Cláusula Quinta, Sétima e Oitava.

Assim, o descumprimento da obrigação assumida pelo Estado acarreta a

imposição da taxa SELIC (dívida mobiliária interna do Governo Federal) acrescida de juros moratórios de 1% a.a.

Se a capitalização é regra de punição no contrato original, os Impetrados não poderiam adotá-la como parâmetro de benefício! Perceba-se que a lei trouxe uma vantagem ao Estado, concedendo-lhe um desconto sobre o saldo devedor. É, no mínimo, incoerente interpretá-lo à luz das regras sancionatórias previstas no instrumento.

Atinente ao tema, merece destaque a lição do Ilustre Parecerista Carlos Ayres Britto<sup>14</sup>:

7.5. Já em relação à forma capitalizada da taxa Selic, é a própria avença, entabulada entre o Estado de Santa Catarina e a União, quem oferece as coordenadas normativas de sua compostura jurídica. É que, **em sua cláusula décima nona, o contrato de financiamento prevê a Selic capitalizada como punição** pelo descumprimento pelo Estado das obrigações assumidas. Assim o faz ao determinar a “substituição dos encargos financeiros por encargos equivalentes ao custo médio de captação da dívida mobiliária interna do Governo Federal (taxa Selic).

## 5.9. ABORDAGEM SOB A ÓTICA DA LACUNA LEGAL

Mesmo que a famigerada redação do artigo 3º da LC 148/2014 não excluísse leitura baseada na capitalização composta, o que se admite apenas em homenagem ao diálogo, por certo estaríamos diante de uma **lacuna legal**, já que o legislador, nesse cenário apriorístico, não teria definido qualquer critério, seja simples ou capitalizado. Para essa hipótese, o impasse só pode ser resolvido à luz do regramento normativo próprio dos casos de **omissão legislativa**, constatação que de imediato atrai a incidência do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia, os costumes e os princípios gerais de direito**.

Pois bem, admitindo-se que a lei não tenha definido textualmente se o método do desconto é de juros simples ou compostos, faz-se mister considerar, em um primeiro momento, **a analogia e os costumes** relacionados aos fatos por ela regulados. E como visto anteriormente, órgãos públicos de todo o Brasil (Receita, Tribunal de Contas, Judiciário), utilizando-se de normas legais com orientação idêntica, confere aos cálculos baseados na taxa SELIC atualização guiada pela **soma** dos índices moratórios (e não pela justaposição de cada um deles!). Tem-se, aqui, a analogia e o costume a serem contemplados para a integração da lacuna.

Indo além, no que tange aos Princípios Gerais do Direito, melhor sorte não socorre o sentido empregado pelos Impetrados na interpretação da LC 148/14. É simplesmente impossível extrair-se um **princípio geral** de Direito diante de legislação (Lei de Usura) que proíbe textualmente, em caráter abstrato e geral, o comportamento almejado.

E mais: existem princípios gerais de direito com orientação totalmente contrária

<sup>14</sup> Parecer em anexo.

àquela adotada pelos Impetrados. Um deles é o **Princípio da Proibição do Enriquecimento sem Causa**. Esse vetor constitucional incide na relação sob estudo uma vez que a superposição de juros promove o locupletamento gratuito de alguém à custa do empobrecimento injustificável de terceiros (no caso, a sociedade catarinense).

## 5.10. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Também marca forte presença o **Princípio da Isonomia**, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Cuidando-se de norma principiológica, a importância e abrangência do dispositivo lhe conferem autoridade em qualquer itinerário tangível pelo Direito—incluindo os processos de formação e interpretação das leis. Assim, o atual modelo constitucional não tolera a criação de normas **ou de exegeses** incompatíveis com a equivalência norteadora das relações humanas.

Em determinadas circunstâncias, reconheça-se, disparidades de tratamento funcionam como ferramentas garantidoras do Princípio da Isonomia. Apesar da aparente contradição, a premissa é verdadeira sobretudo porque o regime uniforme nem sempre atinge indivíduos em posições niveladas. Para essa conjectura, a conhecida máxima de Aristóteles, bastante atual, oferece fórmula precisa: “*a igualdade consiste em aquinhoar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade*”.

Por conseguinte, transitando por ambientes uniformes e díspares, a afirmação do Princípio da Isonomia depende da observância de critérios precisos, destinados à criação de atmosfera homogênea e condizente com a distribuição simétrica de oportunidades. Sobre o assunto, merece destaque o reconhecido e sempre citado estudo desenvolvido pelo ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>15</sup>, concatenado na obra “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”.

Nela, o eminente Autor parte da idéia de que discriminações são necessárias – e podem ser adotadas até mesmo pelo legislador –, mas desde que exista justificativa racional, lógica, para o critério díspar escolhido, o qual deverá guardar consonância com o ordenamento jurídico. Em suas palavras:

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

**No caso concreto**, o comportamento dos Impetrados, sustentado por interpretação despropositada do artigo 3º da LC 148/2014, fere o Princípio da Isonomia de forma claríssima. É muito fácil perceber o tratamento desigual estabelecido para situações

uniformes. Realmente, de um lado, encontram-se os contribuintes da União, cuja atualização da dívida pauta-se pela soma simples do índice SELIC. De outro, figura o Estado de Santa Catarina, para o qual impõe-se a capitalização da mesma referência.

Ambos são devedores da União e possuem pendências financeiras atualizáveis pelo mesmo indexador. O que justifica tratar o ente Público de forma mais severa, **penalizando-o com a capitalização composta das taxas SELIC**? Aliás, qual seria o fator de discriminação? A qualidade jurídica dos envolvidos? Ser pessoa jurídica de direito público, por si só, autoriza tratamento desigual, extremamente mais severo? Ora, não há qualquer justificativa razoável que vincule tal “*discrimen*” (natureza jurídica do devedor) ao tratamento dispensado (capitalizar ou não os consectários moratórios).

A propósito, o Princípio da Isonomia aniquila previsível argumento da parte contrária, no sentido de que a União deve repassar à dívida pública os mesmos encargos assumidos quando da obtenção dos recursos no mercado financeiro. Fosse válido o fundamento, novas indagações: por que a mesma atitude não é adotada nas demais situações? As pessoas físicas, contribuintes, ao contrário dos Estados e Municípios, poderiam deixar o ente Federal “no prejuízo”? Qual a razão norteadora dessa distinção?

Atinente à aplicação de indexadores monetários, essa Colenda Suprema Corte já declarou expressamente que é intolerável a utilização de critérios diferenciados entre devedores públicos e particulares. A compreensão, constante do julgamento (conjunto) das ADIs 4.425 e 4.357, no que interessa ao fundamento, foi ementada da seguinte forma:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. [...] INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO **ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS** DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E **VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT)**. [...]

6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.

<sup>15</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ªed. 21ªTiragem. São Paulo: Malheiros, 2012. pp. 21-22.

(ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

A compreensão da Suprema Corte alinha-se perfeitamente ao caso em estudo. Pelas mesmas razões, é patente que, no que tange ao emprego de mesmo indexador monetário (SELIC), a utilização de critérios diferenciados entre devedores públicos e privados viola frontalmente o Princípio da Isonomia.

### 5.11. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

As razões utilizadas pelo Impetrante até aqui prenunciam que o texto do artigo 3º da LC148/14 somente harmoniza-se com os critérios de hermenêutica jurídica se interpretado sob a lente do sistema da acumulação simples (e não capitalizada) da taxa Selic. É incontestável que o raciocínio desenvolvido pelo Impetrante se coaduna com os principais métodos de exegese legal, entre os quais destacam-se:

#### - A INTERPRETAÇÃO LITERAL:

Trata-se de técnica que privilegia o sentido léxico das palavras inseridas no texto da Lei.

No caso dos autos, o artigo 3º da LC 148/14 estabeleceu desconto a partir de cálculo pautado na “*variação acumulada da taxa Selic*”.

Encontram-se no dicionário Aurélio<sup>16</sup> os seguintes significados para o vocábulo “variação”:

##### Significado de Variação

##### 1 Ato ou efeito de variar.

##### 2 Mudança, modificação.

3 O mesmo que delírio.

##### 4 Mudança numa ordem de fatos.

5 Desigualdade do movimento lunar.

6 Aparecimento num indivíduo, ou num grupo de indivíduos de um caráter novo que não pertence tal qual a qualquer dos antepassados.

7 Ângulo que faz a agulha magnética com a linha dos polos (declinação).

8 Ornatos num trecho, de modo a conservar os elementos do tema principal.

9 Parte variável de uma palavra; flexão.

Verifica-se que a acepção da palavra “variação” indica a ocorrência de mudanças, alterações, relacionadas a determinado acontecimento. Logo, a locução “variação da taxa Selic”, prevista em lei, pressupõe que o índice sofreu alterações ao longo de determinado período. E tais diferenças devem ser consideradas.

<sup>16</sup> Consulta disponível em < <http://dicionariodoaurelio.com/variacao>>. Acesso em 14/02/2016.

No que tange à palavra “acumular”, o mesmo dicionário<sup>17</sup> oferece os seguintes sentidos:

##### Significado de Acumular

1 Amontoar em cúmulo;

2 Suceder-se, sobreviver, aglomerar-se.

Com essa leitura, extrai-se que a sentença “*variação acumulada da taxa Selic*”, do ponto de vista gramatical, só pode significar a aglomeração dos índices que se modificaram ao longo do tempo. O sentido é de soma, de reunião.. Não há como enxergar nesse simples cúmulo de referências qualquer idéia relacionada ao aumento/crescimento dos itens considerados. Ou mesmo à justaposição, sobreposição, capitalização, multiplicação. São conceitos distantes. A norma legal, no que tange à interpretação literal, de fato, exprimiu orientação voltada à totalidade, a soma, das referências divulgadas. Apenas isso.

#### - A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA:

Para esse método, a norma jurídica não produz sentido isoladamente; ao contrário, deve harmonizar-se com as demais regras que compõem o sistema jurídico.

Viu-se que existem outras normas legais que cuidam rigorosamente do mesmo tema tratado no artigo 3º da LC 148/14, em especial aquelas relacionadas à correção dos tributos federais. O Impetrante demonstrou que tais dispositivos, sem exceção, recebem da Receita Federal e de inúmeros outros órgãos e entidades públicas leitura baseada no critério de acumulação simples da taxa Selic.

Porém, no âmbito da leitura sistemática, o artigos 1º e 3º, I, da Constituição Federal, elevam-se como parâmetros normativos norteadores da atividade exegética. Os dispositivos consagram o Brasil como República formada pela **união** indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Também impõem, como objetivo fundamental, a construção de uma “*sociedade livre, justa e solidária*”. Ou seja, concebem a base do **federalismo cooperativo**.

No caso dos autos, a capitalização composta de juros indicada no Decreto 8616/2015 mais aproxima a União de uma **instituição financeira privada**. Exigir de outra unidade da federação pagamentos escorados em metodologia capitalizada esconde finalidade lucrativa, incompatível com o Federalismo de Cooperação.

Recorde-se que, conforme item 14 da Nota Técnica n. 003/2016, o Estado de Santa Catarina financiou com a União R\$ 4,16 bilhões, já pagou R\$ 12,95 bilhões e ainda deve R\$ 9,08 bilhões.

#### Nesse panorama, a Lei Complementar 148/2014 surgiu com o escopo aniquilar - e não prorrogar!- o apetite especulatório da União.

Concernente ao tema, ganha relevo a lição do Eminentíssimo Ministro Luís Roberto

<sup>17</sup> Idem.

Barroso constante da decisão monocrática da ACO 2.178 TA/ES:

[...]

11. No âmbito da Federação brasileira, União e Estados relacionam-se entre si tendo por objetivo a realização dos fins constitucionais da República, inspirados pelo melhor atendimento possível do interesse público. Suas relações não podem ser regidas pela lógica privada e, sobretudo, capitalista, baseada na equação risco-lucro, sem qualquer temperamento.

12. Por certo, pessoas jurídicas de direito público podem almejar a obtenção de lucro na celebração de negócios jurídicos, inclusive entre si. No entanto, o ganho exacerbado de um dos entes, em detrimento do outro, não pode ser visto como um mero efeito colateral do sistema de livre mercado. Em rigor, como se sabe, o desequilíbrio grave já não é tolerado nem mesmo nas relações privadas. Com muito mais razão não poderá ser aceito com naturalidade na relação entre entes federativos. Ao contrário, tal relação é condicionada pela Constituição e há de ser movida por objetivos comuns de atendimento à população, prestação de serviços públicos adequados e desenvolvimento harmonioso. A lógica de ganhos e perdas do sistema privado não se transplanta acriticamente para as relações entre União e Estados

[...]

Desse modo, é seguro afirmar que a acumulação não capitalizada do índice Selic, a partir da redação conferida ao artigo 3º da LC 148/14, consiste em interpretação condizente com as normas constitucionais informadoras do federalismo de cooperação e com a legislação de idêntico conteúdo utilizada cotidianamente por inúmeros órgãos e entidades públicas nacionais.

## - A INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA

A interpretação histórica leva em consideração o processo evolutivo da lei, avaliando o respectivo projeto e ambiente de discussões.

No caso da Lei Complementar n. 148/2014, em nenhum momento da marcha legislativa cogitou-se de estipular métodos de desconto baseado no sistema de juros compostos. Ao contrário, o Legislador, como enfatizado no item 01, sempre pautou-se por critérios que pudessem permitir a **liquidação da dívida pública**.

Tanto é verdade que, no cenário dos debates legislativos, surgiu proposta de emenda parlamentar (Emenda de Plenário n. 15–doc. anexo) para que a dívida–histórica e futura–fosse corrigida **apenas pelo IPCA**, índice que mede a inflação oficial. Referida proposta de emenda contém a seguinte justificação:

Estamos propondo corrigir o estoque da dívida utilizando-se o IPCA e não a taxa SELIC. Em primeiro lugar, a correção do estoque da dívida deve ser feito pelo índice que mede a inflação (IPCA) e não a taxa de juros (SELIC)

É importante retroagir a aplicação do IPCA desde o início do contrato, corrigindo, assim, o desequilíbrio econômico-financeiro que ocorreu com a variação excessiva do IGP-DI em relação ao IPCA, que foi de 38% entre 1998 e 2012.

Conclui-se que a interpretação histórica da norma resume consenso político

totalmente voltado à criação de condições para efetivo pagamento da dívida dos Estados e Municípios. O método da capitalização composta segue na contramão desse vetor, mostrando-se inadequado como resultado de atividade hermenêutica.

## - A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SOCIAL:

Pelo método teleológico, o intérprete deve buscar o sentido da norma tendo em mente a finalidade para a qual ela foi criada.

Dentro desse sentido finalístico, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é taxativo: o conteúdo legal deve atender aos fins sociais e ao bem comum. Veja-se:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ao longo deste arrazoado, principalmente no tópico “01”, o Impetrante procurou demonstrar que a Lei Complementar n. 148/2014 teve a finalidade de oferecer um alívio à dívida dos Estados e Municípios. O contexto legislativo indicava que: 1) o passivo dos entes públicos devedores tornou-se impagável; e 2) o déficit dos Estados e Municípios é o que afeta mais diretamente o bem-estar do brasileiro, o qual, atinente aos serviços essenciais do dia a dia, depende muito mais da atuação dos entes locais do que da União.

Quando os Impetrados, ao oferecerem método capitalizado de desconto, sinalizaram com leitura que não leva em consideração **autêntica chance** de pagamento da dívida pública, automaticamente anunciaram desprezo em relação aos objetivos sociais insertos na norma de regência. A propósito, vejamos o seguinte fragmento, extraído do Ofício SEF/GABS n. 059/2016 (anexo), encaminhado ao Banco do Brasil:

Como o valor do saldo devedor apurado pelo BB foi superior ao que o Estado de Santa Catarina devia com as regras contratuais vigentes, ou seja, penalizando o Estado ao invés de conceder o desconto previsto no art. 3º da LCF nº 148/2014[...]

Dessume-se que a exegese oferecida pelo Impetrante (desconto pautado em acumulação simples) é a única que se afina com os critérios teleológico e social recomendados pela Hermenêutica jurídica.

## 6. PARECER DO EMINENTE JURISTA CARLOS AYRES BRITTO

Como já anunciado, esta petição inicial segue acompanhada de Parecer jurídico elaborado pelo Eminentíssimo Jurista Carlos Ayres Britto, cuja marcante passagem pelos quadros dessa Colenda Suprema Corte dispensa maiores apresentações.

Nos termos da referida composição, Sua Excelência registra firme convicção no sentido de que o Decreto 8616/2015, ao estabelecer método de capitalização composta de juros, violou os termos do diploma legal pretensamente regulamentado (LC 148/2014). As seguintes passagens evidenciam a afirmação:

5.4 Ora, assim invalidamente ignorando as coordenadas da lei a que devia obedecer,

o decreto nem se deu conta de que, por ela (art. 4º), os aditivos contratuais seriam firmados pelas partes até 31/01/2016, **independentemente de regulamentação. Além do que passou a utilizar como critério de cômputo de juros a Selic capitalizada. Não a simplesmente acumulada, como isto sim, ordenara a lei. Constituindo-se tal discrepância de critérios, por consequência, a questão central da consulta. Vale dizer, o cerne da questão consiste em saber se a taxa “Selic capitalizada” corresponde, material e finalisticamente, à expressão legal “variação acumulada da taxa SELIC”. Expressão, esta última, de que se valeu o art. 3º da Lei Complementar nº 148/2014, com todas as letras e inequívoca intenção de assim de assim dispor para favorecer os Estados em face da União.** Noutros termos, o que importa saber para o deslinde da questão é se o emprego da “Selic capitalizada” ao termo aditivo do contrato entre partes é válido, ou não. [...]

7.6 [...] ao prever como critério de aferição dos descontos do saldo devedor do Estado para com a União um método distinto daquele previsto na lei, o que fez o Decreto nº 8.616/15? Desbordou dos limites tão estritos quanto benfazejos da Lei Complementar nº 148/14. Entrou em rota de colisão frontal com seu conteúdo material e, mais do que isso, com a sua declarada e essencial finalidade: reduzir o nível de endividamento das unidades federadas. [...]

8. [...]

À luz de todo o exposto, sinto-me em condições intelectuais confortáveis para ajuizar o seguinte:

[...]

II – [...] o método de capitalização composta da Selic, empregado pelo Decreto federal nº 8.616/2015, é incompatível com a norma do art. 3º da Lei Complementar nº 148/2014. [...]

Digno de nota é que a conclusão do Parecer parte não apenas de comparação isolada e fria entre Lei e Decreto. Parte também da conformação jurídico-constitucional determinante do propósito de cada ato normativo no arcabouço legislativo brasileiro.

Denota-se que a fundamentação jurídica utilizada pelo Impetrante ao longo de seu arrazoado revela-se como a melhor expressão do Direito. Prova maior desse feito é a chancela intelectual oferecida no Parecer em anexo por um dos mais notáveis constitucionalistas do Brasil.

## 7. MEDIDA LIMINAR

Desde que presentes os requisitos especiais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o rito do mandado de segurança autoriza a concessão de provimentos liminares (art. 7º, III, Lei 12016/2009).

Ambas as condições estão presentes no caso em tela. A relevância da fundamentação (*fumus boni iuris*) evidencia-se por todo o arrazoado exposto nesta ação mandamental. Como visto, os atos coatores, além de tolherem qualquer chance de participação do Impetrante nas tratativas do aditivo contratual, impuseram regime manifestamente ilegítimo de capitalização composta de juros para atualizar a dívida

pública do Estado de Santa Catarina.

Quanto ao risco de ineficácia da medida se deferida somente ao final (*periculum in mora*), o Impetrante lembra que o próximo pagamento de sua dívida vence em **29/02/2016**. Sem o aditivo, não poderá contar com os benefícios trazidos pela LC 148/2015 (desconto e novos indexadores). Ou seja, deverá, já na próxima fatura, considerar o passivo antigo, deixando de contar com seu legítimo direito de valer-se dos relevantes proveitos estabelecidos no diploma em questão.

A Nota Técnica n. 003/2016 (anexa) menciona em seu item 17 que, ao considerar as regras antigas, o valor contratual com vencimento agora **em 29/02/2016** equivale a **R\$ 89.273.928,38 (oitenta e nove milhões duzentos e setenta e três mil novecentos e vinte e oito reais e trinta e oito centavos)**. Essa cifra astronômica **não reflete** o desconto previsto na LC 148/2014 e, portanto, não pode ser convalidada no próximo vencimento, sob pena de dura e injusta penalização à sociedade catarinense.

Ainda, atinente ao *periculum in mora*, o Estado de Santa Catarina registra que não poderá usar a faculdade prevista no parágrafo único do artigo 4º da LC 148/2015, pois a União, amparada nos exorbitantes requisitos constantes do artigo 5º do Decreto 8616/2015, compreenderá que o devedor encontra-se em mora contratual, julgando-se no direito de impor-lhe pesadas medidas punitivas, entre as quais o bloqueio de recursos do Estado decorrentes das transferências federais, e outros, **nos termos da Cláusula Décima Sexta do Contrato 12/98/STN/COAFI**.

Logo, faz-se mister a concessão de provimento liminar para que o Estado de Santa Catarina possa usar as prerrogativas estabelecidas no parágrafo único do artigo 4º da LC 148/2015 – que lhe permite o cálculo e o pagamento do montante devido – sem que o exercício de tal faculdade legal lhe acarrete a imposição, pela parte Impetrada, de qualquer tipo de sanção.

A medida liminar também é imprescindível para que o aditivo contratual, quando de fato ocorrer, não venha amparado por absurda metodologia de capitalização composta de juros moratórios.

## 8. PEDIDOS FINAIS

Ante o exposto, o Estado de Santa Catarina requer:

a) A concessão de medida liminar, de acordo com os fundamentos expostos no item “06”, ordenando-se às autoridades impetradas que se abstenham de impor quaisquer sanções ao Impetrante, especialmente aquelas previstas na Cláusula Décima Sexta do Contrato 12/98/STN/COAFI e o bloqueio de recursos de transferências federais, pelo exercício da faculdade constante do parágrafo único do artigo 4º da LC 148/14, norma que lhe garante o cálculo e o pagamento da dívida pública com base nos novos parâmetros legais em face da não promoção do aditivo contratual;

18 Cf. item 17 da Nota Técnica n. 003/2016 (doc. anexo).

b) Ainda, em sede liminar, a concessão de provimento judicial para que as autoridades impetradas, quando da elaboração da proposta de aditivo contratual, adotem o método da *variação acumulada da taxa SELIC*, como impõe o artigo 3º da LC 148/2014, afastando a capitalização composta de juros (anatocismo);

c) Deferido o pleito liminar, a notificação das autoridades coatoras para apresentação de Informações;

d) Seja cientificada a Advocacia Geral da União, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, para que, querendo, ingresse no feito;

e) Ao final, o deferimento da ordem mandamental, tornando-a definitiva, reconhecendo-se o direito líquido e certo do Impetrante de utilizar a prerrogativa a que se refere o parágrafo único do artigo 4º da LC 148/14, enquanto não promovido o aditivo, bem como de receber das autoridades impetradas proposta de aditivo contratual baseada no método da *variação acumulada da taxa SELIC*, como impõe o artigo 3º da LC 148/2014, afastando-se a sistemática da capitalização composta de juros (anatocismo) pretendida pelos Impetrados.

Dá-se à causa o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Florianópolis, 17 de fevereiro de 2016

**JOÃO DOS PASSOS MARTINS NETO**

Procurador-Geral do Estado  
OAB/SC 5.959

**RICARDO DELLA GIUSTINA**

Subprocurador-Geral do Contencioso  
OAB/SC 17.473

**JAIR AUGUSTO SCROCARO**

Procurador do Estado  
OAB/SC 26194B

**BRUNO DE MACEDO DIAS**

Procurador do Estado  
OAB/SC 27.741

**AYRES BRITTO**  
CONSULTORIA JURÍDICA

**TEMA CENTRAL: O EXAME DA COMPATIBILIDADE, OU NÃO, ENTRE A LEI COMPLEMENTAR FEDERAL N.º 148/2014 E O DECRETO EXECUTIVO N.º 8.616/2015**

– A estrutura piramidal da Ordem Jurídica brasileira e o regime constitucional das leis e dos regulamentos

Natureza do estudo: parecer jurídico

Consultante: Estado de Santa Catarina

Parecerista: Carlos Ayres Britto



**Parecer Jurídico**

**Sumário:** 1. A natureza do estudo. 2. O consulente e sua consulta. 3. O quadro factual-jurídico subjacente à consulta e o quesito do consulente. 4. O quesito do consulente. 5. As Leis Complementares n.ºs. 148/2014 e 151/2015 e o Decreto Executivo n.º 8.616/2015. 6. O regime constitucional da lei e do regulamento. 6.1. A estrutura escalonada ou ortodoxamente hierarquizada do Direito Positivo. 6.2. A ordem jurídico-piramidal brasileira e sua base normativo-constitucional. 6.3. A estruturação complementar da Ordem Jurídica Brasileira à base de atos legislativos de aplicabilidade direta ou primária da Constituição e de atos normativos de aplicabilidade indireta ou secundária e ainda terciária. 6.4. A estrutura escalonada do Ordenamento Jurídico brasileiro à base de normas de aplicabilidade primária, secundária e terciária da Constituição. 7. A incompatibilidade tão material quanto finalística entre a Lei Complementar n.º 148/2014 e o Decreto federal n.º 8.616/2015 no tocante ao método de incidência da taxa Selic. 8. Resposta ao quesito do Poder consulente. 9. FECHO



2

**1. A natureza do estudo**

1.1. O estudo que ora início tem caráter próprio: cuida-se de parecer jurídico. **Parecer jurídico, no sentido técnico de exame e relato objetivos do regime de Direito desse ou daquele tema em abstrato ou então dessa ou daquela relação social em concreto.** Sem se confundir, todavia, seja com decisão judicial, seja com postulação perante qualquer instância pública decisória ou mesmo particular.

1.2. Quanto ao conceito de regime de Direito ou regime jurídico propriamente dito, não é ele senão o **modo normativo de ser de qualquer tema da vida que o Direito Positivo venha a tornar alvo de suas abstratas enunciações.** Venha a tornar alvo ou objeto desse ou daquele dispositivo em apartado, ou então já imerso no sistema de comandos em que ele, Direito Positivo, afinal se constitui. Direito Positivo ou Ordenamento Jurídico ou “ordem jurídica”, para me valer da expressão, que se lê na cabeça do art. 127 da Constituição brasileira de 1988.

**2. O consulente e sua consulta**

2.1. Já no plano da consulta ensejadora do presente estudo, ela procede do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina. Consulta versante sobre a validade da previsão, pelo Decreto federal n.º 8.616, de 29 de dezembro de 2015, da “taxa de juros Selic capitalizada para os contratos de financiamento da dívida dos Estados para com a União”. Mais especificamente, consulta que me é dirigida para o efeito de exame quanto à adequação de dois critérios oficiais de cálculo de juros: o veiculado pelo decreto em causa e aquele que,



3

## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

figurante do art. 3º da Lei Complementar n.º 148, de 25 de novembro de 2014, alude à “variação acumulada da taxa Selic”.

### 3. O quadro factual-jurídico subjacente à consulta e o quesito do consulente

3.1. Nesse contexto cognitivo da minha atuação como parecerista, narra o Poder consulente que o Estado de Santa Catarina firmou com a União, nos termos da Lei Federal n.º 9.496/97, o Contrato de Refinanciamento de Dívidas n.º 12/98/STN/COAFI. Contrato que se deu no âmbito maior de uma política pública de realinhamento das dívidas dos Estados-membros para com a União, de que a Lei Complementar n.º 148/2014 é ponto central de normação.

3.2. Com efeito, a Lei Complementar n.º 148 promoveu relevantes alterações na disciplina dos contratos de refinanciamento das dívidas dos Estados-Membros para com a União, dentre as quais: a) autorização para que ela, União, modificasse os pertinentes indexador e taxa de juros; b) concessão de **descontos** sobre os saldos contratuais devedores. Descontos “em valor correspondente à diferença entre o montante do saldo devedor existente em 1º de janeiro de 2013 e aquele apurado mediante a **variação acumulada da taxa Selic** desde a assinatura dos respectivos contratos, observadas todas as ocorrências que impactaram o saldo devedor no período” (art. 3º).

3.3. Em aditamento a essa política pública de âmbito *panfederativo*, foi editada a Lei Complementar n.º 151/2015, que alterou o art. 3º da LC 148/14 para substituir a expressão “é a União **autorizada a conceder** descontos sobre os saldos devedores” pela seguinte: “A União **concederá descontos**

4



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

**sobre os saldos devedores**” (sem os caracteres destacados, no texto original). Mais: com o propósito de tornar inequívoca a obrigatoriedade de a União conceder descontos nos seus créditos, a mesma LC 151/15 estipulou prazo final (31 de janeiro de 2016) para a lavratura dos pertinentes aditivos contratuais, **independentemente de decreto regulamentar**.

3.4. Foi quando, ao receber do Banco do Brasil os cálculos em que se daria o termo aditivo, o Estado de Santa Catarina se deu conta de que a **União corrigiria seus créditos pela variação capitalizada da taxa Selic. Metodologia que implicaria significativa majoração da sua dívida consolidada; em frontal colisão, portanto, com aquela determinação legal de concessão de descontos nas repactuações da espécie**.

3.5. Pois bem, formalmente questionado pelo Estado devedor, o Banco do Brasil informou que fizera os cálculos de acordo com o que dispõe a Lei Complementar n.º 148/14 e o Decreto federal n.º 8.616/15. Este último expedido com o declarado propósito de regulamentar “o disposto na Lei Complementar n.º 148, de 25 de novembro de 2014, e no art. 2º da Lei n.º 9.496, de 11 de setembro de 1997”. Deixando de reconhecer, assim, **que havia desbordado dos limites, parâmetros e finalidades benfazejas (para a parte devedora) da Lei Complementar n.º 148/14, na medida em que aplicara o fraseado “variação acumulada da taxa SELIC” (art. 2º da lei complementar) como “taxa SELIC capitalizada”**. Manobra escorada na previsão que se lê no inciso III do art. 3º do Decreto, no sentido de que “a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic efetiva mensal para títulos públicos federais será a divulgada pelo Banco Central do Brasil”. Por isso que o Anexo I do mesmo decreto definiu que o fator a ser utilizado será aquele “acumulado da variação da taxa Selic”.

5



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

3.6. Ainda de acordo com tal narrativa do Poder consulente, a metodologia utilizada termina por capitalizar o cálculo da taxa Selic, pois sobrepõe cada índice mensal do período às referências anteriores. Donde os subsequentes juros passarem a incidir sobre a soma do principal com os juros pretéritos. **O que implica a incidência de juros sobre juros, em típica e espúria conduta de “anatocismo”; cujo resultado, por evidente, é o emprego de fator de correção consideravelmente maior do que é utilizado nas formas simples de capitalização de juros.** Sabido que, nestas, os juros subsequentes incidem apenas sobre o débito principal, excluídos os rendimentos já decorrentes de juros pretéritos.

#### 4. O quesito do consulente

É em face mesmo dessa minudente narrativa que o Poder consulente me formula o seguinte quesito: “o Estado de Santa Catarina tem como se opor à validade jurídica da utilização do método de capitalização composta da Taxa Selic para a sua dívida consolidada perante a União?”. Capitalização perpetrada, conforme visto, pelo Decreto federal n.º 8.616/2015. Não pela ordem legal sobre o mesmo tema.

#### 5. As Leis Complementares n.ºs. 148/2014 e 151/2015 e o Decreto Executivo n.º 8.616/2015

5.1. Começo o enfrentamento da questão pela transcrição das pertinentes passagens da Lei Complementar n.º 148/2014 e sua inicial análise. Lei da espécie complementar que, em seu art. 3º, assim dispõe:

6



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

“Art. 2º A União adotará, nos contratos de refinanciamento de dívidas celebradas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com base, respectivamente, na Lei n.º 9.496, de 11 de setembro de 1997, e na Medida Provisória n.º 2.185-35, de 24 de agosto de 2001, e nos contratos de empréstimos firmados com os Estados e o Distrito Federal ao amparo da Medida Provisória n.º 2.192-70, de 24 de agosto de 2001, as seguintes condições, aplicadas a partir de 1º de janeiro de 2013:

I - juros calculados e debitados mensalmente, à taxa nominal de 4% a.a. (quatro por cento ao ano) sobre o saldo devedor previamente atualizado;

II - atualização monetária calculada mensalmente com base na variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo.

§ 1º Os encargos de que trata o caput ficarão limitados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para os títulos federais”.

§ 2º Para fins de aplicação da limitação referida no § 1º, será comparada mensalmente a variação acumulada do IPCA + 4% a.a. (quatro por cento ao ano) com a variação acumulada da taxa Selic.

§ 3º O IPCA e a taxa Selic estarão referenciados ao segundo mês anterior ao de sua aplicação.

Art. 3º. A União concederá descontos sobre os saldos devedores dos contratos referidos no art. 2º, em valor correspondente à diferença entre o montante do saldo devedor

7



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

existente em 1º de janeiro de 2013 e aquele apurado utilizando-se a variação acumulada da taxa Selic desde a assinatura dos respectivos contratos, observadas todas as ocorrências que impactaram o saldo devedor no período (redação dada pela Lei Complementar nº 151, de 2015).

Art. 4º. Os efeitos financeiros decorrentes das condições previstas nos arts. 2º e 3º serão aplicados ao saldo devedor, mediante aditamento contratual.

Parágrafo único. **A União terá até 31 de janeiro de 2016 para promover os aditivos contratuais, independentemente de regulamentação**, após o que o devedor poderá recolher, a título de pagamento à União, o montante devido, com a aplicação da Lei, ficando a União obrigada a ressarcir ao devedor os valores eventualmente pagos a maior” (parágrafo introduzido pela Lei Complementar nº 151, de 2015, mas sem grifos na redação original).

5.2 Daqui se conclui, centralmente e a todas as luzes, que a Lei Complementar Federal n.º 148/2014:

I – veicula duas normas materiais distintas (sobre a indexação dos referidos contratos de financiamento) e uma norma de caráter procedimental, a saber: a) a primeira, encartada no art. 2º, para determinar que, a partir de 1º de janeiro de 2013, **incidirá sobre o contrato de financiamento a taxa de juros mais reduzida; ou seja, em lugar do IGP-DI mais 6% ao ano, passa-se a aplicar o IPCA mais 4% ao ano ou então a Taxa Selic (a que se revelar menor);** b) a segunda, embutida no art.

8



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

3º, para obrigar a União a conceder descontos sobre os saldos devedores. Descontos correspondentes à diferença entre o valor apurado em 1º de janeiro de 2013 e o obtido mediante a variação acumulada da taxa SELIC desde a assinatura dos respectivos contratos;

II – prima pelo detalhamento ou minudência das matérias por ela conformadas, revelando, com isso, nítida compostura de lei que se pretende autoexecutável. **A significar, por conseguinte:** a) que já dispunha de critérios tão próprios quanto independentes de regulamentação executiva para então incidir; b) que a relação entre eventual decreto regulamentador e ela própria só podia ser de simples otimização de procedimento para a assinatura dos necessários aditivos contratuais. Sobretudo porque os temas centrais da indexação e da taxa de juros (com todas as suas coordenadas temporais de incidência) já se encontravam cabalmente identificados e assim normativamente qualificados como de reserva de lei;

III – pelo seu art. 4º, ordena que os novos índices e os descontos serão incorporados à original avença mediante aditivo contratual a ser firmado entre a União e o respectivo Estado, independentemente de regulamentação. **A confirmar, então:** a) que ela própria já veiculava os critérios de correção dos créditos da União; b) que esse aporte de critérios próprios corresponde à técnica legislativa da reserva de lei, na matéria; c) que o espaço de normatividade

9



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

passível de ocupação por decreto se limitava mesmo a procedimentos complementares de otimização de meios para a celebração dos aditivos entre os Estados e a União. Ainda assim, procedimentos não qualificados, legalmente, como obrigatórios. Apenas facultativos.

5.3. De sua parte, o Decreto federal n.º 8.616, de 29 de dezembro de 2015, a pretexto de regulamentar a Lei Complementar em foco (a de n.º 148, de 25 de novembro de 2014, com suas alterações), terminou por incorrer no vício jurídico mortal de girar em torno de sua própria órbita. De ocupar um espaço normativo que não lhe cabia, notadamente quanto aos sobreditos critérios de correção dos créditos da União. Donde prescrever, no que interessa ao deslinde da questão objeto da consulta:

“Art. 2º A adoção das condições previstas no art. 2º da Lei Complementar n.º 148, de 2014, e a concessão do desconto de que trata o art. 3º da referida Lei serão efetivadas pela União mediante a celebração de termos aditivos aos contratos firmados entre a União e os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios.

§ 1º A celebração dos termos aditivos de que trata o caput deverá observar previamente as seguintes condições, além de outras previstas em lei:

(...)

III – celebração, com o agente financeiro da União responsável pelos contratos de que trata este Capítulo, de Termo de Convalidação de Valores, por meio do qual deverão ser declarados a certeza, a liquidez e o montante do saldo devedor remanescente do contrato a ser aditado;

10



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

Art. 3º Para fins da aplicação das condições previstas no art. 2º da Lei Complementar n.º 148, de 2014, a partir de 1º de janeiro de 2013, deverão ser observados os seguintes parâmetros:

I - o desconto de que trata o art. 3º da Lei Complementar n.º 148, de 2014, quando aplicável, será apurado conforme a metodologia descrita no Anexo I a este Decreto<sup>1</sup> (também sem os caracteres negritados no texto original);

II - o saldo devedor em 1º de janeiro de 2013 será abatido do desconto apurado nos termos do inciso I, quando aplicável;

III - a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic efetiva mensal para títulos públicos federais será a divulgada pelo Banco Central do Brasil;

IV - o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e a taxa Selic estarão referenciados ao segundo mês anterior ao de sua aplicação;

V - a data-base será no dia primeiro de cada mês, e serão mantidos os sistemas de amortização e de cálculo das prestações,

<sup>1</sup> (...) Anexo I

Daí:

SD<sub>SELIC</sub>: saldo devedor total atualizado pela variação da taxa Selic em 1º de janeiro de 2013;

t: índice do somatório;

k: data de referência do desconto, ou seja, 1º de janeiro de 2013;

i: data de ocorrência de cada D<sub>i</sub> ou de cada PGTO;

D<sub>i</sub>: valores originalmente refinanciados, entregues ao devedor sob a forma de empréstimos, ou acrescidos ao saldo devedor pela incorporação de novas dívidas, liberação de novos recursos, ou aplicação de juros moratórios;

s<sub>i</sub>: fator acumulado da variação da taxa Selic entre a data de ocorrência de cada valor D<sub>i</sub> e de cada valor PGTO, e 1º de janeiro de 2013;

PGTO: valor de cada um dos pagamentos efetuados pelo devedor na forma de prestação, amortização extraordinária ou créditos reconhecidos pela União;

DESC: valor total do desconto; e

SD<sub>2013</sub>: saldo devedor em 1º de janeiro de 2013 calculado de acordo com a metodologia vigente à época.

11



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

seja a Tabela Price ou o Sistema de Amortização Constante - SAC, vigentes nos contratos a serem aditados, considerados os prazos remanescentes de cada operação, conforme metodologia descrita no Anexo II a este Decreto;

VI - para fins da limitação de que trata o § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 148, de 2014, será comparada mensalmente a variação acumulada do IPCA, acrescida de juros nominais de 4% (quatro por cento) ao ano, com a variação acumulada da taxa Selic, conforme metodologia descrita no Anexo III a este Decreto.”

5.4. Ora, assim invalidamente ignorando as coordenadas da lei a que devia obedecer, o decreto nem se deu conta de que, por ela (art. 4º), os aditivos contratuais seriam firmados pelas partes até 31/01/2016, **independentemente de regulamentação**. Além do que passou a utilizar como critério de cômputo de juros a Selic capitalizada. Não a simplesmente acumulada, como, isto sim, ordenara a lei. Constituindo-se tal discrepância de critérios, por consequência, a questão central da consulta. Vale dizer, o cerne da questão consiste em saber se a taxa “Selic capitalizada” corresponde, material e finalisticamente, à expressão legal “variação acumulada da taxa SELIC”. Expressão, esta última, de que se valeu o art. 3º da Lei Complementar n.º 148/2014, com todas as letras e inequívoca intenção de assim dispor para favorecer os Estados em face da União. Noutros termos, o que importa saber para o deslinde da questão é se o emprego da “Selic capitalizada” ao termo aditivo do contrato entre partes é válido, ou não. Para o que passo a descrever o que me parece o regime constitucional tanto da lei quanto do decreto de sua regulamentação. Para concluir, já antecipo, que a lei está para a

12



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

Constituição assim como o regulamento está para a lei. O primeiro elemento a dever obediência ao segundo, por se tratar de relação da mais ortodoxa hierarquia. Hierarquia, mais que doutrinariamente assentada, normativamente prescrita.

### 6. O regime constitucional da lei e do regulamento

#### 6.1. A estrutura escalonada ou ortodoxamente hierarquizada do Direito Positivo

6.1.1. Com efeito, a Constituição brasileira é modelo acabado de estruturação do próprio Direito como ordem hierarquizada de comandos imperativos ou cogentes por forma heterônima. Não pela autonomia de vontade dos seus destinatários. Ordem escalonada, ajunto, em patamares de “infra-supra-ordenação”<sup>2</sup>, no sentido de que uma norma jurídica sempre retira o seu fundamento de validade de outra norma igualmente jurídica e que lhe seja hierarquicamente superior. Estrutura metaforicamente visualizada pelo jurista Hans Kelsen sob a forma de uma pirâmide. Isso para elucidar que as tipologias de normas jurídicas ocupam certos degraus ou patamares dessa idealizada pirâmide, em cuja base se alocam as normas de máxima particularidade, concretude e pessoalidade. Já no ápice ou cume ou topo dessa pirâmide apenas se aloca o espécime jurídico de nome Constituição Positiva, cuja compostura normativa é, reversamente, de máxima generalidade, abstratividade e impessoalidade. **Todas as demais espécies se distribuem pelos patamares intermediários dessa estrutura piramidal, conforme a hierarquia que lhes venha a determinar a Constituição mesma.** Com a

<sup>2</sup> Ver KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246-263.

13



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

peculiaridade de que ela própria, Constituição Positiva, é a primeira norma dessa ortodoxa estrutura hierarquizada em que o Direito Positivo consiste. Mas a primeira norma, porque instauradora ou fundadora ou inaugural dele. Vale dizer, norma inaugural ou fundadora ou instauradora dele, Direito Positivo, como sinônimo perfeito de Ordenamento Jurídico ou então “ordem jurídica”. Nome preferido, este último, pela Constituição brasileira de 1988 (art. 127, cabeça).

6.1.2. Por esse prisma de entendimento da Constituição e do Ordenamento Jurídico por ela instaurado, o que se tem, em verdade, é a superior hierarquia da primeira. A supremacia da primeira sobre o segundo, na acepção de que ela é o ponto de partida das coisas e o próprio mecanismo de controle de tudo. Ela a fazer do Direito uma ordem escalonada de normas e a tê-lo sempre à sua mercê. Com o que se tem o princípio maior, operacionalmente, da supremacia da Constituição.

### 6.2. A ordem jurídico-piramidal brasileira e sua base normativo-constitucional

6.2.1. Justificado fica, então, porque toda Constituição Positiva de modelo kelseniano é chamada de *Lex Maxima*. De “Lei Fundamental”. De *Lex Legum*. De Magna Carta, enfim, quando especificamente referida aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, do cidadão e do trabalhador, assim como à imposição de limites e rumos ao próprio Estado<sup>3</sup>. Aspecto em que avulta o seguinte e emblemático entendimento: **a Constituição governa**

<sup>3</sup> Magna Carta, por explícita referência à “Magna Charta Libertatum” inglesa de 1215, esse primeiro e admirável protótipo de Constituição escrita.



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

**quem governa. Governa permanentemente quem governa transitoriamente.**

6.2.2. Para além das teorias, porém, por sofisticadas ou bem elaboradas mentalmente que sejam, eis como a Constituição brasileira de 1988 dispôs sobre a estrutura piramidal da ordem jurídica por ela fundada:

I – pelos seus dois primeiros títulos normativos, cuidou dos “Princípios Fundamentais” e dos “Direitos e Garantias” igualmente “Fundamentais”, **para deixar claro que estava a instaurar ou fundar um Ordenamento Jurídico virginalmente novo**. *Novinho em folha* – permito-me a metáfora –, do ponto de vista lógico. Não cronológico, menos ainda histórico ou mesmo sociológico, por evidente. São as matérias conformadas pelos Títulos I e II, respectivamente, abarcantes dos artigos de n.ºs. 1º a 17;

II – assim reivindicando para si a força de inaugurar a Ordem jurídica brasileira, a Constituição passou a cuidar da respectiva dinamização ou atualização (somente se dinamiza ou atualiza o que já se encontra instaurado). Que não é senão o laborar no campo da completude eficaz dela própria, Constituição. Fazendo-o, atente-se, por dois modos centrais. O primeiro, para listar as competências legislativas de cada qual das pessoas jurídico-políticas da Federação brasileira: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tanto as competências privativas da União e dos demais entes federados quanto das concomitantes ou concorrentes ou comuns (arts. 22, 24, 25



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

(*caput*), 29 (cabeça), 30 (incisos I e II) 32 (*caput* e § 1º). Habilitando, além do mais, as unidades periféricas da Federação, encarnadas nos Estados-membros, no Distrito Federal e nos Municípios, a exercitar suas competências legislativas por: a) Constituições próprias (Estados-membros) e Leis Orgânicas igualmente próprias (Distrito Federal e Municípios), contanto que “observados os princípios desta Constituição” (a de toda a Federação brasileira, conforme a paradigmática enunciação do art. 25); b) demais espécimes legislativos de aplicação primária dos primeiros diplomas. Já o segundo modo de dinamização da Ordem Jurídica, ele se traduz na indicação, também diretamente feita pela Constituição Federal, de atos normativos imediatamente infralegais, de que os decretos e regulamentos são a mais tipificada ilustração (inciso IV do art. 84). Isso porque os regimentos internos da Câmara dos Deputados (inciso III do art. 51), do Senado (inciso XII do art. 52) e dos Tribunais judiciários (alínea *a* do inciso I do art. 96) já se definem como estrutura normativa hierarquicamente híbrida; quer dizer, estrutura hierarquicamente situada entre a figura da lei e a figura dos regulamentos administrativos;

III – à derradeira, para manter sobre seu permanente controle e fiel serviço o Ordenamento Jurídico por ela inaugurado e autorizado a se dinamizar, a Constituição: a) erigiu a cláusulas pétreas certas matérias (§ 4º do art. 60, com seus incisos de I a IV); b) impôs ao Supremo Tribunal Federal, “precipualemente”, “a guarda” dela própria, “Constituição” (inciso I do art. 101). Assim como impôs ao Superior Tribunal de Justiça igual

16



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

competência em relação à lei federal, nos precisos termos do seu art. 105, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c* (dando-se que, na primeira dessas alíneas, ainda foi incluída a figura dos tratados internacionais).

### 6.3. A estruturação complementar da Ordem Jurídica Brasileira à base de atos legislativos de aplicabilidade direta ou primária da Constituição e de atos normativos de aplicabilidade indireta ou secundária e ainda terciária

Mas não estanca por aí a montagem, pela Constituição de 1988, de uma Ordem Jurídica brasileira de estrutura piramidal ou de ortodoxa infra-supra normatividade. Ainda é de se trazer à ribalta dispositivos constitucionais originários que arrematam a kelseniana arquitetura de Direito Positivo de que venho falando. Refiro-me, centralmente, ao art. 59, cabeça, que enumera os **atos legislativos de aplicação direta ou primária ou primeira da Constituição**. São eles, pela ordem em que normativamente listados: as “emendas à Constituição”, as “leis complementares”, as “leis ordinárias”, as “leis delegadas”, “as medidas provisórias”, os “decretos legislativos” e as “resoluções”. Atos assim chamados de aplicação direta ou primária ou primeira da Constituição porque entre eles e ela mesma não há outra norma de Direito Positivo. **Por isso que de hierarquia somente inferior à própria *Lex Maxima***. Com a relevante anotação de que as emendas à Constituição, por veicularem normas de natureza constitucional (embora posteriores à redação originária do Magno Texto Federal), exibem o timbre da superioridade hierárquica em face das leis e dos demais “atos da ordem legislativa” (José Afonso da Silva) ali inventariados

17



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

pelo encarecido art. 59. Ato da ordem legislativa, a seu turno, passíveis de desdobramento normativo:

I – pelos citados decretos e regulamentos, porém sob a cláusula diretamente constitucional de que eles se destinam “à fiel execução” dos diplomas a que dão continuidade. Com o que se revelam ou se definem como atos de normatividade secundária, na acepção de que entre eles e a Constituição Federal se colocam os referidos atos da ordem legislativa;

II – pelos regimentos internos há pouco citados e também comentados quanto à sua natureza hierarquicamente híbrida;

III – por “tratados, convenções e atos internacionais” (inciso VIII do art. 84 da Constituição). Documentos normativos que: a) uma vez referendados pelo Congresso Nacional, adquirem a estatura hierárquica da lei ordinária; b) se passarem a preencher as condições do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, sua compostura hierárquica já será equivalente à das emendas constitucionais<sup>4</sup>;

IV – por “instruções” ministeriais-executivas, a ser expedidas “para a execução das leis, decretos e regulamentos” (inciso II do art. 87 da Constituição). Que são constitutivas de uma categoria hierarquicamente terciária ou de terceiro escalão normativo, na

<sup>4</sup> Art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

medida em que entre elas e a Constituição Federal se colocam, justamente, os decretos e regulamentos desse ou daquele diploma legal.

### 6.4. A estrutura escalonada do Ordenamento Jurídico brasileiro à base de normas de aplicabilidade primária, secundária e terciária da Constituição

6.4.1. Em linhas gerais, ou à guisa de síntese desta descrição do que me parece a vontade objetiva da Constituição quanto à montagem de uma Ordem Jurídica brasileira de ortodoxa hierarquia ou de rigoroso esquema de infra-supra-normatividade, formulo os seguintes juízos:

I – todos os atos normativos brasileiros se identificam pela sua mais servil obediência ao primeiro deles: a Constituição de 1988. Contudo, tal serviência é de se dar: a) por um modo direto ou primeiro ou primário, em se tratando dos atos legislativos a que se reporta o art. 59 dela própria, Constituição (com a ressalva da posição especial das emendas constitucionais); b) por um modo indireto ou secundário ou diferido, em se tratando dos decretos e regulamentos executivos, pois a submissão direta de todos eles se dá é em face da lei como ato paradigmático de aplicação primeira do Magno Texto Federal; c) por um modo também indireto ou diferido, porém de feição terciária, em se tratando das instruções ministeriais-executivas. Isso porque entre elas e a Constituição Federal tanto se colocam as leis quanto os decretos e regulamentos para a respectiva e fiel execução;



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

II – a título de complemento dessa engenhosa arquitetura de infra-supra-ordenação, tomam assento os institutos dos regimentos internos e dos tratados, atos e convenções internacionais. A exibir, conforme explicado, natureza híbrida quanto à sua dimensão hierárquica.

6.4.2. Já no que interessa à elaboração do presente parecer jurídico, a síntese ainda mais apertada é a de que **a lei está para a Constituição assim como os decretos e regulamentos executivos estão para a lei**. A lei a cumprir os desígnios formais e materiais da Constituição, debaixo de todo rigor, tanto quanto os decretos e regulamentos em face da lei. A Constituição e a lei a ocupar os dois mais decisivos pontos de centralidade do Ordenamento Jurídico: a Constituição, no plano da centralidade originária ou fundante ou inaugural; a lei, no plano da centralidade direta ou primária ou primeira, no sentido de que **logo abaixo da Constituição**. Donde os mais característicos ou sintomáticos dispositivos da Constituição, no ponto: a) o inciso II do art. 5º, estabelecendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; b) a cabeça do art. 37, ordenado que o primeiro dos princípios regentes das atividades administrativas do Estado é o da legalidade; e c) o inciso I do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *verbis*: “Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa”.

20



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

### 7. A incompatibilidade tão material quanto finalística entre a Lei Complementar n.º 148/2014 e o Decreto federal n.º 8.616/2015 no tocante ao método de incidência da taxa Selic

7.1. É esse rematado ponto de entendimento do esquadro constitucional do Ordenamento Jurídico que me permite afunilar o presente estudo para o seu anunciado cerne. Para a sua questão central, que não é outra senão saber se a previsão regulamentar da “Selic capitalizada” é materialmente rímda com a locução legal “variação acumulada da taxa Selic”. Tanto uma como a outra, relembre-se, enquanto critério definidor dos descontos a serem aplicados aos contratos de financiamento dos Estados com a União.

7.2. Nesse focado enfrentamento cognitivo, impõe-se a lembrança do juízo de que a Lei Complementar n.º 148/2015 investiu em sua própria força normativa. Conformou, por modo detalhado e exauriente, os critérios norteadores da repactuação das dívidas estaduais com o ente central da União. Qualificou o tema das taxas de juros e índices de atualização monetária como de reserva legal. O que já basta para tomar corpo o entendimento de que não foi relegado ao plano regulamentar nenhum espaço de conformação normativa da matéria. Donde se afirmar que, em rigor, o caso é de aferição de identidade, e não somente compatibilidade, entre as disposições legal e regulamentar em tela.

7.3. Pois bem. A “variação acumulada da taxa Selic”, fórmula constante do art. 3º da Lei Complementar n.º 148/14, traduz um expediente de capitalização simples. Um método de incidência monofásica de juros que, em tudo e por tudo, se opõe à multicitada “Selic capitalizada” de que fala o art. 4º

21



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

do Decreto nº 8.616/15. Sabido que a esta corresponde a prática lesiva ou gravosa do anatocismo, marcada pela incidência sobreposta dos juros<sup>5</sup>.

7.3. Para além do caráter técnico-econômico que subjaz a essa diferenciação, há, no Direito objetivo, normas que a confirmam. Normas que apõem a essas figuras econômicas da “variação acumulada da Selic” e da “Selic capitalizada” distintos modos normativos de ser. Com efeito, os artigos 13 da Lei 9.065/1995 e da Lei 10.522/2002 preveem, a título de juros incidentes sobre os créditos tributários da União, a taxa Selic acumulada mensalmente. Precisamente o mesmo critério de que se utilizou o art. 3º da Lei Complementar n.º 148/2014<sup>6</sup>. Sem falar que a **própria Receita Federal do Brasil, em seu manual de atualização dos créditos tributários, faz uso do emprego do método de capitalização simples da Selic, consubstanciador da soma dos específicos índices divulgados mês a mês<sup>7</sup>**. Jamais da sua sobreposição, em típico regime de anatocismo.

<sup>5</sup> O cômputo da taxa Selic se dá, essencialmente, por duas formas: pelo regime de capitalização composto (Selic capitalizada) ou pelo método de capitalização simples (Selic acumulada). No regime de capitalização composto os juros incidem sobre a soma do principal (e.g. valor do empréstimo) e o montante de juros pretéritos. Diante da cobrança de juros sobre juros (o chamado anatocismo), a taxa efetiva de juros varia exponencialmente ao longo do tempo. Já no regime de capitalização simples, os juros incidem sobre o principal e não sobre os valores dos juros pretéritos, não se verificando, portanto, a incidência de juros sobre juros. Ver LOPES, Christian Sahb Batista, RIBEIRO, Mariana Richter. *A disciplina dos juros no direito brasileiro após o advento do Código Civil de 2002. Meritum*, Belo Horizonte, v. 9, n. 1.

<sup>6</sup> Lei n.º 9.065/1995: “Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei n.º 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei n.º 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei n.º 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a,2, da Lei n.º 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.”

Lei 10.522/2002: “Art. 13. O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

<sup>7</sup> Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Pagamentos/pgtoatraso/juromora.htm>>.



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

7.4. Nesse mesmo diapasão fático-jurídico, os manuais de cálculos da Justiça Federal<sup>8</sup> e do Tribunal de Contas da União<sup>9</sup>, em sintonia com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>, determinam a adoção do método de acumulação simples da Selic.

7.5. Já em relação à forma capitalizada da taxa Selic, é a própria avença, entabulada entre o Estado de Santa Catarina e a União, que oferece as coordenadas normativas de sua compostura jurídica. É que, **em sua cláusula décima nona, o contrato de financiamento prevê a Selic capitalizada como punição** pelo descumprimento pelo Estado das obrigações assumidas. Assim o faz ao determinar a “substituição dos encargos financeiros por encargos equivalentes ao custo médio de captação da dívida mobiliária interna do Governo Federal (taxa Selic)”.

7.6. Ora, ao prever como critério de aferição dos descontos do saldo devedor do Estado para com a União um método distinto daquele previsto na lei, o que fez o Decreto nº 8.616/15? Desbordou dos limites tão estritos quanto benfazejos da Lei Complementar nº 148/14. Entrou em rota de colisão frontal com o seu conteúdo material e, mais do que isso, com a sua

<sup>8</sup> “Nota 1: A taxa Selic (Sistema de Liquidação Custódia): a) Deve ser capitalizada de forma simples, sendo vedada a sua incidência cumulada com os juros de mora e correção monetária;”

<sup>9</sup> “Até a data de 31.07.2011, os débitos continuam a ser calculados com atualização monetária do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, acrescido de juros simples de mora de 1% ao mês. A partir de 01.08.2011, entretanto esses débitos serão atualizados exclusivamente através da taxa Selic - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia. (...)”

O Sistema Débito adotou a seguinte metodologia de cálculo, nos casos em que se utiliza a taxa SELIC mensal: (...)

4) A partir de 01.08.2011, a variação calculada pela SELIC dá-se na forma de capitalização simples, ou seja, pela soma aritmética dos valores mensais da SELIC, adicionando-se 1% no último mês de atualização.”(grifei)

<sup>10</sup> RESP n. 1.269.051, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma do STJ (DJe 14.08.2012).



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

declarada e essencial finalidade: reduzir o nível de endividamento das unidades federadas<sup>11</sup>. Razão pela qual é de ser denunciada a sua invalidade material.

### 8. Resposta ao quesito do Poder consultente

À luz de todo o exposto, sinto-me em condições intelectuais confortáveis para ajuizar o seguinte:

I – o tema dos critérios e condições substantivas da renegociação da dívida dos Estados para com a União é constitutivo de reserva de lei. Não enseja, portanto, definição pela via do decreto ou do regulamento executivo;

II – sem prejuízo dessa afirmação, o método de capitalização composta da Selic, empregado pelo Decreto federal nº 8.616/2015, é incompatível com a normação do art. 3º da Lei Complementar nº 148/2014. Normação de que os saldos devedores dos contratos de financiamento dos Estados com a União receberão descontos “em valor correspondente à diferença entre o montante do saldo devedor existente em 1º de janeiro de 2013 e aquele apurado utilizando-se a **variação acumulada da taxa Selic** desde a assinatura dos respectivos contratos”. Pelo que se revela, por mais um título jurídico, método inválido aquele veiculado pelo decreto regulamentador.

<sup>11</sup>Conforme se infere da sua exposição de motivos, esta norma buscou adequar as taxas de juros pactuadas na década de noventa às condições econômicas presentes, de maneira a reduzir o patamar de endividamento dos Estados. Confira-se o seguinte trecho: “Atualmente, as taxas de juros reais da economia brasileira situam-se em patamar substancialmente inferior ao da época. Em 2011, a taxa Selic foi de 9,78%, enquanto a atualização monetária acrescida de juros dos contratos com Estados e Municípios variou entre 17,98% e 21,32%. Essa discrepância tem acarretado dificuldades para que os referidos entes federativos cumpram seus compromissos financeiros, econômicos e sociais”.



## AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA

### 9. FECHO

É meu parecer, respeitadas as opiniões em contrário. Parecer que subscrevo com toda honra acadêmica e o conforto intelectual de quem tudo fez para não se afastar do seu dever de identificar, analisar e descrever por modo objetivo as fontes normativo-constitucionais e também legais aqui citadas.

Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2016



Carlos Ayres Britto  
OAB/DF nº 40.040

**TERCEIRA SEÇÃO**  
**ESTATÍSTICAS**

# INFORMAÇÕES ESTATÍSTICAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

## INTRODUÇÃO

A Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina vivencia um momento ímpar em sua história, pois ao longo de 2017 e 2018 construiu os pilares do seu Planejamento Estratégico, cujas diretrizes implicaram em uma série de projetos e ações já implementadas e outras em execução em 2019. A realização do Planejamento Estratégico permitiu a Procuradoria um momento de reflexão, a partir do qual foi possível estabelecer, de forma madura e corporativa, muitas definições importantes para a instituição, a destacar-se a *missão*, *visão* e *valores*. Ressalta-se ainda, o estabelecimento dos objetivos estratégicos da Procuradoria.

Para uma melhor contextualização do pensamento institucional da Procuradoria Geral do Estado, citamos o seu conceito de *visão*:

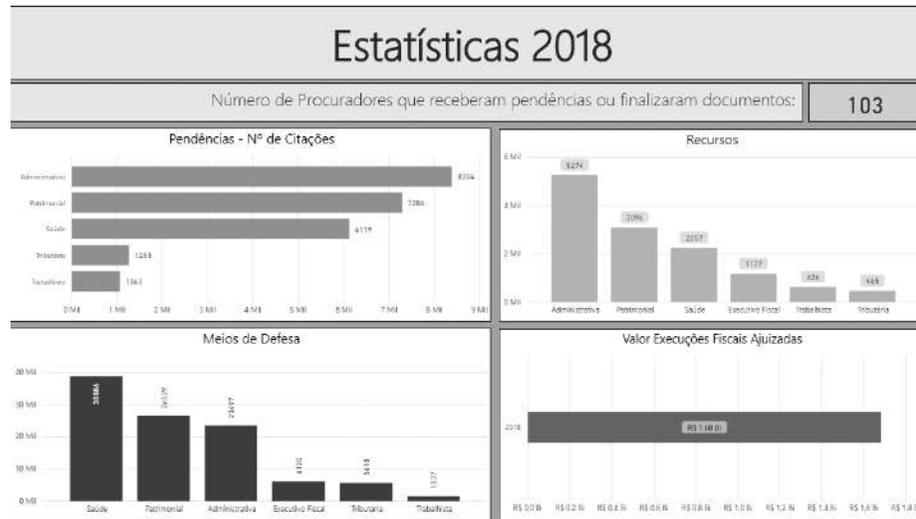
*“Ser reconhecida como instituição **pública** que, com **exclusividade e excelência**, oferece **orientação e defesa jurídicas** ao Estado de Santa Catarina.”*

E a partir do advento da sua identidade organizacional, naturalmente ações foram empregadas alinhadas ao que preconiza o Planejamento Estratégico. E nessa esfera, convidamos em conhecer um pouco as informações estatísticas da Procuradoria, cujos dados refletem o trabalho executado pelos procuradores de estado e servidores relacionados à defesa e orientação jurídica, conforme preconizado em sua *visão*.

Os trabalhos de análise das informações estatísticas da Procuradoria levam em consideração os dados processuais disponíveis na base de dados do sistema de gestão de processos judiciais. Os gráficos e quadros estatísticos apresentados referem-se à comparação dos dados dos exercícios de 2018 e 2019 (neste último até outubro). Especificamente a análise implica na consolidação das informações relativas: **a)** pendências com citação do Estado; **b)** documentos finalizados (recursos e meios de defesa); e **c)** valores das execuções fiscais ajuizadas no período.

Balizar as decisões organizacionais e estratégicas a partir de dados consolidados e devidamente estruturados, é crucial para atingir o reconhecimento previsto em sua *visão*.

Assim, compartilhamos tais informações visando um melhor entendimento dos trabalhos executados com qualidade e dedicação pelos procuradores de estado e corpo de servidores.





**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**Procuradoria Geral do Estado**



**EMais**  
Editora & Livraria Jurídica