



ESTADO DE SANTA CATARINA  
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

---

# Procuradoria Geral do Estado



**EMais**  
Editora & Livraria Jurídica

## GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

**Juliano Dossena** – Procurador Geral do Estado

**Felipe Wildi Varela** – Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

**Francisco José Guardini Nogueira** – Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

## CORREGEDORIA-GERAL

**Fernando Mangrich Ferreira** – Corregedor-Geral

**Luiz Carlos Ely Filho** – Subcorregedor de Autarquias e Fundações

**Gerson Luiz Schwerdt** – Subcorregedor de Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas

## CENTRO DE ESTUDOS

**Adriana Gonçalves Cravinhos** – Procuradora-Chefe

## ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO CENTRAIS

**André Emiliano Uba** – Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

**Ederson Pires** – Procurador-Chefe da Procuradoria do Contencioso

**Ricardo de Araújo Gama** – Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal

## Comissão Editorial

Adriana Gonçalves Cravinhos

Queila de Araújo Duarte Vahl

Weber Luiz de Oliveira

## Impressão

Impressul

## Projeto Gráfico, Diagramação e Capa

Carla Botto de Barros

## Revisão

Andresa Silveira Esteves

Ficha catalográfica elaborada por Juliano Zimmermann – CRB14/1090

R454

Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, n. 7 –  
Florianópolis: PGE/SC, 2018.  
327 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).*



**EMais**  
Editora & Livraria Jurídica

*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



ESTADO DE SANTA CATARINA  
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

---

# Procuradoria Geral do Estado



**EMais**  
Editora & Livraria Jurídica



# SUMÁRIO

EDITAL.....	7
-------------	---

## PRIMEIRA SEÇÃO - ARTIGOS

<b>OS CONTRATOS DE GESTÃO FIRMADOS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – ABORDAGEM SOBRE A NATUREZA JURÍDICA À LUZ DAS IDEIAS DO CONSENSUALISMO E CONTRATUALIZAÇÃO – REFLEXOS ENSEJADOS EM FACE DE TAL DEFINIÇÃO.....</b>	<b>9</b>
--	----------

Alessandra Franco Bacelar Pedreira de Cerqueira

<b>DO EMBATE À COOPERAÇÃO: UMA GUINADA NECESSÁRIA À BUSCA DE MELHORES SOLUÇÕES NOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM A ADMINISTRAÇÃO. UM DESAFIO À ADVOCACIA PÚBLICA.....</b>	<b>21</b>
--	-----------

Ana Carla Pires Meira Cardoso

<b>O DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL .....</b>	<b>33</b>
--	-----------

Angela Cristina Pelicioli

<b>A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS PREVISTO NO ART. 1.032 DO CPC À LUZ DA SISTEMÁTICA RECURSAL NO PROCESSO DO TRABALHO.....</b>	<b>43</b>
---	-----------

Bartira Barros Salmom de Souza

<b>RESERVAS PARTICULARES DO PATRIMÔNIO NATURAL COMO ESTRATÉGIA PARA CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DOS SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS: O FENÔMENO MUNDIAL DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL VOLUNTÁRIA EM TERRAS PARTICULARES .....</b>	<b>51</b>
--	-----------

Evandro Régis Eckel

<b>ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA REALIDADE POSSÍVEL ...</b>	<b>77</b>
--	-----------

Fagner César Lobo Monteiro

<b>A CONSTITUIÇÃO EM MOVIMENTO: UM ENSAIO SOBRE A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>91</b>
--	-----------

João dos Passos Martins Neto

Bárbara L. M. Thomaselli Martins

<b>AS CRISES DO ESTADO E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM AMBIENTE TRANSNACIONAL.....</b>	<b>115</b>
---	------------

Laisa Pavan da Costa

**A DIFÍCIL MISSÃO DE COMPATIBILIZAR A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE COM OS DEMAIS INTERESSES DOS ESTADOS (NAÇÕES)..... 135**

Nataniel Martins Manica

**DIGNIDADE DO HOMEM: FUNDAMENTO DA LIBERDADE, DA ÉTICA HUMANISTA E DO JUÍZO MORAL..... 147**

Reinaldo Pereira e Silva

**A DINÂMICA COOPERATIVO-COMPETITIVA DO FEDERALISMO BRASILEIRO: REFLEXOS NO DIREITO E NAS POLÍTICAS URBANÍSTICAS ..... 171**

Sérgio Laguna Pereira

**O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO ALTERNATIVA PARA A SUPERAÇÃO DO CONTEXTO DE CRISE E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS ..... 187**

Thiago Aguiar de Carvalho

**“QUANDO O SEGUNDO SOL CHEGAR, PARA REALINHAR AS ÓRBITAS DOS PLANETAS”: DE COMO A LEI 13.655/2018 INTENTA ALINHAR DECISÕES JUDICIAIS, DE CONTROLADORIA E ADMINISTRATIVAS À ÓRBITA DA SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NA CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO . ALGUNS APONTAMENTOS. .... 199**

Weber Luiz de Oliveira

**MEDIDAS PROVISÓRIAS À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA ..... 215**

Wendy Elisa Lopez Diaz Abreu

**CARONAS EM REGISTRO DE PREÇOS E A VULNERAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..... 231**

Zulene Barbosa Gomes

Fábio Periandro de Almeida Hirsch

**SEGUNDA SEÇÃO - PEÇA HISTÓRICA**

**A POLÊMICA DO PETRÓLEO: BREVES NOTAS ACERCA DO LITÍGIO SC/PR... 253  
- PETIÇÃO INICIAL..... 257**

Ildemar Egger

## EDITORIAL

A Revista da Procuradoria Geral do Estado volta a apresentar, nesta edição de 2018, temas diversos ligados à Advocacia Pública.

A seleção dos artigos foi feita com vistas a colocar a disposição do leitor, operador do direito, instrumentos de consulta para concretização de trabalhos em defesa do interesse público.

Neste número, foi acrescida uma sessão para apresentação de peça histórica, que tenha servido à sustentação dos interesses do Estado em discussão jurídica relevante a seu tempo, cujos efeitos se prolonguem para vida política de Santa Catarina.

Com esta proposta se pretende, por um lado, aviventar a memória daqueles Procuradores de Estado que participaram ativamente desses momentos de relevo político, com soluções jurídicas para o enfrentamento das questões emergentes. Por outro, fazer revelar a importância da Instituição, que na sua curta vida, vez que instituída em 1982, tem cumprido com vigor seu papel constitucional de defesa dos interesses da entidade federada, o que repercute na vida dos cidadãos catarinenses.

A escolha da peça está relacionada ao início, neste ano de 2018, do julgamento da ação que trata das divisas dos Estados entre os Estados de Santa Catarina, Paraná e São Paulo. O processo foi instaurado por Santa Catarina e aguardava julgamento após mais de 25 anos. Embora iniciado o julgamento, tudo está a indicar mais um período de espera.

A história revela o desprendimento do Procurador do Estado que, uma vez que realiza o trabalho, dele se despede, entregando-o a algo maior que sua vaidade ou interesse pessoal. Entrega ao Estado que representa.

Nossos sinceros agradecimentos a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a elaboração e confecção da revista, em especial aos servidores da Procuradoria Geral do Estado envolvidos.

**Comissão Editorial**



# OS CONTRATOS DE GESTÃO FIRMADOS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – ABORDAGEM SOBRE A NATUREZA JURÍDICA À LUZ DAS IDEIAS DO CONSENSUALISMO E CONTRATUALIZAÇÃO – REFLEXOS ENSEJADOS EM FACE DE TAL DEFINIÇÃO

Alessandra Franco Bacelar Pedreira de Cerqueira<sup>1</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução; 2. Movimento de Reforma de Estado – Consensualismo e Contratualização; 3. Controvérsias acerca da natureza jurídica do contrato de gestão; 4. O contrato de gestão como instrumento contratual moldado pelos princípios da Reforma de Estado; Considerações finais; Referências.

**Resumo:** O presente artigo aborda aspectos pertinentes à natureza jurídica do contrato de gestão celebrado com Organizações Sociais, considerando as ideias de consensualismo e contratualismo administrativos, advindas do movimento de Reforma do Estado, inaugurando um novo viés de atuação da gestão dos serviços públicos sociais.

## 1. INTRODUÇÃO

Considerando, contudo, que a expressão “contrato de gestão” é, no Brasil, uma expressão multifuncional que alberga pactos de naturezas diversas e a depender do sujeito com quem será firmado (entidades da Administração Indireta, dirigentes de órgãos da própria Administração Direta ou organizações sociais), os objetivos visados pelo ajuste são completamente diferentes, há que se concluir que a natureza jurídica do contrato de gestão não será a mesma em todas as hipóteses em que possível a sua celebração.

Por essa razão, o presente estudo restringir-se-á ao contrato de gestão firmado com organizações sociais, de modo que seja possível um maior aprofundamento do tema proposto.

Pontuado isto, tem-se que, para análise do tema, mister se faz uma rápida digressão a respeito de alguns aspectos que reputo como pilares da tese a ser fixada.

Começa-se, pois, aludindo-se a Lei Federal, a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado da Bahia. Procuradora Assistente do Núcleo de Assessoramento da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia.

do Programa Nacional de Publicização – PNP, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais; deixando clara a finalidade de fomento às atividades sociais.

A conceituação de serviço público também constitui peculiar importância neste trabalho, sendo aqui considerado o entendimento de que enseja o contrato de gestão uma descentralização por colaboração, materializada por meio de acordo de vontade, em que o Poder Público transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, preservando, contudo, a sua titularidade.

Na clássica definição fornecida pela Administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>2</sup>, serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público.”

A titularidade dos serviços públicos pertence ao Estado, que pode prestá-los diretamente ou por quem lhe faça às vezes, sendo, alguns serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; outros, passíveis de concessão, permissão ou autorização; e alguns serviços, os chamados “sociais” (referidos pela Carta Magna no capítulo referente a ordem social – serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente), em que a atuação do Estado ocorre paralelamente a da iniciativa privada, não sendo, pois, exclusivos. São estes últimos que ora nos interessa.

## 2. MOVIMENTO DE REFORMA DE ESTADO – CONSENSUALISMO E CONTRATUALIZAÇÃO

Prosseguindo nos estudos desenvolvidos sobre o tema proposto, há que ser dito, por outro lado, que para uma esmerada análise e compreensão do que se chama contrato de gestão, deve-se estudá-lo à luz das ideias do **consensualismo** e **contratualização**, introduzidas pelo movimento de **Reforma de Estado**, ocorrido em vários países e que inaugurou um novo viés da noção de “Administrar” no setor público.

No caso específico do Brasil, foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado o “Plano Diretor da Reforma do Estado”, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado e pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, tendo por objetivo estabelecer diretrizes para a reforma da Administração Pública Brasileira, mediante a redefinição do papel do Estado, reduzindo-o, deixando de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde.

Em relação às funções sociais, a ideia advinda da Reforma é que a presença da Administração Central fosse reduzida à mera coordenação e definição de políticas públicas para sua efetivação, sendo esta atividade complementada por uma co-gestão

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed., 2017, p. 139.

por parte do setor privado.

O discurso utilizado foi pela reconstrução da Administração Pública moderna e racional, gerencial, voltada para o princípio da eficiência (que é o justificador teórico da administração gerencial) e para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão. É a chamada Administração Por Objetivos – APO, na qual a ênfase é deslocada dos meios para os fins e que inspira o contrato de gestão com as organizações sociais, sendo este pacto um instrumento para seu implemento.

O fato é que o consensualismo administrativo, fruto da propagada cultura do diálogo, na qual o Estado há de conformar suas ações em face das emanções da diversidade social<sup>3</sup>, confere novos usos e finalidades, no setor público, a categoria jurídica “contrato” (aqui considerado em sentido amplo e não apenas o contrato administrativo propriamente dito, mas, também outros ajustes que possam ser utilizados pela Administração na consecução de suas atividades).

Pode-se dizer, portanto, que a expansão do consensualismo administrativo possibilitou a implantação, nos países que afetados pelos movimentos reformistas, de uma política de contratualização da ação pública, terreno fértil donde afloram as parcerias lato sensu, cujo conceito no dizer de Jean-Pierre Gaudin<sup>4</sup> são: “convenções múltiplas que ligam os poderes públicos, o setor privado e, outras vezes, o que denomina-se associações da sociedade civil.”

Essa contratualização, que a uma primeira vista poderia ser confundida com um simples “contrato”, possui caráter muito mais amplo, porquanto não significa uma mera concretização jurídica de um acordo de vontades, caracterizando, ao revés, um tipo de relação entre pessoas fundado no diálogo e na busca pelo consenso.

Segundo bem argumenta Jacques Chevallier<sup>5</sup>, nesse compasso de ideias, “o termo ‘contrato’ não remete a uma realidade jurídica precisa, e sim evoca um novo estilo de gestão pública, baseado na negociação e não mais na autoridade.”

Assim é que foi o contrato de gestão idealizado como um recurso derivado de uma índole Administrativa consensual, capaz de ensejar uma gestão pública dotada de agilidade, pautada na eficiência e pela qualidade dos serviços prestados a população, primando pela racionalização e descentralização de atividades até então concentradas e exercidas pelo Estado.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>6</sup> acerca do movimento reformista acontecido no Brasil, observou que foi a necessidade de ser ampliada a descentralização na prestação

3 BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. *L'administration en Chantiers*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, n. 2, p. 299-324, avr. 1994, p. 303.

4 GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique em question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999, p. 14.

5 CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*. Paris: L'Harmattan, 1999, p. 403.

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 371.

de serviços públicos que levou o governo a prever a instituição do Programa Nacional de Publicização – PNP, por meio da Lei nº 9.637, de 15.05.98, pela qual algumas atividades de caráter social, exercidas por pessoas e órgãos administrativos de direito público, poderão ser posteriormente absorvidas por pessoas de direito privado, segundo consta expressamente do art. 20. A absorção implicará, naturalmente, a extinção daqueles órgãos e pessoas e a descentralização dos serviços para a execução sob regime de parceria.

Conforme se vê do comentário acima, com a Reforma de Estado ocorrida no Brasil, o objetivo perseguido era valer-se da ideologia inspiradora do movimento reformista e utilizar o contrato de gestão firmado com organizações sociais como instrumento de deslocamento da gestão administrativa dos serviços sociais, mantendo-se o financiamento do Estado.

O pressuposto era que tais serviços, até então exercidos diretamente pelo Poder Público, seriam mais eficientemente realizados se trespassados para o setor público não-estatal, ficando, tal exercício, a cargo de entidades privadas, sem fins lucrativos, juridicamente tituladas e qualificadas como organizações sociais, sob a coordenação do Estado, um controle por resultado.

De acordo com Zanella Di Pietro<sup>7</sup> as organizações sociais constituem novo tipo de entidade, que o Governo chama de “pública não estatal”, vez que embora não pertençam ao Estado, nem se enquadrem dentre as entidades da Administração Indireta, exercem serviço público e administram o patrimônio público, sob o controle por parte do poder público, um controle de resultados.

### 3. CONTROVÉRSIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTÃO

A essa altura já se pode concluir que, inobstante a denominação “contrato de gestão”, instrumento por excelência de um modelo de gestão administrativa derivado do consensualismo e contratualismo administrativo, essa expressão traz em si inspirações e objetivos mais amplos que os almejados pelo contrato administrativo clássico, entendido como meio de aquisição de bens e serviços pela Administração Pública perante a iniciativa privada (regidos pela Lei nº 8.666/93) ou para transferência de execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos.

Abordados esses aspectos introdutórios, penso já ser possível adentrar propriamente na controvertida temática da natureza jurídica do contrato de gestão celebrado com organizações sociais, que possui natureza jurídica peculiar, não sendo possível equipará-lo a nenhum outro modelo então existente no ordenamento jurídico pátrio.

A doutrina possui opiniões bastante díspares sobre o assunto, havendo aqueles que sustentam a natureza contratual do contrato de gestão, a exemplo de Celso Antônio

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Contratos de Gestão**: Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo9.htm>>. Acesso em 03 jun. 2018.

Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho, Odete Medauar e outros, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que o equiparam aos convênios.

Interessante o posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, segundo o qual os contratos de gestão configuram um “acordo de programa”, que define como sendo um ato administrativo complexo em que duas ou mais entidades, sendo uma delas ao menos entidade administrativa pública, acordam entre si a constituição de uma relação jurídica de mútua cooperação ou colaboração para realização de uma atividade de interesses de todas, sob a coordenação de uma delas.<sup>8</sup>

Em semelhante linha de pensamento, Gustavo Justino de Oliveira<sup>9</sup>, abordou o ponto nodal da definição da natureza jurídica do contrato de gestão, qualificando-o como um acordo administrativo em sentido estrito, uma das espécies de módulo consensual da Administração Pública, assim entendido como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não vinculantes: protocolos de intenção e administrativos, acordos administrativos, contratos administrativos, convênios e consórcios administrativos, contratos de gestão e de parceria público-privada, entre diversas outras figuras de base consensual passíveis de serem empregadas pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.

O Supremo Tribunal Federal – STF, por ocasião do julgamento de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1823/DF, em voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, em sessão plenária e que foi acompanhado pela maioria da Suprema Corte, entendeu que o contrato de gestão firmado entre o Estado e as entidades qualificadas como Organizações Sociais possui a natureza jurídica de convênio, tendo em vista a junção de esforços para realização de interesses comuns (ausência de interesses contrapostos), configurando negócio associativo, e não comutativo. Confira-se:

[...] o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado.

46. É justamente isto que se passa no contrato de gestão, em que a entidade privada, constituída para atuar sem finalidade lucrativa nas áreas elencadas no art. 1º, e o Poder Público, submetido aos deveres constitucionais de agir, pretendem alcançar a mesma finalidade: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia. Os interesses de ambas as partes, portanto, confluem em uma mesma direção, o que é totalmente diverso do que ocorre com a figura típica do contrato administrativo, caracterizado pela oposição de interesses. É nesse sentido que se expressa a doutrina, recusando aos contratos de gestão a natureza verdadeiramente contratual. [...]

No particular, contudo, parece-me que a temática da natureza jurídica do

8 NETO, Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 172.

9 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 241.

contrato de gestão fora abordada de forma incidental na mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, não constituindo, evidentemente, o assunto principal da ação. O Ministro Fux apenas adentrou nessa seara invocando premissa para alicerçar seu entendimento.

Entendo que os argumentos espostos por tal corrente de pensamento não apresentam coerência com o âmago da relação que se estabelece entre o Poder Público e a Organização Social, sendo de se reforçar, conforme dito alhures, que o contrato de gestão não encontra nenhum paradigma no nosso ordenamento jurídico, inobstante apresente traços característicos de outros institutos, tais como convênio e contrato administrativo. Representa, em verdade, repita-se: um instrumento que inaugura um novo desenho de gestão no setor público e esse é, a meu ver, o seu principal traço diferenciador.

O simples fato da Lei nº 9.637/98, em seu art. 5º, ter atribuído ao contrato de gestão a finalidade de fomento<sup>10</sup> (aqui entendida em seu sentido amplo de conceder estímulos positivos ao desenvolvimento de ações e serviços; de criar parceria) de atividades de interesse social e a execução de serviços de interesse público, não o iguala aos convênios, cuja lógica de parceria é diversa e o fomento não se dá mediante a descentralização da gestão de uma atividade administrativa.

Ademais, ambos os institutos possuem tratamento legislativo próprio e apartado, e, embora neles se possa identificar uma soma de esforços em prol de interesses comuns (e isso não é peculiaridade dos convênios), o contrato de gestão não tem como traço a instabilidade do vínculo, como ocorre com os convênios, criando, ao contrário, relacionamentos mais estáveis e em regra vinculantes, sendo os resultados esperados pela parceria parte integrante do ajuste, de modo que o seu não alcance configura a inexecução do pacto. No contrato de gestão, ao contrário do convênio, as partes não estão em posição jurídica similar ou equiparada!

Através do contrato de gestão o Poder Público se faz substituir por uma organização social na prestação de um serviço, que possui afinidade com a atividade desenvolvida pela entidade privada. Perceba-se que os *objetivos imediatos* dessa relação jurídica não são coincidentes, tendo em vista que o primeiro almeja que o serviço seja prestado de forma eficiente e a última persegue o atingimento das metas fixadas. Apenas se considerarmos o objetivo mediato é que podemos identificar convergência de interesses entre as partes.

Vejamos os argumentos de que se valeu Marçal Justen Filho<sup>11</sup> ao advogar ser a natureza contratual dos contratos de gestão:

É problemático definir, em termos abstratos e indeterminados, a natureza jurídica do contrato de gestão. Até se poderia reconhecer figura similar ao 'convênio'. É que as partes, no contrato de gestão, não têm interesses contrapostos. Não se trata de submeter

10 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 17.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed., São Paulo: Dialética, 2000, p. 237.

parcialmente o interesse público a um sacrifício para obter benefícios egoísticos ou vantagens consistentes na redução do patrimônio alheio. Trata-se, muito mais, de contratos organizacionais ou associativos, pelos quais diversos sujeitos estruturam deveres e direitos em de interesses comuns.

Essas considerações não conduzem a identificar contrato de gestão com convênio. Excluídas óbvias diferenças que nem é necessário apontar, pode-se afirmar que o contrato de gestão comporta consideração de cunho sinalagmático. Ou seja, **o contrato de gestão pode ser considerado como oneroso, ainda que nenhuma das partes tenha fins especulativos. Nada impede, inclusive, a previsão de benefícios mais intensos proporcionados à eficiência no desempenho da atividade prevista contratualmente.** Enfim, os direitos assegurados à organização social no contrato de gestão não se configuram como mera liberdade da Administração Pública. O particular tem o dever de cumprir satisfatoriamente certos objetivos. Na medida em que desempenhar adequadamente essas atividades, terá direito de exigir o cumprimento pelo Estado dos deveres correspondentes. (Grifo meu).

Concordo com a tese do i. Administrativista, especialmente quando diz que o contrato de gestão pode ser considerado como oneroso, ainda que nenhuma das partes tenha fins especulativos.

Veja-se que o art. 2º da Lei nº 9.637/98, insere dentre os requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social a finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades, bem como a previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

Entretanto, o próprio dispositivo utiliza as expressões **excedentes financeiros, legados, doações** decorrentes das atividades desempenhadas, o que significa dizer que ao executar o contrato de gestão, passando a ter direito a gerir recursos e bens públicos, a organização social não pode almejar lucro, porquanto não condizente com sua própria índole não-lucrativa, mas, inegavelmente, passa a ter acesso a uma condição favorável e privilegiada que lhe confere incontestáveis benefícios justamente para assegurar-lhe o fomento (em sentido amplo, frise-se) concedendo-lhe estímulos positivos ao desenvolvimento de suas ações e serviços.

#### **4. O CONTRATO DE GESTÃO COMO INSTRUMENTO CONTRATUAL MOLDADO PELOS PRINCÍPIOS DA REFORMA DE ESTADO**

Assim é que, considerando todo o histórico da introdução do contrato de gestão no ordenamento jurídico e os fins por este colimados, não me parece possível enquadrá-lo numa acepção clássica de contrato administrativo, conforme modelo conceitual

então adotado na Administração Pública, constituindo, ao revés, um tipo contratual moderno moldado pelas ideias que permearam a Reforma de Estado e com elas condizente.

Isso pode ser constatado na própria legislação que o disciplina, dada as peculiaridades ali contidas e que lhe imprimem contornos particulares, sob pena de restarem inviabilizados os fins buscados com a sua utilização.

E isso é bem sintetizado por Odete Medauar<sup>12</sup>, para quem tanto os contratos administrativos clássicos como os novos tipos contratuais atualmente espelhados no cenário jurídico, incluem-se num módulo contratual, constituindo o contrato de gestão uma nova figura contratual, mediante a qual são estabelecidos objetivos e metas a serem atingidos, ficando a sua execução sujeita ao acompanhamento, fiscalização e sanção do Poder Público.

Compilando o conjunto de ideias, tem-se que o contrato de gestão possui natureza contratual evidente se considerada, no particular, uma visão moderna da acepção “contrato”, contextualizada nos princípios inspiradores do movimento de Reforma de Estado.

Em face da assertiva de que o contrato de gestão insere-se numa categoria contratual específica, há que se concluir, outrossim, que a legislação que o rege e lhe confere traços peculiares, há que ser compatibilizada, com os princípios constitucionais atualmente vigentes e, no que não contrariar a natureza e as finalidades do referido contrato, com as leis pertinentes a licitações e contrato, seja no âmbito federal e estadual.

Assim, por exemplo, não vislumbro possibilidade da incidência de cláusulas exorbitantes em seu bojo, mas as condições de seu cumprimento estão sujeitas a imposições de interesse público (assegurada, em qualquer circunstância, a proteção do patrimônio privado contratante), o que autoriza determinadas modificações acerca do conteúdo da avença, bem como das condições originalmente pactuadas, de modo a adequar a prestação dos serviços, garantindo a eficiência de sua execução.

Um caso clássico seria a possibilidade de alteração quantitativa do pacto em montante superior ao legalmente permitido pela legislação licitatória, em face de circunstâncias supervenientes, de modo a preservar a boa execução de seu objeto, materializando o exercício da função administrativa.

Outro aspecto a ser abordado concerne às proposições por parte da administração Pública a respeito da possibilidade de inserção/alteração do objeto do contrato de gestão para admitir a realização de obras de engenharia pela organização social.

Quanto a este ponto, entendo que o objeto de um contrato de gestão não comporta a execução de obras e/ou serviços de engenharia, a não ser aqueles serviços necessários a mera manutenção da unidade gerida pela Organização Social, assim entendidos como serviços necessários ao reparo das edificações e de equipamentos, visando à preservação do patrimônio, à garantia do funcionamento das instalações e à incolumidade dos que nelas trabalham ou circulam.

---

12 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 229.

E isto ocorre porque o contrato de gestão firmado com organizações sociais, recurso derivado das ideias advindas da Reforma de Estado, possui como finalidade, frise-se, o fomento de atividades de interesse social, bem como servir de instrumento de deslocamento da gestão administrativa da execução dos serviços sociais.

Assim, a se admitir a ampliação do objeto dos contratos de gestão para contemplar a realização de obras e/ou serviços de engenharia, que não aqueles circunscritos a manutenção predial corriqueira, estar-se-ia, claramente, desvirtuando o a figura do contrato de gestão, ultrapassando de forma negativa os objetivos visados com a adoção do instituto.

Além disso, não bastasse esse impedimento decorrente da própria gênese do instituto, penso que seria temerário para o Estado transferir tal encargo para as Organizações Sociais, entidades privadas, na maioria das vezes destituídas de expertise para realizar contratações de obras e/ou serviços de engenharia de grande monta, o que poderia redundar em verdadeiro desastre, seja técnico, seja financeiro para o Poder Público.

As penalidades passíveis de aplicação as organizações sociais, em caso de descumprimento das obrigações assumidas ao executar o contrato de gestão, também constitui assunto de importante abordagem.

Há que ser dito que a Lei nº 9.637/98, em seu art. 9º, reza que, ao se tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, deverá ser dada ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Mais adiante, em seu art. 10, consigna que, sem prejuízo dessa medida e a depender da gravidade dos fatos e do interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização do contrato representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público e, quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Além disso, o art. 16 do aludido Diploma Federal prescreve que o Poder Executivo poderá, mediante processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, proceder a desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

Ademais, citado dispositivo ainda prevê que, neste caso, os dirigentes da organização social responderão individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão, sendo que a desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Esclareça-se que, inobstante estes dispositivos referirem-se a irregularidades ocorridas na execução do objeto do contrato de gestão, pode-se dizer que apenas a desqualificação da organização social constitui, a rigor, uma sanção administrativa a ser aplicada mediante processo administrativo.

A determinação contida no citado Diploma Legal de que, uma vez verificada ilegalidade ou malversação na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, seja dada ciência ao TCU, MP, AGU ou Procuradoria da entidade constitui mera consequência ou encaminhamento necessário que ocorre em qualquer situação em que identificada irregularidade na aplicação de recursos ou bens de natureza pública. Não caracterizam sanções ou penalidades administrativas.

Assim, observe-se, não se tem um disciplinamento sancionador específico e peculiar estatuído pela Lei nº 9.637/98, passível de aplicação a organização social que incorra em desvios no transcorrer da execução do contrato de gestão, adotando conduta lesiva a interesse público. Existe uma lacuna legislativa, no particular.

Como decorrência disso, entendo possível a aplicação das penalidades contempladas pela respectiva lei licitatória do ente público, ressaltando uma possível dificuldade de aplicação às Organizações Sociais da penalidade de multa, em face do seu caráter pecuniário, vez que os recursos repassados a tais entidades ou possuem natureza pública, quais sejam os necessários a gestão propriamente dita da unidade, não havendo, logicamente, como incidir neste montante financeiro, sob pena de inviabilizar a própria gestão dos serviços; ou, caracterizam-se como excedentes financeiros, legados ou doações.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Finalizando, não há como deixar de reconhecer que o contrato de gestão vem sendo utilizado de forma deturpada pela Administração Pública; não condizente com a sua matriz inspiradora, seus ideais e fundamentos ideológicos, fato que vem impedindo o alcance dos benefícios esperados com a sua utilização.

O que se vê na prática, é que a decisão de publicizar a gestão de determinado serviço é, na maioria das vezes, tomada de forma açodada pela Administração, numa tentativa desesperada de esquivar-se do regramento do regime jurídico administrativo, sem o devido planejamento, sendo as condições e termos contratuais elaborados e fixados de forma unilateral pelo Poder Público, nada havendo de consensual, no particular.

Por sua vez, o volume de Organizações Sociais agiganta-se no mercado, podendo-se claramente perceber um despreparo latente dessas entidades no desempenho do papel de gestor do serviço público social, o que é refletido nos resultados (muitas vezes desastrosos) da prestação dos serviços a população.

A própria Lei nº 9.637/98, em seu art. 6º, 1ª parte, prescreve que o contrato de gestão deverá ser elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a

organização social, deixando claro o caráter consensual que deverá ter o contrato de gestão.

Essa assertiva legal, que lamentavelmente não tem sido implementada pela Administração Pública, prejudicando, destarte, a execução do ajuste e o sucesso da parceria Poder Público X Sociedade, poderia ter seu cumprimento assegurado, por exemplo, com a promoção de política pública de apoio para a adequada estruturação das Organizações Sociais, bem como com a realização de audiências públicas no processo de publicização da unidade.

Contudo, espera-se que com o amadurecimento do instituto, passe o contrato de gestão a ser bem utilizado pela administração Pública, respeitando seus traços característicos, o que, sem dúvidas ensejará ganhos significativos para a sociedade.

Cabe a nós, estudiosos e aplicadores do direito, empreender esforços para assegurar uma utilização escorreita do contrato de gestão, coerente com as ideias e os ideais que o fizeram florescer no ordenamento jurídico.

Por último, cumpre noticiar que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado (CCJ) aprovou em 06/06/2018, em decisão final, Projeto de Lei (PLS 427/2017) que estabelece novas regras para celebração, controle e rescisão de contratos de gestão do poder público com organizações sociais, tendo-se o intuito de reformar a Lei 9.637/1998, contemplando alterações como a fixação de teto de remuneração para os dirigentes dessas entidades; realização de convocação pública para celebração de contratos de gestão; a responsabilização do poder público pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas e fiscais da organização social, caracterizada no caso de não haver os repasses devidos no contrato de gestão, estando limitada, entretanto, ao teto dessas transferências; e a previsão de pena de inidoneidade de dez anos para organização desqualificada na condução desses contratos.

Outras modificações propostas foram a de possibilitar à organização social usar os recursos públicos recebidos também para a compra de equipamentos, obras e outros investimentos e determinar a fiscalização da execução do contrato de gestão pelo controle interno do Poder Executivo respectivo, bem como pelas instituições de controle externo da administração pública, como o TCU e Ministério Público.

Ressalte-se que o texto aprovado afasta a incidência da Lei Federal de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e de demais normas reguladoras de contratações públicas sobre esses contratos de gestão, já que possuiriam caráter de convênio, sendo de se observar, no particular, que as próprias proposições de alteração propostas pelo citado projeto de lei contradizem esta assertiva.

Necessário esperar a evolução e desdobramentos do aludido projeto de lei, sendo prematuro e improdutivo, a meu sentir, adentrar no mérito das ali alterações contempladas, porquanto desprovidas de balizamento técnico-jurídico aprofundado e adequado. Mais me parece uma tentativa de ajustar politicamente o instituto do contrato de gestão, o que me causa grande receio, na medida em que neste desiderato agigantam-se os riscos de ainda mais desconfigurá-lo.

## REFERÊNCIAS

- BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. **L'administration en Chantiers. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger**, Paris, n. 2, p. 299-324, avr. 1994.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31 ed., São Paulo: Atlas, 2017.
- CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) **La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980**. Paris: L'Harmattan, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed., 2017.
- \_\_\_\_\_. **Contratos de Gestão**: Contratação do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo9.htm>>. Acesso em 03 jun. 2018.
- GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique em question. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed., São Paulo: Dialética, 2000.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NETO, Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: **OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). Terceiro Setor, empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

# DO EMBATE À COOPERAÇÃO: UMA GUINADA NECESSÁRIA À BUSCA DE MELHORES SOLUÇÕES NOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM A ADMINISTRAÇÃO. UM DESAFIO À ADVOCACIA PÚBLICA

Ana Carla Pires Meira Cardoso<sup>1</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução; 2 A necessária guinada: Da postura combativa à postura colaborativa na busca de soluções viáveis e eficientes através do consenso; 3 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** Neste artigo buscamos destacar o papel vantajoso das soluções consensuais nos conflitos que envolvam a Administração Pública. Através da construção consensual de soluções viáveis, soluções que não desconsiderem a realidade fática que circunda o conflito, poderá ser alcançada e garantida a melhor forma de satisfação do próprio interesse público. Em que pese já respaldada por lei, a consensualidade nos conflitos que envolvam a Administração Pública ainda impõe o desafio da necessária mudança de postura e mentalidade a ser enfrentado e vencido pela Advocacia Pública. Há, portanto, ainda um caminho a ser percorrido.

## 1. INTRODUÇÃO

Com efeito, é cediço que tensões e conflitos poderão surgir em decorrência de pretensões almejadas pelo cidadão, pelo administrado, em face da Administração.

À Administração Pública, por sua vez, cabe manter-se afinada com o Estado Democrático de Direito e, pois, salvaguardar os interesses da população que se mostrem legítimos e juridicamente amparados. Aliás, hoje não mais se deve vislumbrar o Direito Administrativo como um Direito meramente exorbitante, apenas calcado nos binômios autoridade X liberdade ou prerrogativas X garantias, mas como um Direito baseado também na **cooperação**, um Direito que é da sociedade e que, portanto, deve respeitar, encarecer e privilegiar a própria dignidade humana.

Relevante é também frisar que, se é cediço que existem princípios que regem, limitam e direcionam a atividade administrativa, tais princípios, todavia, e aqui se quer destacar o próprio princípio da supremacia do interesse público, não se erigem como

---

1 Procuradora do Estado da Bahia, Especialista em Direito Público pela UFBA.

obstáculos e empecilhos à composição consensual de interesses legítimos em conflito, tampouco ao reconhecimento de direitos e à sua concretização em favor do administrado.

Existem demandas judiciais que se revelam desgastantes, custosas e, por vezes, absolutamente desnecessárias, levando inclusive ao congestionamento do Judiciário e à sua conseqüente morosidade e ineficiência, haja vista o excesso de ações que lhe são submetidas à apreciação e julgamento.

Pois bem, percorrer o caminho da consensualidade e fazê-lo incorporar à realidade cotidiana da Advocacia Pública, apesar de reconhecidamente necessário e eficaz à pacificação social, à redução da litigiosidade e à justa concretização de direitos legítimos dos administrados; e embora legalmente previsto, ainda exsurge como um grande desafio. Este desafio, por sua vez, para ser vencido impõe prévia transposição de uma relevante barreira, qual seja: **a necessidade de assunção de uma nova postura pelos advogados públicos, uma postura colaborativa, onde o combate, em determinadas situações, deverá ceder lugar ao diálogo em busca do consenso, sempre visando à melhor solução para o conflito estabelecido.**

O Novo CPC<sup>2</sup>, por sua vez, estimula claramente a consensualidade, e os advogados públicos, portanto, devem adquirir uma predisposição de proporem o diálogo e a tentativa de conciliação para dirimir conflitos já instaurados ou prestes a se instaurarem. A propósito, à Advocacia Pública, como uma das funções essenciais à Justiça, cabe atuar sempre alinhada e em conformidade com a sistemática constitucional cidadã, que, por sua vez, conduz à proteção, ao resguardo e à concretização de direitos legítimos do cidadão, bem como à satisfação do interesse público que, por vezes, se traduzirá na própria satisfação do interesse do administrado.

Tem-se, pois, que a Advocacia Pública, função essencial à Justiça, deve ser exercida com foco na pacificação social de conflitos, sobretudo os que envolvam políticas públicas, tendo-se sempre em evidência a premissa de que o interesse público não se opõe nem impede à concretização de legítimos direitos dos administrados. Cooperar com a realização da justiça e do direito nos casos concretos é, sem dúvida, um dever da Advocacia Pública, e a busca do consenso, certamente, o melhor caminho para cumpri-lo.

## **2. A NECESSÁRIA GUINADA: DA POSTURA COMBATIVA À POSTURA COLABORATIVA NA BUSCA DE SOLUÇÕES VIÁVEIS E EFICIENTES ATRAVÉS DO CONSENSO**

A atuação dos Advogados Públicos se mostrará adequada e harmoniosa com a construção de um Estado Democrático de Direito sempre que exercida com foco na justa conformação de interesses em conflito (conflito que, por vezes, poderá revelar-se apenas aparente ao final), permitindo, assim, a concretização de direitos que se

2 Dispõe o art. 3º do CPC: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

mostrem legítimos e juridicamente amparados. Essa é a atuação própria e condizente com a Advocacia de Estado, que, frise-se, não se confunde nem se iguala à mera Advocacia de Governo.

Aqui cumpre dizer que será sempre mais vantajosa, sobretudo quando se tratar de conflitos que envolvam políticas públicas, a resolução amigável e consensual. Um acordo construído pelas partes será sempre melhor que a decisão judicial imposta, que, na maioria das vezes, poderá implicar na necessidade de realocação forçada de recursos financeiros e no conseqüente e indesejado remanejamento de valores. Ademais, este acordo resultante do consenso, da relação dialógica estabelecida, conferirá uma necessária sensação de justiça alcançada, de legitimidade da solução dada à demanda, além de reduzir os custos financeiros para as partes e de proporcionar o término mais célere do conflito estabelecido.

É necessário, portanto, que se rompa com o modelo de justiça que privilegia o conflito, o embate e o dissenso em detrimento da busca de uma solução conciliatória possível para o litígio instaurado.

O Novo CPC, a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (na audiência de conciliação) e a recente e promissora Lei nº 13140/15 abrem espaço para o diálogo e, portanto, para um possível consenso na busca de soluções adequadas para os conflitos estabelecidos.

Mas não basta, todavia, a mera previsão legal dos métodos de autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública. Ainda é preciso mais: é necessário vencer a difícil tarefa de transpor a mera previsão legal e chegar-se à prática da conciliação no cotidiano da Advocacia Pública. Chegar-se à prática da construção de **soluções viáveis e eficientes** para dirimir conflitos estabelecidos em face da Administração Pública, **sem ignorar a realidade como ela é e como se apresenta**, alcançando resultados positivos nos casos concretos.

Significa dizer, portanto, que é preciso sair do campo do meramente ideal e puramente teórico para o real e prático, porquanto não se pode nem se deve ignorar a realidade como ela se apresenta para que se obtenha soluções viáveis e de resultados positivos nos casos concretos. E é aí que entra a consensualidade como importante mecanismo que permite à Administração, não ignorando a realidade como se apresenta, buscar, construir e propor soluções positivas e eficazes em determinados conflitos. Eis o grande desafio estabelecido.

E aqui convém enfatizar que a indisponibilidade do interesse público não inviabiliza a conciliação, que deve ser sempre o primeiro e o mais estimulado caminho a ser percorrido pelo operador do Direito, inclusive pelo Advogado Público, **sempre que o Direito conferir suporte e legitimidade à pretensão objeto do conflito**.

Com efeito, o Estado não pode nem deve valer-se da lentidão do Judiciário para retardar ou mesmo para se eximir das suas obrigações perante o administrado. Conciliar conflitos, concretizando em justa medida legítimos interesses vindicados pelo

particular/cidadão, revela-se, portanto, como o único comportamento e a única conduta compatível com a Constituição e com o próprio Estado Democrático de Direito.

A Lei nº 13140/15 surgiu como uma grande promessa para a resolução de conflitos e a redução da litigiosidade, cabendo à Advocacia Pública o relevante papel de dar efetividade à política pública da conciliação. Transpor esta previsão legal para a realidade na prática cotidiana é o desafio posto aos Advogados Públicos.

Como primeiro passo a ser dado, e aqui parafraseando Kazuo Watanabe<sup>3</sup>, tem-se por absolutamente necessária a *mudança de mentalidade* dos Advogados Públicos. Ou seja, a necessária transposição da cultura da sentença à cultura do acordo. A guinada do antagonismo à cooperação, da combatividade ao diálogo em busca do consenso, **pois o diálogo e o consenso fortalecem a própria democracia**. E fortalecer a democracia, e, pois, o Estado Democrático de Direito, também é salvaguardar e encarecer a própria dignidade da pessoa humana.

Se não há dúvida de que a Administração Pública se inclui como destinatária dos métodos consensuais de resolução de conflitos previstos no CPC e na Lei nº 13140/15, também não há dúvida de que o seu bom êxito neste caminho a ser percorrido não prescinde, ao revés, **impõe uma verdadeira mudança da mentalidade jurídica do Advogado Público**.

Urge então que a postura meramente combativa, pautada no litígio e focada na pressuposta existência da contraposição de interesses e, por consectário, na dita supremacia do interesse público, em muitos momentos e situações, ceda lugar à atuação dialógica e cooperativa do Advogado Público, que não deve ter medo de buscar soluções inovadoras visando à melhor maneira de dirimir o conflito estabelecido e à justa e adequada conformação dos interesses em debate, cuja divergência, como aqui já ressaltado, muitas vezes, ao final, poderá revelar-se apenas aparente e superficial. De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>4</sup>, a cooperação possibilita o concertamento de vontades que levará ao desejado consenso.

Ora, a possibilidade da atuação proativa da Advocacia Pública, segundo afirma Gustavo Binbenbojm<sup>5</sup>, é uma das características que a faz uma função de Estado absolutamente peculiar, que não só pode como deve atuar proativamente, buscando prevenir litígios e recomendando soluções consensuais em preferência às soluções litigiosas. Este é um compromisso da Advocacia Pública com o princípio constitucional da eficiência e com o próprio Estado Democrático de Direito. De acordo com Binbenbojm<sup>6</sup>

3 WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: dpj, 2005, pp. 684-690.

4 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 231, jan/mar 2003.

5 BINENBOJM, Gustavo. O Papel da Advocacia Pública na Estabilidade Jurídica e no Desenvolvimento do País. In PEDRA, Adriano Sant'ana; FARO, Julio Pinheiro e VIEIRA, Pedro Gallo (coord.). *Advocacia Pública de Estado. Estudos Comparativos nas Democracias Euro-americanas*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 111-120.

6 BINENBOJM, Gustavo. O Papel da Advocacia Pública na Estabilidade Jurídica e no Desenvolvimento do País. In PEDRA, Adriano Sant'ana; FARO, Julio Pinheiro e VIEIRA, Pedro Gallo (coord.). *Advocacia Pública*

[...] A imposição de limites jurídicos à vontade de gestores públicos é condição sine qua non da Advocacia Pública diferenciada da Advocacia Privada. Se o Advogado Privado é o profissional que atende aos interesses do seu cliente, dentro dos limites da sua ciência e da sua consciência, o Advogado Público, além da sua ciência e da sua consciência, deve reverência aos limites impostos pelo ordenamento jurídico. E esses balizamentos jurídicos devem ser estabelecidos tanto no exercício da consultoria, como no exercício da representação judicial.

[...]

Em relação à representação judicial, a defesa judicial da presunção da legitimidade dos atos do Poder Público deve ceder diante das situações em que a própria Advocacia Pública entenda que essa presunção foi elidida. É papel da Advocacia Pública reconhecer quando os limites da juridicidade foram ultrapassados e opinar, com efeito vinculante, no sentido da confissão a direitos postulados pelos particulares, da desistência de ações, da realização de transação e da uniformização de entendimentos administrativos que abreviem esses litígios e contribuam para a redução da pletera de demandas que assola o Poder Judiciário do país.

O caminho conciliatório é, pois, o caminho que privilegia e cumpre o próprio princípio da eficiência. A propósito, Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos<sup>7</sup> ressaltam que o princípio constitucional da eficiência impõe uma perseguição otimizada do bem comum, que, em inúmeras situações, somente será alcançado através de uma solução acordada, transacionada, pensada e construída sem desprezo da realidade que se apresenta. Ou seja, em muitos casos, somente através do consenso e do diálogo, e considerando-se a realidade que circunda a situação concreta, poderá advir a melhor e a mais acertada solução para a controvérsia estabelecida, sobretudo quanto envolve políticas públicas.

Destaque-se, ainda, que o interesse público não constitui óbice à conciliação. Ao revés, será justamente o propósito de satisfazer e alcançar o interesse público no caso concreto que impulsionará a construção de soluções conciliatórias para dirimir determinados conflitos estabelecidos com a Administração Pública. Assim, diferente do que se poderia supor, e como aqui já manifestado, em determinados conflitos, apenas através do diálogo e do consenso é que o interesse público restará efetivamente garantido e assegurado.

Quanto ao denominado interesse público, cabe ressaltar a fluidez conceitual de sua noção. Costuma-se invocá-lo, é verdade. Mas, afinal, o que é, de fato, o interesse público cuja supremacia se apregoa? É ele um óbice real às resoluções consensuais dos conflitos estabelecidos com a Administração Pública? Constitui impedimento à conciliação? Tais perguntas somente poderão ser respondidas nas situações concretas onde se instaurarem os conflitos, porquanto, apenas no caso concreto, é que se pode averiguar o que realmente se constitui como interesse público e que, portanto, enseja efetiva proteção e supremacia.

de Estado. *Estudos Comparativos nas Democracias Euro-americanas*. Curitiba: Juruá Editora, 2014., p. 115.

<sup>7</sup> BATISTA JUNIOR, Onofre Alves e CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. In: *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, ano 14, n.155, jan. 2014.

Marçal Justen Filho<sup>8</sup> esclarece que:

[...] Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo “o interesse público”. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse “interesse público”, e sim porque compatível com os direitos fundamentais.

Assim, o processo de concretização do direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter predeterminado (como, por exemplo, a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse como público. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário, representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais acatados pela comunidade. **O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público. Sempre e em todos os casos, tal se dá por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais.** (Grifo da autora)

No mesmo sentido é a conclusão formulada por Gustavo Binbenojm<sup>9</sup>

[...] A despeito da dificuldade em torno da caracterização do que seja interesse público, conceito jurídico indeterminado por excelência, pode-se afirmar que a expressão aponta, em sentido lato, para os fundamentos, fins e limites a que se subordinam os atos e medidas do Poder Público.

Nesse contexto, os valores encampados constitucionalmente, tidos como paradigmas da ordem jurídica, representam interesses públicos, ou seja, diretrizes efetivamente vinculantes para a máquina estatal. Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Conseqüentemente, o interesse público, num caso específico, pode residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual.

Importante advertir, como bem ressaltado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>10</sup>, que na composição conciliatória de conflitos que envolvem a Administração Pública não se busca negociar o interesse público, se busca, isto sim, encontrar a forma de melhor atingi-lo, o modo mais eficiente de alcançá-lo. A propósito, conforme também destacado pelo ilustre professor e jurista, o interesse público deduzido no conflito coexiste com o não menos importante interesse público de compor o conflito estabelecido. Retomar a normalidade das relações sociais é, sem sombra de dúvida, também um interesse da maior relevância.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64-65.

<sup>9</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 148.

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, jan/mar 2003.

Outrossim, impende ainda registrar que o princípio do Estado Democrático de Direito exige a adoção de uma postura respeitosa do Estado em relação aos indivíduos/cidadãos. O Poder Público não pode violar direitos legítimos dos administrados. E se houve indevida restrição ou violação de direitos e interesses legítimos dos administrados, deve ser corrigida com a colaboração da Advocacia Pública, que inegavelmente se enobrece ao atuar na defesa da própria sociedade.

Daniel Sarmento<sup>11</sup> esclarece que o princípio da legalidade impõe o atuar do Poder Público em conformidade com a regra jurídica e, por consectário, impede a invocação do interesse público como justificativa para manter-se uma violação porventura já perpetrada no direito do administrado. Por sua vez, segundo ele, a Administração vincula-se não somente à lei, mas a um *bloco de legalidade*, no qual se inserem princípios, objetivos e valores de cunho constitucional, e a esta formulação tem-se denominado *princípio da juridicidade* ou *princípio da legalidade em sentido amplo*.

A dita supremacia ou indisponibilidade do interesse público, como se vê, não pode ser validamente invocada como obstáculo ao caminho da consensualidade nos conflitos que envolvam a Administração Pública, haja vista que, em diversas situações, será mediante o consenso, e apenas mediante o consenso, que o interesse público restará efetivamente assegurado. Sendo assim, o que se conclui é que o interesse público, em verdade, não deverá ser visto como obstáculo à conciliação, porquanto, como já manifestado alhures, em muitas situações, será mediante o consenso que se viabilizará a construção de uma solução justa e adequada à hipótese conflituosa estabelecida e que, por sua vez, se mostrará como a melhor para a garantia ao respeito aos direitos fundamentais, à economicidade, à eficiência e, pois, à boa administração pública em favor dos administrados.

Resta aqui posta, portanto, a premente necessidade de mudança de postura da Advocacia Pública: do antagonismo e da combatividade ao consenso e à colaboração em busca de melhor garantir e satisfazer o interesse público. Uma postura unicamente combativa não mais se mostra condizente nem adequada com o papel que fora confiado à Advocacia Pública pela Constituição Federal, que a erigiu à condição de função essencial à justiça. Por isso, cabe à Advocacia Pública buscar soluções céleres e justas às demandas sociais, restando já evidenciado que o processo judicial não é o único, tampouco o melhor ou o mais eficiente meio de alcançá-las. Os meios consensuais de resolução de conflitos possuem a mesma legitimidade e se mostram igualmente jurídicos tanto quanto o processo judicial, e a Advocacia Pública, com certeza, é a instituição que detém melhor capacidade para mediar conflitos entre a Administração Pública e os administrados, sobretudo no que concerne à concretização de políticas públicas, promovendo, assim, a pacificação social<sup>12</sup>.

11 SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. 2ª Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007, p. 23-116.

12 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da ciência política. In GRINOVER, Ada Pelegrini e WATANABE, Kazuo (org.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 3, destaca que: *São igualmente numerosos e enfáticos os protestos por parte dos adminis-*

Convém destacar que, por óbvio, a combatividade do Advogado Público somente deverá ceder lugar à solução consensual do conflito após a avaliação dos riscos da demanda já instaurada ou prestes a se instaurar. Identificar as causas nas quais deverá ser sugerida a tentativa de conciliação constitui relevante tarefa a ser cumprida pelos Advogados Públicos, e se revela essencial para conferir efetividade à prática do consenso no âmbito da Advocacia Pública de Estado.

A Lei nº 13140/15, no seu art. 32, §2º<sup>13</sup>, dispôs que a sujeição dos conflitos às câmaras de conciliação é facultativa, sendo cabível apenas nos casos previstos no regulamento do ente federado.

Pois bem, a filtragem das demandas que deverão tomar o caminho da conciliação (ou ao menos da sua eficiente tentativa) e aquelas que deverão seguir o seu curso no ou para o judiciário pelo caminho do litígio e do combate é uma relevante e prévia medida a ser adotada pelos advogados públicos para o bom êxito da política pública da conciliação e, pois, para a incorporação da prática conciliatória no exercício da Advocacia Pública.

A solução conciliatória sempre se mostrará possível e mesmo necessária quando não for incompatível com o interesse público e, sobretudo, quando se revelar como aquela que melhor o favorece e o concretiza.

É certo que a solução consensual privilegia a eficiência e a economicidade, e em que pese o art. 32, §2º, da Lei nº 13140/15 estabelecer a mera faculdade da submissão dos conflitos às câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a nosso ver, a Advocacia Pública deverá sugerir a tentativa de conciliação como meio de solucionar o conflito estabelecido quando, após avaliado o seu *risco jurídico*<sup>14</sup>, se observe

*tradores públicos questionando determinações judiciais, quer apontando a impossibilidade orçamentária ou material de cumpri-las, quer denunciando a ingerência em questões vistas como dependentes exclusivamente da discricção da autoridade nas distintas esferas do Executivo. Uma vez mais, os exemplos são praticamente diários. Devido à grande repercussão, destaquem-se, de um lado, as decisões por parte de magistrados obrigando a internação de doentes em hospitais, ou a concessão de medicamentos, ou ainda a paralisação de obras etc., e, de outro, as contestações de representantes da Administração Pública ou do setor privado. Em resumo, mesmo uma leitura menos atenta do noticiário relativo ao cotidiano permite afirmar que cresceu significativamente a presença pública de magistrados e de tribunais. Expressões como "batalha jurídica", "guerra de liminares" entraram no vocabulário. Difícilmente se encontrará uma questão relevante, de impacto na vida coletiva, sem que tenha havido o posicionamento do Judiciário.*

13 §2º – A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

14 SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de Conflitos e Administração Pública. In HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 216-217, assim preconiza: *A primeira etapa para se avaliar inclusive se é o caso de resolução consensual de conflitos na seara pública reside na avaliação de risco jurídico nas ações judiciais e representações administrativas em face do Poder Público. Vale dizer, é necessário um exame sério e abrangente da consistência dos argumentos fáticos e jurídicos invocados por cada cidadão, empresa ou entidade que esteja a questionar um ato do Poder Público ou a pleitear algo em face deste. Algumas vezes, se poderá concluir preliminarmente que não é caso de contestar o pedido, porque assiste razão ao particular, no todo ou em parte. E se a ele assiste razão, a medida mais econômica (porque evita gastos maiores posteriores, inclusive com a utilização da máquina administrativa e/ou jurisdicional) e a única admissível juridicamente para um ente público, vinculado que está ao princípio da legalidade, é atender o pleito. Não há, nessas hipóteses, espaço para a negociação propriamente dita, mas sim para o reconhecimento total ou parcial da procedência do pedido. Outras vezes, a conclusão que deflui dessa análise, ainda que preliminar, é que o pleito do particular não tem fundamento fático e/ou jurídico, de modo que tampouco resta outra alternativa senão contestá-lo, protegendo assim tanto o interesse público primário, de que as regras sejam cumpridas, quanto ao secundário, de que o patrimônio público não seja afetado por pleitos abusivos. Outras tantas vezes, porém, se verificará que existe algum grau de probabilidade de que o particular tenha razão, mas ainda não existe certeza fática (por ser eventualmente necessária a instrução ou as provas já existen-*

superlativa chance de êxito da pretensão do particular à luz das provas coligidas e/ou à luz do direito aplicável ao caso, ou mesmo da jurisprudência já consolidada nos Tribunais Superiores acerca da questão.

Ora, quando o conflito instaurado veicula pretensão desprovida de embasamento fático e/ou jurídico, não se vislumbra outra possibilidade senão contestá-la, protegendo, com afincado e diligente combatividade, o interesse público. Assim, nestas hipóteses, ainda que o caso, em tese, esteja eventualmente previsto no regulamento a ser editado pelos entes federados (conforme previsão estabelecida no §2º do art. 32 da Lei nº 13140/15), não será viável a proposição de uma solução conciliatória para o conflito.

Por outro lado, quando se vislumbra uma superlativa probabilidade de êxito judicial da pretensão do administrado, seja em função do seu suporte probatório, seja em função do direito aplicável à espécie e dos precedentes judiciais já sedimentados pelas Cortes Superiores, a tentativa conciliatória será o caminho necessário à desejável **eficiência e economicidade**. A nosso ver, portanto, independentemente de encontrar-se prevista ou não no regulamento do ente federado (art. 32, §2º, da Lei nº 13140/15), a **tentativa conciliatória**, com fundamento no próprio interesse público, estará autorizada. Mais ainda: a nosso ver, a sua sugestão pelo Advogado Público como solução para o conflito será medida impositiva ao bom desempenho da própria Advocacia Pública.

Destarte, sempre que a pretensão postulada, objeto do conflito, se revelar legítima e juridicamente amparada, evidenciando um elevado risco jurídico à Administração, a eficiência, a economicidade e o próprio interesse público recomendarão a tentativa conciliatória.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do quanto aqui expandido, o que se conclui é que a solução consensual de conflitos que envolvam a Administração Pública, muitas vezes, se mostrará a mais vantajosa, revelando-se como a que melhor atenderá o próprio interesse público. Do acordo construído surgirá a solução viável que melhor satisfará os interesses de ambas as partes.

Acordos resultantes do consenso, da relação dialógica estabelecida, além de proporcionarem um sentimento de justiça alcançada, de legitimidade da solução conferida à demanda, reduzem os custos financeiros para as partes e proporcionam o término mais célere do conflito, atendendo, portanto, a economicidade e eficiência.

Não obstante tais constatações, é necessário reconhecer que existe ainda um

---

*tes não serem conclusivas) ou jurídicas (por serem admitidas diversas interpretações das normas jurídicas aplicáveis e/ou porque a própria jurisprudência está dividida acerca do tema). E aí reside o espaço para a utilização da resolução consensual de conflitos. Quando se verifica a incerteza, deve-se proceder a uma avaliação de risco, de modo que se verifiquem quais são as chances de o particular ter êxito em seu pleito num processo adversarial, à luz das provas e do direito aplicável. Se essas chances foram significativas, valerá a pena buscar uma solução consensual. Pensamos, todavia, e, neste ponto, parece que divergindo da autora, que, mesmo nas hipóteses em que se vislumbra consistência fática e jurídica na pretensão deduzida em face do Poder Público, estando a referida pretensão acobertada pelo Direito e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, ainda assim é possível tentar-se uma solução conciliatória para o conflito (havendo espaço para a negociação), com ganhos para ambos os lados.*

relevante desafio a ser enfrentado pela Advocacia Pública para que, efetivamente, seja percorrido o caminho da consensualidade. Entre a previsão legislativa e a prática da solução consensual de conflitos, existe ainda uma distância a ser trilhada e que exigirá a adoção de posturas necessárias incumbidas à Advocacia Pública enquanto instituição, bem como a cada um dos seus membros. Uma vez pavimentado e alargado o caminho do consenso na Advocacia Pública, muitos ganhos advirão em favor da coletividade e, sem dúvida, da própria Administração.

Atrás de posições antagônicas, muitas vezes, haverá interesses comuns subjacentes, plenamente compatíveis e, portanto, conciliáveis. Posições opostas não necessariamente se traduzirão em incompatibilidade absoluta de interesses. Esta não deve ser uma presunção adotada pela Advocacia Pública no exercício da defesa dos interesses do Estado. E é com base no próprio princípio democrático (art. 1º da CF/88) que o Poder Público, através da Advocacia Pública, sempre que possível deverá buscar previamente o caminho do diálogo, visando alcançar o consenso acerca da melhor solução a ser dada para o determinado conflito instaurado ou prestes a se estabelecer.

Destarte, há que se fomentar entre os membros da Advocacia Pública a cultura da conciliação, do acordo, da solução consensual de conflitos, visando despertar a necessária consciência de que a combatividade que se espera do Advogado Público deve se restringir às situações nas quais o litígio estabelecido se mostra claramente contrário ao interesse público, e a pretensão dirigida ao Poder Público claramente ilegítima e sem juridicidade.

É preciso, pois, que se produza entre os membros da Advocacia Pública uma verdadeira guinada, qual seja: do antagonismo à cooperação; da combatividade ao diálogo em busca do consenso. E isto com a intenção de construir e alcançar a justa e adequada composição de conflitos estabelecidos; viabilizando, dessa forma, em justa medida, a concretização de direitos e de reivindicações formuladas em face do Poder Público que se mostrem legítimas e juridicamente amparadas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Controle Externo e Técnicas de Mediação: A busca de soluções com foco no interesse público. In: **Revista do TCU**, out/dez 2003. Disponível em: <[revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/699/759](http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/699/759)>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In **SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves e CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. In: **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 14, n.155, jan. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In **SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. O Papel da Advocacia Pública na Estabilidade Jurídica e no Desenvolvimento do País. In **PE-**

DRA, Adriano Sant'ana; FARO, Julio Pinheiro e VIEIRA, Pedro Gallo (coord.). **Advocacia Pública de Estado. Estudos Comparativos nas Democracias Euro-americanas**. Curitiba: Jurua Editora, 2014.

FAGUNDEZ, Roney Ávila e GOULART, Juliana Ribeiro. **O Marco Legal da Mediação no Brasil: Aplicabilidade na Administração Pública**. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/322621384\\_O\\_Marco\\_Legal\\_da\\_Mediação\\_no\\_Brasil\\_Aplicabilidade\\_na\\_Administração\\_Pública](https://www.researchgate.net/publication/322621384_O_Marco_Legal_da_Mediação_no_Brasil_Aplicabilidade_na_Administração_Pública)>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em Juízo: poder-dever de transigir**. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19849-19850-1-PB-pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19849-19850-1-PB-pdf)>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2008.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. *Ética na concretização dos direitos fundamentais*. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.19, ago. 2007. Disponível em: <[http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Luiz\\_Lugon.htm](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Luiz_Lugon.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, jan/mar 2003.

SABINO, Marco Antônio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde. In **GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (org.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da ciência política. In **GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (org.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In **SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2ª Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de Conflitos e Administração Pública. In **HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In **YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (org.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: dpj, 2005.



# O DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Angela Cristina Pelicoli<sup>1</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução. 2. A capacidade contributiva na história. 3. Conceito do princípio da capacidade contributiva. 4. O cumprimento do princípio da capacidade contributiva garante a aplicação do princípio da isonomia. 5. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** Não cobrar de quem ou beneficiar quem detém maior riqueza é acintoso atentado perpetrado pelos Poderes Executivo e Legislativo contra os direitos fundamentais, contra a cidadania, contra a justiça social, enfim, contra a democracia e seu indissociável compromisso com a igualdade.

## 1. INTRODUÇÃO

Há uma ideia corrente de que o Estado fiscal brasileiro, de maneira geral, excede na cobrança de seus tributos. Essa ideia é equivocada, porque, as más práticas<sup>2</sup> dos administradores públicos e do Poder Legislativo “seletivamente reduzem os tributos de grupos privilegiados, gerando injustiças e bagunçando o setor produtivo.”<sup>3</sup>

De mais a mais, os benefícios fiscais criados sem critérios retiram da população mais necessitada direitos que são constitucionalmente considerados fundamentais, como a assistência social, a educação, a saúde e o direito de acesso à Justiça, entre outros. Esses direitos têm um custo elevado que não pode ser pago sem os tributos renunciados.

Além disso,

no Brasil, desde o período colonial, notadamente se prestigiou a tributação indireta, incidente basicamente sobre o consumo, uma vez que a tributação direta exigiria uma

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade de Lisboa. Procuradora do Estado de Santa Catarina em atuação na área fiscal.

<sup>2</sup> Receita volta a defender revisão de benefícios fiscais. Os benefícios fiscais sem critérios e com fins, exclusivamente, eleitoreiros praticados pelos administradores públicos e legisladores nada republicanos devem ser revistos. No ano em curso de 2018, até agosto, foi contabilizada a renúncia fiscal de 270 bilhões de reais, segundo o Secretário da Receita Federal Jorge Rachid. (RODRIGUES, Eduardo. Receita volta a defender revisão de benefícios fiscais. **In: Estadão**. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2018/08/01/receita-volta-a-defender-revisao-de-beneficios-fiscais.htm>>. Acessado em 01 ago. 2018).

<sup>3</sup> CARBONE, Caio. **Pagamos muito ou pouco imposto no Brasil**. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2018/Pagamos-muito-ou-pouco-imposto-no-Brasil>. Acessado em 24 ago. 2018.

maior eficiência por parte do Fisco, inexistente nos primórdios do Brasil colonial e mesmo no período do Brasil imperial.<sup>4</sup>

É em decorrência desse conjunto de desacertos que o princípio da capacidade contributiva vem sendo reiteradamente violado, já que sua observância pressuporia, na gestão dos gastos públicos, a adoção de uma “exigência lógica que obriga a buscar a riqueza ali onde a riqueza se encontra.”<sup>5</sup>

Dessa forma, esse artigo pretende discutir o tema do descumprimento do princípio da capacidade contributiva na sistemática tributária nacional.

## 2. A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NA HISTÓRIA

Para melhor situar a capacidade contributiva nos tempos modernos é necessário fazer uma avaliação histórica do princípio.

Zilveti, analisando a construção da igualdade na tributação no alvorecer da modernidade, ensina que:

O coroamento do século XVIII, sob todos os aspectos, veio da declaração dos direitos do homem e do cidadão. Segundo Bobbio, a declaração aprovada na Assembleia Nacional Francesa, em 26 de agosto de 1789, teve um cunho eminentemente tributário. Essa declaração de direito precedeu a própria Constituição Francesa, e não foi por acaso. Declarar direitos vem antes de constituir qualquer Estado, principalmente após uma revolução. Sob a perspectiva fiscal, tema que foi a gota d'água no processo de ruptura, a declaração de direitos precisava da proclamação da liberdade, da igualdade e da soberania popular. Esse texto representou, afinal, a derrocada do antigo regime, notadamente fundamentado na relação tributária de direito privado. Mais do que romper com a monarquia, o contribuinte precisava de outra relação tributária, que tivesse uma entidade destacada do processo monárquico, o Estado. Na França, a exaustão do Sistema Tributário como relação de poder privado levou, afinal, ao estabelecimento de uma relação de direito público, em que o poder do rei deu lugar ao poder estatal. De resto, principalmente na Europa continental, a relação de direito em matéria tributária tardou em se efetivar. Um dos maiores contributos da revolução francesa foi, portanto, eliminar a relação privada do Direito Tributário. Com isso, se coloca a soberania fiscal como elemento de Estado e, principalmente, do Sistema Tributário. Essa soberania elevou, ainda, a igualdade ao plano constitucional ao prever o princípio da capacidade contributiva. [...] É certo que o constituinte francês de 1790 procurou fazer um sistema bem diferente daquele praticado anteriormente em termos de justiça fiscal. [...] A igualdade na tributação, a racionalização dos tributos em relação às receitas, a identidade de tributos em todas as regiões da França, o fim do arbítrio e violência na arrecadação, a anualidade, a supressão do imposto indireto e a pessoalidade do tributo são algumas das disposições constitucionais de maior relevância.<sup>6</sup>

No período colonial brasileiro, as instituições fiscais atuavam em avesso ao princípio da capacidade contributiva:

4 MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil**. São Paulo: MP Ed., 2010, p. 47.

5 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. **Sentencia n° 27/1981**, de 20 de julho, BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/27>. Acesso em: 17 jun 2018.

6 ZILVETI, Fernando Aurélio. **A evolução histórica da teoria da tributação**: análise das estruturas socioeconômicas na formação do sistema tributário. São Paulo: Saraiva, 2017, p.191-192.

No Brasil, a história do século XVIII demonstra o atraso institucional da tributação, com fraudes e corrupção. O pagamento de tributos em espécie dava espaço à sonegação, por meio da falsificação e adulteração das mercadorias utilizadas para tal finalidade. Da parte do Fisco, era comum a avaliação das mercadorias a menor, utilizando parâmetros casuísticos muito particulares. Não obstante os tributos lançados recaíssem sobre todos os colonos, as elites econômicas dispunham de favores fiscais a permitir a fuga da violenta carga fiscal.<sup>7</sup>

Na Constituição brasileira de 1824, o princípio da capacidade contributiva é o mesmo direito garantido ao contribuinte na Constituição Francesa de 1791:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...]

XV. Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

Embora a Constituição de 1824 tivesse proposto a igualdade em matéria tributária, para sua efetiva implementação

[...] seria necessário reformar todo o Sistema Tributário de então. Essa medida não passou de norma programática, jamais um princípio a limitar o poder de tributar. As alianças comerciais internacionais de um país recém-independente foram marcadas com a celebração de diversos tratados internacionais em matéria tributária. Esses tratados, isoladamente, já colocariam por terra o princípio da capacidade contributiva. Os tratados internacionais, a começar com o celebrado com Portugal, resultaram na redução de tributos aduaneiros em 15%, de acordo com a lei de 24 de setembro de 1828, destinada a uniformizar a questão, antes privilégio dos ingleses. Para Nogueira, o princípio da capacidade contributiva, conceito econômico de justiça social, inserido no sistema tributário precário do século XIX, representava um conceito jurídico indeterminado.<sup>8</sup>

Depois da Constituição de 1824 não houve nenhuma outra menção ao princípio da capacidade contributiva até a Constituição de 1946. O período de 1945-1946 (crise do Estado Novo e término da 2ª. Guerra Mundial) caracterizou-se por uma fase de intensa mobilização e polarização ideológicas, e por um recrudescimento de movimentos reivindicatórios das massas trabalhadoras urbanas.<sup>9</sup> É nesse contexto que o princípio da capacidade contributiva é redefinido no art. 202, da Constituição de 1946: “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”.

No entanto, esse dispositivo foi simplesmente revogado pela Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, em seu art. 25, que reformou o sistema tributário, em plena ditadura militar, eliminando o princípio da capacidade contributiva da Constituição de 1946.

7 ZILVETI, Fernando Aurélio. *A evolução histórica da teoria da tributação*: análise das estruturas socioeconômicas na formação do sistema tributário. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 217.

8 ZILVETI, Fernando Aurélio. *A evolução histórica da teoria da tributação*: análise das estruturas socioeconômicas na formação do sistema tributário. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 259.

9 BRAGA, Sérgio Soares. *A Constituinte de 1946 e a nova ordem econômica e social dos pós-segunda guerra mundial*. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/viewFile/39334/24151>. Acessado em: 14 mai. 2018.

Art. 25. Ressalvado o disposto no artigo 26 e seus parágrafos, ficam revogados ou substituídos pelas disposições desta Emenda o art. 15 e seus parágrafos, o art. 21, o § 4º do art. 26, o art. 27, o art. 29 e seu parágrafo único, os de nºs I e II do art. 30 e seu parágrafo único, o art. 32, o § 34 do art. 141, o art. 202 e o art. 203 da Constituição, o art. 5º da Emenda Constitucional nº 3, a Emenda Constitucional nº 5 e os arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 10.

O Código Tributário Nacional (CTN), introduzido pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, embasado na Emenda Constitucional nº 18, conseqüentemente, também não tratou sobre o princípio da capacidade contributiva.

A Constituição de 1967, que institucionaliza o golpe militar de 1964, reiterou a não previsão do princípio da capacidade contributiva. Nesse período, “o imperialismo e a burguesia não encontraram outro momento melhor de entregar-se ao maior saque possível do Brasil e para o governo foi a ocasião de manter o povo em estado de mínima resistência e de organizar, portanto, uma constante repressão”<sup>10</sup>:

A política econômica ‘desenvolvimentista’ e concentradora de renda empobrecu o país e tornou-o presa fácil para o imperialismo norte-americano. Para Sartre, a crise político-econômica deflagrada em 1961, que acarretaria o golpe militar de 1964, já se anunciava no embate travado entre as frações da burguesia brasileira (uma nacionalista e outra vinculada ao imperialismo, defensora de um modelo de abertura do capital estrangeiro) desde o fim do primeiro período do governo Vargas, em 1945. O certo é que a crise econômica e política vivida pelo Brasil fez com que os militares (com a benção e “até algo mais dos EUA”, como diz Sartre) não tivessem dificuldades em dar o golpe e derrubar a frágil “democracia sem povo”, no que contaram com o apoio da burguesia. É sugestivo que a manifestação da burguesia contra as reformas de base anunciadas pelo presidente deposto João Goulart tenha sido nomeada como “marcha da família com Deus pela liberdade.” É a prova de que a estratégia da burguesia de apostar na “crise moral” não começou nos tempos trágicos do neoliberalismo.<sup>11</sup>

Com a Constituição de 1988, o Brasil retorna à democracia, por ocasião de sua promulgação, Ulisses Guimarães profere as seguintes palavras:

A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério.

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo.<sup>12</sup>

10 ALMEIDA, Sívio Luiz de. **Sartre: Direito e Política. Ontologia, Liberdade e Revolução.** São Paulo: Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2011, fl. 229. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 209.

11 ALMEIDA, Sívio Luiz de. **Sartre: Direito e Política. Ontologia, Liberdade e Revolução.** São Paulo: Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2011, fl. 229. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 208.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 8. ed., 2013, p. 77.

E com a democracia, retorna ao texto constitucional o princípio da capacidade contributiva, no § 1º, do art. 145:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 visa resgatar o equilíbrio e a igualdade entre os contribuintes, reconhecendo a capacidade de cada contribuinte para a definição do tributo a ser cobrado.

### 3. CONCEITO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva, como fundamento da justiça fiscal, é um desdobramento do princípio da isonomia no direito tributário, orientando a incidência de maior tributação sobre quem mais riqueza detenha e vice-versa.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, nos REs 656.089<sup>13</sup>, 599.309<sup>14</sup> e 578.846<sup>15</sup>, de 06 de junho de 2018, sanaram a dúvida existente no § 1º do art. 145, da Constituição Federal, sobre se o princípio da capacidade contributiva seria aplicado unicamente aos impostos<sup>16</sup>. Com a declaração de constitucionalidade das contribuições sociais diferenciadas para as instituições financeiras, há a extensão à todos os tributos da aplicação do princípio da capacidade contributiva.<sup>17</sup>

13 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 656.089 – MG**, Tema 515 da Repercussão Geral, julgamento em 06/06/2018 – “É constitucional a majoração diferenciada de alíquotas em relação às contribuições sociais incidentes sobre o faturamento ou a receita de instituições financeiras ou de entidades a ela legalmente equiparadas”. Reclamante: MERCANTIL DO BRASIL FINANCEIRA S/A – CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS, Reclamado: UNIÃO. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 24 mai. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1773246>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 599.309 – SP**, Tema 470, na Repercussão Geral, julgamento em 06/06/2018 – “É constitucional a contribuição adicional de 2,5% (dois e meio por cento) sobre a folha de salários instituída para as instituições financeiras e assemelhadas pelo art. 3º, § 2º, da Lei 7.787/1989, mesmo considerado o período anterior à Emenda Constitucional 20/1998”. Embargante: BANCO DAYCOVAL S/A, Embargado: UNIÃO. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 24 mai. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6902485>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

15 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 578.846 – SP**, Tema 665, na Repercussão Geral, julgamento em 06/06/2018 – “São constitucionais a alíquota e a base de cálculo da contribuição ao PIS, previstas no art. 72, V, do ADCT, destinada à composição do Fundo Social de Emergência, nas redações da ECR 1/94 e das EC 10/96 e 17/97, observados os princípios da anterioridade nonagesimal e da irretroatividade tributária”. Reclamante: Santos Corretora de Câmbio e Valores S/A, Reclamado: União. Relator: Dias Toffoli. Julgamento em: 24 mai. 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629109/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-578846-sp-sao-paulo/inteiro-teor-311629116?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

16 Harada entende que a capacidade contributiva se refere apenas aos impostos e não aos tributos, isso porque “são a espécie responsável pela maior parte da arrecadação tributária, consistente na retirada da parcela de riquezas dos particulares. Personalizar pressupõe graduar impostos segundo a capacidade contributiva de cada um. (HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 395).

17 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 40.

Além da conclusão acima, as decisões do Supremo Tribunal Federal, que consideraram constitucional a cobrança diferenciada das contribuições sociais para as instituições financeiras, por deterem maior capacidade econômica, reiteram que o princípio da capacidade contributiva:

[...] não constitui apenas um critério de justiça fiscal capaz de fundamentar tratamento tributário diferenciado de modo que seja considerado como promotor e não como violador da isonomia. Configura verdadeiro princípio a orientar toda a tributação, inspirando o legislador e orientando os aplicadores das normas tributárias.<sup>18</sup>

De acordo com o princípio da capacidade contributiva, deve o Estado reger a orquestra de todos seus órgãos e poderes para exigir mais de quem tem maior possibilidade econômica de contribuir com as despesas públicas, incorrendo em desarmonia fiscal se fizer o contrário. Isso significa que os tributos são um dever de convivência social, um dever de cooperação entre os sujeitos pertencentes a um mesmo grupo social, com a finalidade de dividir, de maneira progressiva, os custos do Estado.<sup>19</sup>

#### 4. O CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA GARANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da capacidade contributiva está diretamente vinculado ao princípio da isonomia (igualdade), impondo ao Poder público o dever de tratar desigualmente os contribuintes de acordo com a desigualdade de sua capacidade econômica. Tratar com igualdade capacidades econômicas distintas é tão avesso à isonomia entre os contribuintes, quanto tratar desigualmente capacidades econômicas similares.

No caso dos reconhecidamente pobres, prevê a Constituição Federal uma hipótese de aplicação da capacidade contributiva ao assegurar-lhes a gratuidade na emissão do registro civil de nascimento e da certidão de óbito, exemplo, aliás, de imunidade, que impede a “incidência de lei ordinária de tributação sobre determinado fato, ou em detrimento de determinada pessoa, ou categoria de pessoas”<sup>20</sup> (art. 5º, LXXVI).

Outra hipótese de tratamento isonômico na aplicação da capacidade contributiva aos reconhecidamente pobres é a isenção<sup>21</sup> da taxa de inscrição em concursos públicos realizados no âmbito do Poder Executivo federal para aqueles que são cadastrados em programas sociais do Governo Federal ou forem membros de família de baixa renda (Decreto nº 6.593, de 02 de outubro de 2008).

18 PAUSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 74.

19 A Constituição italiana, em seu art. 53, traz em seu texto o direcionamento da aplicação do princípio da capacidade contributiva: “todos são obrigados a contribuir com a despesa pública em razão de sua capacidade contributiva. O sistema tributário molda os critérios de progressividade”. (RENZO, Luciana di. **Principio di capacità contributiva**. Disponível: <<http://www.federica.unina.it/giurisprudenza/diritto-finanziario-cattedra-3/art53/>>. Acesso em: 15 mai. 2018).

20 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 234.

21 A isenção significa a exclusão do crédito tributário prevista em lei para tipificar uma “exceção à regra jurídica de tributação” e, como tal, “exatamente por constituir uma exceção é que ela deve ser interpretada literalmente” (art. 175 c/c art. 111, do CTN). (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 233.)

De outra banda, exemplo de isenção irregular, dita “odiosa”<sup>22</sup>, já que afronta o princípio da isonomia, é o caso versado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.276, em que houve a concessão de isenção à operação de aquisição de automóveis por oficiais de justiça do Estado do Mato Grosso. Nesse caso, o Estado do Mato Grosso concedeu isenção fiscal, no âmbito do ICMS, tornando os oficiais de justiça uma categoria diferenciada de contribuinte, supostamente “em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida”.<sup>23</sup>

A progressividade nos impostos, usualmente, constitui forma de consagração do princípio da capacidade contributiva e da isonomia tributária.<sup>24</sup> Consiste na tributação por meio de alíquotas, que serão graduadas segundo a capacidade econômica do contribuinte, de forma proporcional à sua riqueza.

Como se sabe, na política fiscal brasileira prepondera a tributação indireta, com a cobrança de imposto incidente na relação de consumo. Como se trata de tributação que incide mais gravosamente sobre a população de baixa renda, é evidente sua contrariedade ao princípio da capacidade contributiva. Esclarecedor, a respeito, o voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 562.045, em que se julgou a constitucionalidade da progressividade das alíquotas para o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doações – ITCMD, no Estado do Rio Grande do Sul:

A tributação ad valorem com a especificação de única alíquota é insensível à intensidade econômica da base que se está tributando, circunstância que pode gerar distorções que igualam sujeitos passivos que, na verdade, ostentam situações diversas.<sup>25</sup>

Outro exemplo de descuido no cumprimento do princípio da capacidade contributiva se verifica nas poucas alíquotas do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (IRPF). Trata-se de política fiscal injusta porque prejudica os contribuintes de menor capacidade econômica e favorece aqueles mais ricos<sup>26</sup>, já que acima da base de cálculo

22 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 17 ed., São Paulo: Renovar, 2010, p. 451.

23 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.276/ MT**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tributário. Isenção Fiscal. ICMS. Lei Complementar Estadual. Exigência Constitucional de Convênio Interestadual (CF, art. 155, §2º, XII, g). Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Luiz Fux, julgamento em: 20 ago. 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25269271/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4276-mt-stf/inteiro-teor-140552315>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

24 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.732/ DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 3º da EC nº 29, de 13 de setembro de 2003, que alterou o § 1º do art. 156 da Constituição Federal, instituindo a progressividade fiscal do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU. Constitucionalidade. Imprudência. Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO – CNC. Requerido: CONGRESSO NACIONAL. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 07 out. 2015. Disponível em: <[file:///C:/Users/andre/Downloads/texto\\_308348806.pdf](file:///C:/Users/andre/Downloads/texto_308348806.pdf)>. Acesso em: 15 mai. 2018.

25 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 562.045- RS**. Recurso Extraordinário. Constitucional. Tributário. Lei Estadual: Progressividade de Alíquota de imposto sobre Transmissão causa mortis e doação de bens e direitos. Constitucionalidade. Art. 145, § 1º, da Constituição da República. Princípio da igualdade material tributária. Observância da capacidade contributiva. Recurso Extraordinário provido. Reclamante: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Reclamado: ESPÓLIO DE EMÍLIA LOPES DE LEON. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 06 fev. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

26 TOMAZELLI, Ildiana Receita Federal estuda nova alíquota de IR para os mais ricos. **In: Estadão**. Disponível: <<https://noticias.r7.com/brasil/receita-federal-estuda-nova-aliquota-de-ir-para-os-mais-ricos-25082018>>. Acesso em: 27 out. 2018.

de R\$ 4.664,68 incide para todos os contribuintes a alíquota única de 27,5%.<sup>27</sup>

Outros exemplos de práticas fiscais errôneas, que se afastam do cumprimento do princípio da capacidade contributiva, são: a) a não implementação do imposto de grande fortuna, previsto na Constituição de 1988, em seu art. 153, inciso VII<sup>28</sup>; b) a prática indiscriminada de renúncia de receita, conhecida pelos doutrinadores como benefícios fiscais<sup>29</sup>; e c) a não incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza nos lucros e dividendos, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas.<sup>30</sup>

27 Tabela do IRF – Vigência a partir de 01.04.2015 (Medida Provisória 670/2015 convertida na Lei 13.149/2015). Disponível em: < <http://www.portaltributario.com.br/guia/tabelairf.html>>. Acessado em: 27 out. 2018.

Base de Cálculo (R\$)	Alíquota (%)
Até 1.903,98	-
De 1.903,99 até 2.826,65	7,5%
De 2.826,66 até 3.751,05	15%
De 3.751,06 até 4.664,68	22,5%
Acima de 4.664,68	27,5%

28 Existem vários projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional sobre a implementação do imposto sobre grandes fortunas. No entanto, trinta anos depois da promulgação da Constituição Federal, ainda nenhum deles tornou-se Lei Complementar. São eles: PLP nºs 202/1989, de autoria do então Senador Fernando Henrique Cardoso, e ao qual se encontram apensadas os PLPs nº 108/1989, 218/1990 e 268/1990 e PLP nº 277/2008. Projeto de Lei nº 534, de 2011, no Senado Federal, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares que: *“Regulamenta o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal que dispõe sobre a tributação de grandes fortunas e garante quem são os contribuintes do imposto: as pessoas físicas de naturalidade brasileira, em relação aos bens situados em qualquer país, o espólio, os estrangeiros domiciliados no Brasil, em relação aos bens localizados no Brasil; dispõe que o fato gerador do imposto é a titularidade em 31 de dezembro de cada ano civil, do patrimônio em valor superior R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais); dispõe que a base de cálculo do imposto é o valor do conjunto dos bens e direitos que compõem o patrimônio tributável; estabelece que a avaliação dos bens dar-se-á: os imóveis, pela base de cálculo do imposto territorial ou predial, rural ou urbano, ou se situado no exterior, pelo custo de aquisição, os créditos pecuniários sujeitos a correção monetária ou cambial, pelo valor atualizado, excluído o valor dos considerados, nos termos da lei, de realização improvável, e os demais, pelo custo de sua aquisição pelo contribuinte; apresenta a tabela progressiva do imposto, relacionando a classe de valor do patrimônio com a correspondente alíquota de incidência; dispõe que poderão ser abatidas do valor do imposto as importâncias efetivamente pagas, no exercício anterior, desde que incidentes sobre bens constantes da declaração utilizados na apuração da base de cálculo, a título de Imposto Territorial Rural (ITR), Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), Imposto sobre a Transmissão de Bens Inter-vivos (ITBI), Imposto sobre a Transmissão causa mortis e Doação (ITCMD), bem como as importâncias efetivamente despendidas na manutenção e na administração dos bens constantes da declaração utilizados na apuração da base de cálculo, conforme dispuser o Regulamento; dispõe que na forma e nos prazos dispostos em Regulamento, o contribuinte fará a declaração anual do patrimônio e do cálculo do imposto e antecipará o pagamento, sem prejuízo do lançamento posterior pela autoridade fiscal; disciplina as penalidades cabíveis em casos de atraso na entrega da declaração, na hipótese de subavaliação do bem declarado, na hipótese de omissão de bem na declaração, e em casos de simulação, fraudes ou conluio que vise ocultar o verdadeiro titular do bem ou de seus valor”*. Por fim, existe também o Projeto de Lei do Senado nº 139/2017, de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin, que tem em seu texto o seguinte esclarecimento: [...] *“Transcrevemos trecho da publicação Comunicados do IPEA, nº 124, de 14.12.2011, intitulada “Financiamento da educação: necessidades e possibilidades”*: *“Imposto de Grandes Fortunas (IGF). Estima-se que este imposto poderia gerar algo em torno de 0,4% a 1,0% do PIB. A arrecadação da Wealth Tax na Colômbia, Suíça, Noruega, situa-se em torno de 1,2% das receitas governamentais, ou seja, aproximadamente 0,4% do PIB. Na França, são mais de 500 mil contribuintes e a arrecadação chega a 1,5% das receitas. Na Argentina, o Imposto sobre los bienes personales chega a 1,2% das receitas do governo”*. Amir Khair, Mestre em Finanças Públicas pela Fundação Getúlio Vargas, em estudo sobre o tema, estima que “uma alíquota média de 1% poderá vir a proporcionar com o tempo uma arrecadação da ordem de 4% do PIB”.

29 Os administradores públicos, com a anuência dos legisladores e dos Tribunais de Contas, permitem a concessão de benefícios fiscais, renúncia de receita e desoneração, descumprem o princípio da capacidade contributiva, pois essa despesa representa 4% do Produto Interno Bruto (PIB) – o dobro da média mundial -, inclusive na cesta básica. Dentre esses produtos estão incluídos os consumidos pela população mais rica, como salmão, filé mignon, caviar e queijos (Rachid: Benefícios fiscais favorecem a poucos, mas todos pagam a conta. (Valor Econômico. **Rachid: Benefícios fiscais favorecem poucos, mas todos pagam a conta.** Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5602249/rachid-beneficios-fiscais-favorecem-poucos-mas-todos-pagam-conta>>. Acessado em: 18 jun. 2018).

30 HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 431.

## 5. CONCLUSÃO

Não faz jus à Constituição de 1988 o descumprimento, de diferentes formas, do princípio da capacidade contributiva. Sua inobservância leva à permanência de situações de maior gravame fiscal exatamente no tratamento daqueles que mais precisam do resguardo do Poder Público.<sup>31</sup> Não cobrar de quem ou beneficiar quem detém maior riqueza é acintoso atentado perpetrado pelos Poderes Legislativo e Executivo contra os direitos fundamentais, contra a cidadania, contra a justiça social, enfim, contra a democracia e seu indissociável compromisso com a igualdade.<sup>32</sup>

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Sartre: Direito e Política. Ontologia, Liberdade e Revolução.** São Paulo: Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2011, fl. 229. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011

BRAGA, Sérgio Soares. **A Constituinte de 1946 e a nova ordem econômica e social dos pós-segunda guerra mundial.** Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/viewFile/39334/24151>. Acessado em: 14 mai. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 656.089 – MG**, Tema 515 da Repercussão Geral, julgamento em 06/06/2018 – “É constitucional a majoração diferenciada de alíquotas em relação às contribuições sociais incidentes sobre o faturamento ou a receita de instituições financeiras ou de entidades a ela legalmente equiparadas”. Reclamante: MERCANTIL DO BRASIL FINANCEIRA S/A – CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS, Reclamado: UNIÃO. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 24 mai. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1773246>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 599.309 – SP**, Tema 470, na Repercussão Geral, julgamento em 06/06/2018 – “É constitucional a contribuição adicional de 2,5% (dois e meio por cento) sobre a folha de salários instituída para as instituições financeiras e assemelhadas pelo art. 3º, § 2º, da Lei 7.787/1989, mesmo considerado o período anterior à Emenda Constitucional 20/1998”. Embargante: BANCO DAYCOVAL S/A, Embargado: UNIÃO. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 24 mai. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6902485>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 578.846 – SP**, Tema 665, na Repercussão Geral, julgamento em 06/06/2018 – “São constitucionais a alíquota e a base de cálculo da contribuição ao PIS, previstas no art. 72, V, do ADCT, destinada à composição do Fundo Social de Emergência, nas redações da ECR 1/94 e das EC 10/96 e 17/97, observados os princípios da anterioridade nonagesimal e da irretroatividade tributária”. Reclamante: Santos Corretora de Câmbio e Valores S/A, Reclamado: União. Relator: Dias Toffoli. Julgamento em: 24 mai. 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629109/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-578846-sp-sao-paulo/inteiro-teor-311629116?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.276/ MT**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tributário. Isenção Fiscal. ICMS. Lei Complementar Estadual. Exigência Constitucional de Convênio Interestadual (CF, art. 155, §2º, XII, ‘g’). Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 20

31 A volta da mortalidade infantil, após 26 anos de taxas reduzidas, é algo assustador para uma sociedade que se diz moderna. “A taxa de mortalidade na infância (proporção de óbitos de menores de cinco anos para cada mil nascidos vivos) subiu 11% em 2016, em comparação com o ano anterior”. (PRAGMATISMO POLÍTICO. **Mortalidade infantil no Brasil volta a crescer após 26 anos.** Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2018/07/mortalidade-infantil-brasil-crescer.html>>. Acessado em 30 jul. 2018).

32 PELICOLI, Angela Cristina. O orçamento impositivo: o limite da discricionariedade do Poder Executivo. **In: Pereira, Rodolfo Viana; Sacchetto, Thiago Coelho (org.). Advocacia Pública em foco.** Belo Horizonte: IDDE, 2017, p. 506.

ago. 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25269271/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4276-mt-stf/inteiro-teor-140552315>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.732/ DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 3º da EC nº 29, de 13 de setembro de 2003, que alterou o § 1º do art. 156 da Constituição Federal, instituindo a progressividade fiscal do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU. Constitucionalidade. Improcedência. Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO – CNC. Requerido: CONGRESSO NACIONAL. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 07 out. 2015. Disponível em: <[file:///C:/Users/andre/Downloads/texto\\_308348806.pdf](file:///C:/Users/andre/Downloads/texto_308348806.pdf)>. Acesso em: 15 mai. 2018.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **RE 562.045- RS**. Recurso Extraordinário. Constitucional. Tributário. Lei Estadual: Progressividade de Alíquota de imposto sobre Transmissão causa mortis e doação de bens e direitos. Constitucionalidade. Art. 145, § 1º, da Constituição da República. Princípio da igualdade material tributária. Observância da capacidade contributiva. Recurso Extraordinário provido. Reclamante: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Reclamado: ESPÓLIO DE EMÍLIA LOPES DE LEON. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 06 fev. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

CARBONE, Caio. **Pagamos muito ou pouco imposto no Brasil**. 2018. Disponível em: <https://www.nextjournal.com.br/ensaio/2018/Pagamos-muito-ou-pouco-imposto-no-Brasil>. Acessado em 24 ago. 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 8. ed., 2013.

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil**. São Paulo: MP Ed., 2010.

PRAGMATISMO POLÍTICO. **Mortalidade infantil no Brasil volta a crescer após 26 anos**. Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2018/07/mortalidade-infantil-brasil-crescer.html>>. Acessado em 30 jul. 2018

PAUSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

PELICLIOLI, Angela Cristina. O orçamento impositivo: o limite da discricionariedade do Poder Executivo. In: **Pereira, Rodolfo Viana; Sacchetto, Thiago Coelho (org.). Advocacia Pública em foco**. Belo Horizonte: IDDE, 2017.

RENZO, Luciana di. **Princípio di capacità contributiva**. Disponível: <http://www.federica.unina.it/giurisprudenza/diritto-finanziario-cattedra-3/art53/>. Acesso em: 15 mai. 2018.

RODRIGUES, Eduardo. Receita volta a defender revisão de benefícios fiscais. In: **Estadão**. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2018/08/01/receita-volta-a-defender-revisao-de-beneficios-fiscais.htm>>. Acessado em 01 ago. 2018

TOMAZELLI, Idiana Receita Federal estuda nova alíquota de IR para os mais ricos. In: **Estadão**. Disponível: <<https://noticias.r7.com/brasil/receita-federal-estuda-nova-aliquota-de-ir-para-os-mais-ricos-25082018>>. Acessado em: 27 out. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 17 ed., São Paulo: Renovar, 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. **Sentencia nº 27/1981**, de 20 de julho, BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/27>. Acesso em: 17 jun 2018.

Valor Econômico. **Rachid: Benefícios fiscais favorecem poucos, mas todos pagam a conta**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5602249/rachid-beneficios-fiscais-favorecem-poucos-mas-todos-pagam-conta>>. Acessado em: 18 jun. 2018

ZILVETI, Fernando Aurelio. **A evolução histórica da teoria da tributação**: análise das estruturas socioeconômicas na formação do sistema tributário. São Paulo: Saraiva, 2017.

# A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS PREVISTO NO ART. 1.032 DO CPC À LUZ DA SISTEMÁTICA RECURSAL NO PROCESSO DO TRABALHO

Bartira Barros Salmom de Souza<sup>1</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução; 2. Da sistemática dos recursos excepcionais; 3. Da previsão da fungibilidade entre recursos excepcionais no Código de Processo Civil de 2015; 4. Da não superação da Súmula 126 do STJ à luz da sistemática recursal no processo do trabalho; 5. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** O presente artigo propõe uma análise do alcance do princípio da fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, a partir de uma interpretação sistemática e jurisprudencial do direito, em especial, do direito processual do trabalho, cuja jurisprudência cristalizada tem avançado no sentido de definir as hipóteses práticas em que o erro quanto ao cabimento do recurso decorre de falha escusável ou não, de modo a fornecer subsídios ao intérprete do ramo processual civil quanto à aplicabilidade do art. 1.032 do CPC.

## 1. INTRODUÇÃO

No ano de 1995, o Superior Tribunal de Justiça lançou o seguinte enunciado:

Súmula 126: É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

A citada súmula, trata-se de natureza interpretativa e persuasiva, o que a doutrina alcunhou de “súmula impeditiva de recursos”, como nítida manifestação da denominada “jurisprudência defensiva”, ao lado de outras súmulas dessa natureza<sup>2</sup> adotadas pelos

1 Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em convênio com a Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região – AMATRA 12 e em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Atua como assistente jurídica na Procuradoria Geral do Estado/SC e advogada na área consultiva trabalhista.

2 Súmula 7 – STJ. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

Súmula 211 – STJ. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

Súmula 279 – STF. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula 280 – STF. Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

Súmula 281 – STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário

## Tribunais Superiores.

Ocorre que, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, com a prevalência do julgamento de mérito e a ênfase dada aos princípios da cooperação<sup>3</sup>, da boa-fé<sup>4</sup> e da vedação da decisão surpresa<sup>5</sup>, cumpre analisar se permanece aplicável a Súmula 126 do STJ, sobretudo com o que dispõe o art. 1.032 do CPC<sup>6</sup>, que trata da chamada fungibilidade entre os recursos excepcionais.

## 2. DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

A despeito de surtir, de fato, como entrave à admissão de recurso especial perante o STJ, a tecnicidade processual exigida para manejo dos recursos de natureza excepcional não permite “segundas chances” aos recorrentes que não se atentam ao conteúdo da decisão impugnada ao interpor o recurso especial.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial, qualifica-se como Corte de Precedentes, imbuída da uniformização das normas interpretadas pelos órgãos *a quo*, orientando e reconstruindo a criação da norma jurídica. O mesmo se diga a respeito do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho que têm ainda, nos filtros da repercussão geral<sup>7</sup> e da transcendência<sup>8</sup>, a ratificação desse *status* de Cortes de Precedentes.

Explica-se.

No processo civil, quando o Tribunal de Justiça, ou Tribunal Regional Federal

da decisão impugnada.

Súmula 282 – STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 283 – STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula 284 – STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súmula 286 – STF. Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súmula 356 – STF. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Súmula 126 – TST. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, “b”, da CLT) para reexame de fatos e provas.

3 Art. 6º – Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

4 Art. 5º – Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

5 Art. 9º – Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

6 Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

7 CF/88 – Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

8 CLT – Art. 896-A – O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001)

ou as Turmas Recursais – caso seja recurso extraordinário –, por seu colegiado, analisa o recurso de apelação ou de agravo de instrumento – interpostos da sentença de primeiro grau ou de decisão interlocutória, respectivamente –, cabe ao advogado a leitura minuciosa do acórdão a fim de entender não só o dispositivo, mas os fundamentos em que se baseou o Tribunal para decidir. Ou seja, caberá aferir se a decisão está fulcrada em teor de dispositivos legais ou constitucionais.

Isso porque, do acórdão proferido pelo colegiado do Tribunal de Justiça, por exemplo, podem ser cabíveis dois recursos a serem ajuizados dentro do mesmo prazo recursal de quinze dias, quais sejam: recurso especial e recurso extraordinário, com objetos distintos e dirigidos a Cortes distintas<sup>9</sup>, sob pena de preclusão.

Nessa toada, calha destacar a ressalva feita por Didier (2016, p. 385) de que “apenas se exige a interposição dos recursos extraordinário e especial contra o mesmo acórdão, caso o fundamento constitucional e o infraconstitucional confirmem, cada um, **sustentáculo autônomo ao acórdão**”. (grifo meu)

E, na hipótese de caberem esses dois recursos, a parte que desejar, inadvertidamente, valer-se de apenas um deles, terá negado seguimento ao seu recurso, sem que se possa falar em preciosismo ou excessivo rigor. Tampouco caberia intimação prévia para adaptação da peça recursal, porque o art. 932, parágrafo único, do CPC<sup>10</sup>, não se presta à complementação dos fundamentos recursais.

E a razão de ser para o não conhecimento é que, caso se admita um recurso especial quando o acórdão estiver calcado em matéria e dispositivo de índole constitucional, estar-se-á permitindo que o STJ julgue, em sede de recurso especial, matéria que é afeta ao recurso extraordinário, por expressa previsão constitucional<sup>11</sup>, em usurpação da competência do STF.

Do mesmo modo, caso o acórdão decida unicamente com base em dispositivos infraconstitucionais e o recorrente interponha apenas o recurso extraordinário, não poderá o STF, guardião da Constituição, adentrar em matéria não prevista nos permissivos do art. 102, III e suas alíneas da Constituição Federal de 1988. Assim, o recurso extraordinário terá seu seguimento negado e, conseqüentemente, restariam preclusas as matérias fundadas em norma infraconstitucional.

<sup>9</sup> Acerca do procedimento desses recursos, cumpre ressaltar que, no processo civil, o julgamento do recurso especial dá-se antes do julgamento do recurso extraordinário, uma vez que os autos são encaminhados inicialmente ao STJ (art. 1.031 do CPC), ocasião em que o relator poderá considerar que o julgamento do recurso extraordinário é prejudicial ao reclamo especial, caso em que remeterá os autos ao STF que iniciará, nesse caso, o julgamento (art. 1.031, § 1º e 2º do CPC).

<sup>10</sup> Art. 932. Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

<sup>11</sup> CF/88 – Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

[...]

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Portanto, repisa-se, caso a decisão tenha atribuído interpretação divergente daquela conferida pelo STJ e STF a preceito infraconstitucional e constitucional; ou ainda, caso a decisão tenha violado dispositivo de lei federal ou da Constituição Republicana; obrigatoriamente deverá o recorrente, dentro do mesmo prazo recursal, interpor, em cada citada Corte, o respectivo recurso, não havendo falar em aplicação da fungibilidade recursal prevista no art. 1.032 do CPC, que trata de hipótese diversa.

### 3. DA PREVISÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE RECURSOS EXCEPCIONAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O artigo 1.032 surge no CPC – assim como também surgiram os arts. 305, parágrafo único; 338; 485, § 1º e 932, parágrafo único<sup>12</sup>-, para conferir uma retomada ao caráter instrumental do processo civil, em prestígio ao formalismo valorativo.

Nesse contexto, tem-se como aplaudido o novel Código de Processo Civil como um retorno à finalidade essencial do processo. Assim, sempre que possível a conservação ou adaptação de um ato processual, não se proferirá decisão terminativa do feito, até por respeito ao princípio da primazia da decisão de mérito.

Sobre o objetivo visado pelo legislador ao inserir o artigo 1.032 no CPC de 2015, comenta Oliveira (2015, p. 2.305):

No regime anterior, a grande problema surgia quando nenhum dos dois órgãos julgava os recursos. Ainda que a parte interpusesse recurso extraordinário e recurso especial, o que acabava ocorrendo, diante da inadmissibilidade de ambos os recursos pelo motivo inverso, é que decisões inconstitucionais ou ilegais acabavam transitando em julgado. Com isso, os Tribunais Superiores incorriam em flagrante negativa de prestação jurisdicional, muitas vezes justificada pela divisão de competência entre STF e STJ. Ao determinar que o recurso seja remetido para outra Corte a fim de ter o mérito apreciado, a nova regra evita a inadmissibilidade do RE ou do REsp, dando-lhes maior rendimento, condizente com o sistema do CPC.

No entanto, o que se quer diferenciar aqui, é que a aplicação da fungibilidade dos recursos excepcionais prevista no art. 1.032 do CPC não pode contemplar hipóteses de erro grosseiro nem reabertura de prazo para ajuizamento de recurso que, sabidamente, deveria ter sido interposto em momento anterior e, somente não o foi, por opção ou

12 Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

§ 1o Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

desatenção do recorrente que, em todo caso, restou atingido pela preclusão.

Por erro grosseiro entende-se aquele inculcado por uma dúvida objetiva. Como exemplo, tem-se o caso de recurso em face de acórdão que já traz, de forma clara e ventilada, a menção aos dispositivos em que se fundamenta o *decisum* e, mesmo assim, *não tenha havido a interposição do adequado recurso*. Configurar-se-á o erro ainda nas hipóteses em que o acórdão não faça a menção numérica do dispositivo mas deixe incontestado que se trata de questão infraconstitucional ou constitucional (causa decidida tacitamente). Aqui cumpre lembrar que, desde o CPC de 2015, esse prequestionamento pode constar inclusive no voto vencido, que integra o acórdão para esse fim.

Para Didier (2017, p. 130), são dois os requisitos para que se opere a fungibilidade entre os recursos excepcionais:

Em primeiro lugar, é preciso que haja uma “dúvida objetiva” quanto ao cabimento do recurso. Não obstante a expressão questionável e um pouco equívoca, pois dúvida é sempre subjetiva, essa diretriz impõe a necessidade de existir uma dúvida razoavelmente aceita, a partir de elementos objetivos, como a equivocidade de texto da lei, divergências doutrinárias ou jurisprudenciais.

[...]

Em segundo lugar, é preciso que não haja “erro grosseiro”. Fala-se em erro grosseiro quando nada justificaria a troca de um recurso pelo outro, pois não há qualquer controvérsia sobre o tema (ou seja, não será grosseiro o erro quando houver dúvida razoável sobre o cabimento do recurso)

No entanto, para Oliveira (2015, p. 2.306), a relação entre erro grosseiro e dúvida objetiva é de causa e efeito, não sendo, pois, dois requisitos autônomos:

O princípio da fungibilidade consiste na possibilidade de recebimento de recurso inadequado, como se correto fosse, sempre que houver dúvida objetiva acerca de qual seja o recurso cabível contra determinada decisão judicial. Tem-se que os requisitos de *existência de dúvida e inexistência de erro grosseiro* resumem-se a apenas um pressuposto.

Contudo, diferente é o caso quando apenas no STJ exsurgir o entendimento de que aquela matéria trazida, sob a forma de recurso especial em face de violação a norma infraconstitucional, é de índole constitucional, sem que tenha sido viabilizado o recurso extraordinário pelo recorrente.

Certamente que a *mens legis* do art. 1.032 do CPC não é a de abrandar a falta de zelo do recorrente em aferir os dispositivos e fundamentos da decisão que pretende recorrer, mas a de superar o formalismo nas hipóteses em que não se pode atribuir ao recorrente o conhecimento da natureza (constitucional ou infraconstitucional) dos fundamentos da decisão recorrida.

Por isso, pode-se deduzir que a previsão do art. 1.032 do CPC não superou o disposto na Súmula 126 do STJ, uma vez que essa Súmula ainda se aplica nas hipóteses em que resta claro o fundamento ambivalente da decisão que busca seus fundamentos em dispositivos tanto constitucionais quanto infraconstitucionais.

Nesse contexto, inaplicável o disposto no art. 932, parágrafo único do CPC, que

trata da abertura de prazo para que “seja sanado vício ou complementada a documentação exigível” porquanto esse dispositivo contempla vícios sanáveis e não o erro grosseiro, consubstanciado nas hipóteses de total ausência de interposição de um recurso (quando cabível) ou na deficiência da fundamentação recursal que deixa de atacar o cerne da decisão recorrida (quando pressuposto do próprio conhecimento do recurso).

#### 4. DA NÃO SUPERAÇÃO DA SÚMULA 126 DO STJ À LUZ DA SISTEMÁTICA RECURSAL NO PROCESSO DO TRABALHO

A afirmação da não superação da Súmula 126 do STJ é revelada, a partir de interpretação sistemática e jurisprudencial, ao se cotejar a consolidada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que contempla as seguintes hipóteses de aceitação ou não da fungibilidade recursal presentes na Súmula 421 e nas Orientações Jurisprudenciais n.º 412 da Seção de Dissídios Individuais, Subseção 1 e n.ºs 69 e 152 da Seção de Dissídios Individuais, Subseção 2, veja-se:

SUM-421 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR CALCADA NO ART. 932 DO CPC DE 2015. ART. 557 DO CPC DE 1973. (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016

I – Cabem embargos de declaração da decisão monocrática do relator prevista no art. 932 do CPC de 2015 (art. 557 do CPC de 1973), se a parte pretende tão somente juízo integrativo retificador da decisão e, não, modificação do julgado.

II – Se a parte postular a revisão no mérito da decisão monocrática, **cumpra ao relator converter os embargos de declaração em agravo, em face dos princípios da fungibilidade e celeridade processual, submetendo-o ao pronunciamento do Colegiado**, após a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º, do CPC de 2015. (Grifo meu)

OJ-SDI1-412 AGRAVO INTERNO OU AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO EM FACE DE DECISÃO COLEGIADA. NÃO CABIMENTO. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 209/2016 – DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016.

**É incabível agravo interno** (art. 1.021 do CPC de 2015, art. 557, §1º, do CPC de 1973) ou agravo regimental (art. 235 do RITST) **contra decisão proferida por Órgão colegiado**. Tais recursos destinam-se, exclusivamente, a impugnar decisão monocrática nas hipóteses previstas. **Inaplicável, no caso, o princípio da fungibilidade ante a configuração de erro grosseiro**. (Grifo meu)

OJ-SDI2-69 FUNGIBILIDADE RECURSAL. INDEFERIMENTO LIMINAR DE AÇÃO RESCISÓRIA OU MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO PARA O TST. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL E DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRT (inserida em 20.09.2000)

**Recurso ordinário interposto contra despacho monocrático indeferitório da petição inicial de ação rescisória ou de mandado de segurança pode, pelo princípio de fungibilidade recursal, ser recebido como agravo regimental**. Hipótese de não

conhecimento do recurso pelo TST e devolução dos autos ao TRT, para que aprecie o apelo como agravo regimental. (Grifo meu)

OJ-SDI2-152 AÇÃO RESCISÓRIA E MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO DE REVISTA DE ACÓRDÃO REGIONAL QUE JULGA AÇÃO RESCISÓRIA OU MANDADO DE SEGURANÇA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. ERRO GROSSEIRO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008)

**A interposição de recurso de revista de decisão definitiva de Tribunal Regional do Trabalho em ação rescisória ou em mandado de segurança, com fundamento em violação legal e divergência jurisprudencial e remissão expressa ao art. 896 da CLT, configura erro grosseiro, insuscetível de autorizar o seu recebimento como recurso ordinário, em face do disposto no art. 895, “b”, da CLT. (Grifo meu).**

A bem da verdade, a sistemática dos recursos excepcionais do processo do trabalho difere e muito do processo civil. Isso porque, da decisão colegiada do Tribunal Regional do Trabalho no recurso ordinário, caberá, dentro das hipóteses previstas da Consolidação das Leis do Trabalho, inicialmente, apenas o recurso de revista para as Turmas do TST. E ainda, nas hipóteses autorizadas pelo art. 894, II da CLT<sup>13</sup>, do julgamento desse recurso de revista pela Turma do TST, porém antes do recurso extraordinário, poderá ainda a parte se valer do recurso de Embargos de Divergência.

Assim, ao contrário do STJ, o TST possui competência para julgar a divergência na interpretação tanto de matéria infraconstitucional quanto da Constituição Federal, *ex vi* do já citado art. 894, da CLT.

Diante disso, pode concluir que, a despeito da inovação trazida pelo art. 1.032 do CPC – no tocante à fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário – remanesce a Súmula 126 do STJ, com base no disposto no art. 932, III, parte final, do CPC, para que não se admita recursos excepcionais (seja especial ou extraordinário), sem que o recorrente se insurja contra todos os fundamentos e dispositivos normativos que embasaram o *decisum*.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de analisar o alcance do princípio da fungibilidade disposto no art. 1.032 do CPC, à míngua de estudos doutrinários a esse respeito, mostra-se relevante diante do aparente conflito desse dispositivo com a Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça. Conquanto o citado enunciado jurisprudencial tenha sido editado muito antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, não restou por esse superado.

Assim, o presente artigo, longe de exaurir a questão, buscou trazer argumentos para a reflexão de que, em que pese todo o arcabouço principiológico trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 no sentido de maximizar a instrumentalidade do

<sup>13</sup> Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias:

II – das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

processo civil – a exemplo dos princípios da cooperação, da boa-fé objetiva e da primazia da decisão de mérito –, entende-se que a intenção do legislador não foi a de possibilitar que, após o juízo de admissibilidade do recurso especial, houvesse uma segunda e nova oportunidade para que o recorrente, mesmo ciente dos dispositivos ou matéria constitucionais que já vinham contemplados no acórdão *a quo*, pudesse se valer de reabertura de prazo processual para interpor o adequado recurso extraordinário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei n.º 5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho (TST). **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas Anotadas**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas do STF**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados\\_Sumulas\\_STF\\_1\\_a\\_736\\_Resumido.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Resumido.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. vol 3.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial – disposições gerais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

# RESERVAS PARTICULARES DO PATRIMÔNIO NATURAL COMO ESTRATÉGIA PARA CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DOS SERVIÇOS ECOSSISTÊMICOS: O FENÔMENO MUNDIAL DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL VOLUNTÁRIA EM TERRAS PARTICULARES

Evandro Régis Eckel<sup>1</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução; 2. A conservação da biodiversidade no direito internacional; 3. O sistema nacional de unidades de conservação; 4. Marco jurídico das RPPNs; 4. Conservação compulsória em áreas privadas; 5. Fomento público; 6. O fenômeno mundial de conservação voluntária em reservas particulares; 7. Áreas protegidas privadas na perspectiva transnacional; 8. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** O artigo vale-se de revisão bibliográfica multidisciplinar para analisar o conceito, os aspectos legais e institucionais, a relevância e o potencial da Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN) uma das categorias do Sistema Nacional de Unidade de Conservação, a fim de compreender o atual estado da arte desse tema e dimensionar o papel das RPPNs como estratégia para conservação da biodiversidade, dos recursos hídricos e para a provisão de serviços ecossistêmicos à coletividade, apoiada na tendência de incentivo público a comportamentos desejados. Em seguida, busca situar a experiência brasileira no fenômeno mundial de conservação voluntária em terras particulares e na perspectiva transnacional a partir das diretrizes e recomendações da União Internacional para Conservação da Natureza (UICN).

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a categoria de unidade de conservação ambiental voluntária em terras privadas denominada Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN), prevista no art. 21 da Lei n. 9.985/2000, e sua contextualização no cenário mundial de conservação voluntária em terras particulares, utilizando-se para tanto de pesquisa bibliográfica multidisciplinar.

O estabelecimento de áreas naturais protegidas tem sido considerado, tradicionalmente, obrigação dos Estados, porém a crescente destruição de habitats e a perda

---

<sup>1</sup> Evandro Régis Eckel, Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestrando em Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente pela UNIVALI/SC e em *Territorio, Urbanismo e Sostenibilidad Ambiental em el marco de la economia circular* pelo IUACA – Universidade de Alicante, Espanha.

de diversidade biológica em todo o mundo, aliada à frequentemente inadequada qualidade da proteção pública dessas áreas, impõe que sejam desenvolvidas inovadoras abordagens para a proteção da biodiversidade *in situ*. As áreas protegidas de propriedade (e sob proteção) privada vêm se proliferando ao redor do mundo e têm surgido como uma opção<sup>2</sup> à estratégia de conservação acordada pela Convenção Internacional sobre a Biodiversidade (Rio 1992) e pelas metas atuais da 10ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (Aichi 2010).

É cada vez mais frequente o número de pessoas que, por motivos diversos e de natureza privada, destinam parte ou toda sua propriedade à proteção da natureza, proporcionando benefícios públicos. A participação das Áreas Protegidas Particulares (em inglês, *Privately Protected Areas – PPA*) no volume total de espaços protegidos vem crescendo no mundo todo.<sup>3</sup>

As reservas particulares também vêm ganhando maior destaque nas estratégias dos entes transnacionais como a União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN), para a conservação da biodiversidade e manutenção dos demais serviços ecossistêmicos indispensáveis à manutenção da vida.

Na última década do século XX, o tema da conservação voluntária em reservas privadas começou a ganhar espaço na literatura especializada, permitindo ampliar a compreensão acerca deste instrumento e dimensionar seu papel no cenário nacional e internacional das áreas protegidas, com o que este artigo busca contribuir. Antes, porém, uma nota. A literatura traça uma distinção-chave<sup>4</sup> entre propriedade ou posse das terras protegidas (que pode ser desde pública até privada) e as funções de manejo e de serviços necessárias à gestão de uma área protegida, que igualmente podem ser exercidas por organização pública, comunitária, compartilhada ou privada.<sup>5</sup> A partir dessa distinção conceitual, ora adotada, não serão tratados nesse momento os modos e formas de gestão e manejo privado das unidades de conservação pública, como concessões, contratos e parcerias.

## 2. A CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

No âmbito internacional, a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB)<sup>6</sup>,

2 TERBORGH, John [et al] (orgs.). **Tornando os parques eficientes**: estratégias para conservação da natureza nos trópicos. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p. 197.

3 OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo**: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs. São Paulo: Essencial Idea, 2018, p.8. Brent Mitchell é Presidente do Grupo de Especialistas em Áreas Protegidas Particulares e Gestão da Natureza da Comissão Internacional de Áreas Protegidas da IUCN – União Internacional para a Conservação da Natureza.

4 Cf. KRAMER, Randall; LANGHOLZ, Jef; SALAFSKY, Nick. O papel do setor privado no estabelecimento e manejo de áreas protegidas. In: TERBORGH, John et al (orgs.). **Tornando os parques eficientes**: estratégias para conservação da natureza nos trópicos. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p. 363-380.

5 KRAMER, Randall; LANGHOLZ, Jef; SALAFSKY, Nick. O papel do setor privado no estabelecimento e manejo de áreas protegidas. In: TERBORGH, John et al (orgs.). **Tornando os parques eficientes**: estratégias para conservação da natureza nos trópicos. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p. 364-365.

6 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Decreto Legislativo n. 2, de 1994. Aprova o texto da Convenção sobre

assinada durante a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992 (aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 2/94 e promulgada pelo Decreto n. 2.519/98), acordou as obrigações de cada parte contratante, na medida do possível e conforme o caso, entre as quais a conservação *in situ*, que consiste em estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica (art. 8º, a). Para os propósitos desta Convenção:

“Área protegida» significa uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação;

[...]

“Conservação *in situ*” significa a conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características.

“Diversidade biológica” significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas;

“Ecossistema” significa um complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de microorganismos e o seu meio inorgânico que interagem como uma unidade funcional.

[...] (art. 2º)

Conforme Bensusan, Barros, Bulhões e Barretto Filho, além do tema da conservação propriamente dita, a Convenção instituiu outros dois conceitos novos, o uso sustentável da biodiversidade e a repartição justa e equitativa de benefícios advindos da utilização dos recursos genéticos. Esses três temas estão envoltos num conjunto de valores inovadores que implicam preocupações com efeitos ambientais futuros, em oposição à lógica predominante de curto prazo.<sup>7</sup>

Durante a COP-10<sup>8</sup>, realizada em Nagoya, Província de Aichi, Japão, em 2010, foi aprovado o Plano Estratégico de Biodiversidade para o período 2011-2020, que estabeleceu 20 metas a médio prazo para redução da perda da biodiversidade em âmbito mundial. A meta 11, que faz parte do Objetivo Estratégico C (melhorar a situação de biodiversidade protegendo ecossistemas, espécies e diversidade genética), é de que até 2020, pelo menos 17% das áreas terrestres e das águas continentais e 10% das áreas marinhas e costeiras, especialmente áreas de especial importância para biodiversidade e serviços ecossistêmicos, tenham sido conservadas por meio de sistemas de áreas

Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/7513-conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-diversidade-biol%C3%B3gica-cdb>. Acesso em: 2 ago 2018.

7 BENSUSAN, Nurit; [et. al.]. Introdução. In: BENSUSAN, Nurit; BARROS, Ana Cristina; BULHÕES, Beatriz; ARANTES, Alessandra (orgs.). *Biodiversidade: é para comer, vestir ou passar no cabelo?* São Paulo: Peirópolis, 2006, p. 13-28, p. 12/17.

8 A COP é a instância máxima da Convenção e sua principal função é de monitorar continuamente a implementação e promover seu desenvolvimento.

protegidas geridas de maneira efetiva e equitativa, ecologicamente representativas e satisfatoriamente interligadas, e por outras medidas espaciais de conservação, e integradas em paisagens terrestres e marinhas mais amplas.<sup>9</sup>

Para Bensusan, Barros, Bulhões e Barreto Filho, a implementação de convenções internacionais, quaisquer que sejam, é um compromisso para além do governo, de toda a sociedade, e “o grau de implementação da Convenção no Brasil, ainda que limitado, é fruto do empenho de toda a sociedade brasileira, e não apenas do governo”, constituindo a participação das pessoas, das organizações com fins não lucrativos das empresas brasileiras, e as parcerias entre elas, um terreno fértil a ser explorado para promover o cumprimento da Convenção, já havendo nas últimas décadas inúmeras e frutíferas experiências nesse sentido, tanto como ações diretas de conservação ou uso sustentável da biodiversidade, quanto por meio de programas e ações de estímulo e de informações sobre a importância do assunto.<sup>10</sup>

### 3. SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO – SNUC

A Constituição Brasileira de 1988 declarou no art. 225 que 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. Previu que para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público, entre outras obrigações, as de preservar e restaurar os processos ecológicos e de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de Lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (§ 1º, I e III).

Essa opção política do Constituinte está em sintonia com a compreensão internacional de que as áreas protegidas constituem uma das estratégias mais eficientes para assegurar a proteção do meio ambiente, através da manutenção dos serviços ecossistêmicos essenciais ao bem estar humano, como a conservação dos recursos hídricos, o sequestro de carbono, a proteção de habitat de espécies ameaçadas de extinção, a regulação do clima, a conservação do solo, a polinização, a proteção da beleza cênica natural e a adaptação a mudanças climáticas.

9 ONU. **Convention on Biological Diversity**. 2010. Aichi Biodiversity Targets. Disponível em: <<https://www.cbd.int/sp/targets/#GoalC>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

10 BENSUSAN, Nurit; [et. al.]. Introdução. In: BENSUSAN, Nurit; BARROS, Ana Cristina; BULHÕES, Beatriz; ARANTES, Alessandra (orgs.). **Biodiversidade: é para comer, vestir ou passar no cabelo?** São Paulo: Peirópolis, 2006, p. 12 e 25, e 28-29. Há um espectro de estratégias que envolvem o uso racional dos recursos naturais e da biodiversidade, garantindo que os processos que geram e mantêm a biodiversidade e assim as condições essenciais à vida perdurem lado a lado com os benefícios diretos de sua exploração, estratégias que implicam também repartição de responsabilidades entre diversos grupos da sociedade e repartição dos benefícios advindos da conservação. Daí que o binômio conservação-desenvolvimento releva-se não apenas uma possibilidade mas também uma oportunidade. (p. 15-16). O livro citado dedicou-se a descrever experiências de articulação de diversos setores da sociedade (corporações, ONGs, comunidades, SESC, SEBRAE, etc) para concretização dessa oportunidade e também, dessa forma, para a implementação da CDB.

Para tanto, a Lei n. 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), constituído pelo conjunto das Unidades de Conservação (UC) federais, estaduais e municipais, fixando seus objetivos e diretrizes, e estabeleceu critérios e normas para a criação, implantação e gestão dessas unidades. A Lei definiu 12 categorias de UCs, a serem criadas por ato do Poder Público, dividindo-as em dois grupos com características específicas, as unidades de proteção integral, cujo objeto básico é a preservação da natureza, sendo admitido, como regra, apenas o uso indireto dos seus recursos naturais<sup>11</sup>, e as unidades de uso sustentável, que têm como objetivo básico compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.<sup>12</sup> Algumas deverão ser de posse e domínio públicos, e outras podem ser constituídas por terras públicas ou privadas.

#### 4. MARCO JURÍDICO DA RPPN

No Brasil, a área particular voluntariamente protegida é oficialmente reconhecida por meio da Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN), uma categoria de área protegida – ou Unidade de Conservação (UC), como é oficialmente denominada aqui – prevista no art. 21 da Lei n. 9.985/2000 e regulamentada pelo Decreto n. 5.746/2006.

De acordo com Sonia Maria Pereira Wiedmann, essa figura foi introduzida pelo Decreto Federal n. 98.914/90, que regulamentou o art. 6º do Código Florestal de 1965 (até então sem aplicação), com o objetivo de ampliar o conceito das reservas particulares de fauna e de flora criadas anteriormente pela Portaria n. 217/88 do extinto Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF)<sup>13</sup>, apoiando e dando-lhes um regulamento seguro, garantia de perpetuidade, incentivo à criação mediante isenção de impostos e estabelecendo no país uma rede de reservas particulares onde o cidadão pudesse voluntariamente engajar-se no processo efetivo de proteção dos ecossistemas.<sup>14</sup>

É a única UC que para ser criada depende da vontade do proprietário da terra, o qual pode optar por requerer ao Governo Federal, Estadual ou Municipal o reconhecimento de seu imóvel, no todo ou em parte, como RPPN. No plano Federal, o ente reconhecedor é o ICMBio.<sup>15</sup>

Comenta Wiedmann que, partindo do princípio da livre iniciativa, garantido constitucionalmente, o proprietário, “de sua livre e espontânea vontade, sem submeter-se

11 Estação ecológica, reserva biológica, parque nacional, monumento nacional e refúgio da vida silvestre.

12 Ação de proteção ambiental, área de relevante interesse ecológico, floresta nacional, reserva extrativista, reserva da fauna, reserva de desenvolvimento sustentável e reserva particular do patrimônio natural.

13 Que, por sua vez, já tinha ampliado o objetivo inicialmente buscado pela Portaria n. 327/77 do IBDF, que instituiu o Refúgio Particular de Animais Nativos, por sugestão e atendendo ao interesse de proprietários rurais, sobretudo do Rio Grande do Sul, que queriam coibir a caça em suas terras (p. 405).

14 WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN – na Lei n. 9.985/2000 que Instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Direito Ambiental das Áreas Protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 405-406. O Decreto n. 1922/96 harmonizou a categoria com as diretrizes da Convenção da Biodiversidade de 1992.

15 No Estado de Santa Catarina, é o Instituto do Meio Ambiente (IMA).

a nenhuma pressão ou outro motivo maior do que o *animus* de proteger, destina sua propriedade, ou parte dela, à preservação ambiental”<sup>16</sup>.

O proprietário instituidor pode ser pessoa física ou jurídica, com ou sem fins lucrativos.

Wiedmann critica a praxe, nos processos de licenciamento ambiental, de se indicar a criação de RPPN como medida compensatória dos potenciais danos causados pelo empreendimento licenciado, pois “o caráter voluntário dessa instituição fica, aqui, comprometido, e o empreendedor é obrigado a criar uma RPPN como compensação ambiental e não mais como uma reserva voluntária”.<sup>17</sup> Também Flávio Ojidos e Angela Pellin sustentam que é indesejável a criação de uma RPPN imposta pelo Poder Público como medida compensatória em processo de licenciamento ou por força de acordo judicial. O caráter voluntário dessa iniciativa deve ser respeitado, “sob risco dessas reservas ficarem relegadas a ‘moedas de troca’ para obtenção de uma licença ou a resolução de uma pendência judicial, restando configuradas apenas no papel, sem a devida gestão por parte de seus instituidores”<sup>18</sup>.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Bernardo Mesquita afirma que o interesse de empresas na implementação e gestão de RPPN não deve vir associado a medidas compensatórias, pois essa prática deturpa o caráter voluntário e pode gerar “RPPNs de papel”.<sup>19</sup>

De fato, tais hipóteses eliminam o traço intencional inerente à constituição dessas reservas particulares, amparado constitucionalmente no princípio da iniciativa privada, podendo causar problemas relacionados à falta de implementação e gestão similares aos verificados em diversas áreas públicas protegidas.

A segunda principal característica dessa categoria na legislação brasileira é o seu caráter de perpetuidade, isto é, destina-se perenemente a área particular a essa finalidade, diversamente do que ocorre em muitos outros países, cujas leis preveem a temporariedade dessas reservas. A propósito do termo *patrimônio* incluído nessa figura legal, escreve Wiedmann:

Quando a Constituição fala em preservação ambiental para as presentes e futuras gerações, é nesse sentido que se entende *patrimônio*. Não no sentido econômico do termo, mas na idéia de perenidade, no direito de cada cidadão em receber os bens ambientais de forma ecologicamente equilibrada, e no dever que tem, igualmente, de transmitir aos

16 WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN – na Lei n. 9.985/2000 que Instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Direito Ambiental das Áreas Protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 408.

17 WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN – na Lei n. 9.985/2000 que Instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Direito Ambiental das Áreas Protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 418.

18 OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo**: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs. São Paulo: Essencial Idea, 2018, p. 102.

19 MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. **A natureza como o maior patrimônio**: desafios e perspectivas da conservação voluntária em áreas protegidas no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais e Florestais). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p.102.

seus herdeiros e às gerações do futuro esses mesmos bens, nas mesmas condições, ou ainda melhores do que recebeu. É a sustentabilidade [...]”<sup>20</sup>

O imóvel que contiver essa reserva poderá ser transmitido a qualquer título, mas os adquirentes e herdeiros terão que manter a RPPN, que não poderá ser suprimida exceto por Lei.

De acordo com o § 2º do art. 21 da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (LSNUC), na reserva particular só será permitida a pesquisa científica e a visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais, o que põe de manifesto o caráter restritivo de atividades com a eliminação dos usos diretos, como o extrativismo e a agropecuária.

Como são essas as atividades permitidas em unidades de proteção integral, é inadequada a inclusão das RPPNs no grupo de UC de uso sustentável. Wiedmann explica que o § 3º do art. 21 previa a possibilidade de se exercer a atividade de extrativismo no seu interior, o que a retiraria do grupo de proteção integral, contrariando os objetivos dessa unidade e os propósitos do próprio instituidor, porém o veto presidencial evitou essa descaracterização<sup>21</sup>. Criou-se, aqui, uma anomalia legislativa, pois, embora classificada formalmente a RPPN no grupo de UCs de uso sustentável, a exclusão da atividade extrativista lhe deu natureza jurídica de Unidade de Proteção Integral.<sup>22</sup>

Por essa razão, só será uma das beneficiadas pela compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei n. 9.985/2000, a RPPN que for diretamente afetada por empreendimento com significativo impacto ambiental, ficando, nesse caso, o licenciamento ambiental condicionado à prévia consulta ao órgão ambiental que a criou, conforme definido no art. 36, § 233º da LSNUC e no art. 33, parágrafo único, I a IV, do Decreto n. 4.340/2002.<sup>23</sup> Também por esse motivo, essas reservas não são consideradas rurais para os efeitos

20 WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN – na Lei n. 9.985/2000 que Instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, In: **BENJAMIN, Antonio Herman (coord.)**. **Direito Ambiental das Áreas Protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 408. Essa dimensão temporal está articulada com a teoria da equidade intergeracional, no sentido de que cada membro de uma geração de seres humanos, como espécie, herda um patrimônio natural e cultural, e ambas as gerações tornam-se beneficiárias e guardiãs, significando que o direito de usufruir desse legado está inseparavelmente ligado à obrigação de usá-lo de modo que se conserve para as futuras descendências a qualidade e a diversidade dessa herança natural e cultural, evitando ações nocivas e de consequências irreversíveis. (p.409).

21 Razões do veto: “O comando inserto na disposição, ao permitir a extração de recursos naturais em Reservas Particulares do Patrimônio Natural, com a única exceção aos recursos madeireiros, desvirtua completamente os objetivos dessa unidade de conservação, como, também, dos propósitos do seu instituidor. Por outro lado, tal permissão alcançaria a extração de minérios em área isenta de ITR e, certamente, o titular da extração, em tese, estaria amparado pelo benefício. Justifica-se, pois, o veto ao inciso III do § 2º do art. 21, certo que contrário ao interesse público” (Mensagem n. 967/2000). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/Mensagem\\_Veto/2000/Mv0967-00.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2000/Mv0967-00.htm). Acesso em: 31 ago. 2018.

22 WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN – na Lei n. 9.985/2000 que Instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, In: **BENJAMIN, Antonio Herman (coord.)**. **Direito Ambiental das Áreas Protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 414. Também Flávio Ojidos, Cláudio Valladares Padua e Angela Pellin enfatizam que as RPPNs configuram, na prática, unidades de conservação integral. OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo**: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs. São Paulo: Essencial Idea, 2018, p. 119.

23 É vedada a destinação de recursos de compensação ambiental para RPPN criada após o início do processo de licenciamento do empreendimento (art. 29, § 1º do Decreto n. 5.746/2006).

legais, como as UC do grupo de proteção integral (art. 49 da LSNUC).

Os usos legalmente permitidos, todos indiretos, evidenciam que a RPPN é, sem dúvida alguma, unidade de proteção integral, devendo assim ser considerada para todos os fins.

Não existe tamanho mínimo nem máximo para uma RPPN. O laudo de vistoria técnica a ser realizado no processo de criação é que indicará se a área proposta tem ou não atributos para o seu reconhecimento, se é significativa para a proteção da biodiversidade, devendo possuir um bom grau de conservação. O art. 11 do Decreto n. 5.746/2006 permite que até 30% da RPPN abranja áreas para a recuperação ambiental, com o limite máximo de mil hectares.

As propostas de criação de RPPNs nas zonas de amortecimento de outras UCs e nas áreas identificadas como prioritárias para conservação terão preferência de análise (art. 4º do Decreto n. 5.746/2006).<sup>24</sup>

O procedimento administrativo exige prova do título de domínio, certidão negativa de tributos relativos ao imóvel e certificado de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR) (art. 3º, § 1º do Decreto). O particular assina um termo de compromisso, que deve ser averbado à margem da matrícula junto ao registro de imóveis, após o que é publicada portaria de criação da RPPN, nos termos do art. 5º do Decreto n. 5.746/2006. Depois de averbada, só poderá ser extinta ou ter seus limites reduzidos mediante Lei específica, a exemplo do que ocorre com as demais UCs, nos termos do art. 22, § 7º da Lei n. 9.985/2000 e do art. 225, § 1º, III da Constituição.

Como todas as demais unidades, a RPPN pode conter Áreas de Preservação Permanente (APPs) dentro dos seus limites, como por exemplo as matas ciliares, não havendo nenhum impedimento legal ou técnico a essa sobreposição. Pode sobrepor-se, também, a UCs de uso sustentável criadas pelo Poder Público sobre o domínio privado, como a Área de Proteção Ambiental (APA), consoante art. 13 do Decreto n. 5.746/2006, e a Área de Relevante Interesse Ecológico (ARIE), isso porque a RPPN confere maior grau de proteção à área. Da mesma forma, como a RPPN possui maior restrição de uso que a Reserva Legal (RL), ela pode se sobrepor total ou parcialmente a essa última, afastando, naturalmente, a possibilidade de manejo sustentável na RL.

É interessante mencionar que o Decreto Presidencial de 5 de junho de 2017, que ampliou o Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, excluiu desta unidade a área pertencente a RPPN (art. 3º), tornando desnecessário o pagamento de indenização por desapropriação, uma vez que nela já são proibidos os usos diretos.<sup>25</sup>

O primeiro incentivo estatal à criação das RPPNs ocorreu mediante a isenção

24 Em Santa Catarina, o Decreto Estadual n. 3.755/2010 dispõe que será dada preferência aos requerimentos que correspondam a imóveis inseridos em áreas prioritárias para a conservação da natureza, no entorno e zona de amortecimento de Unidades de Conservação, em APAs, mosaicos de áreas protegidas e em corredores ecológicos.

25 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Dsn/Dsn14473.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Dsn/Dsn14473.htm). Acesso em: 30 ago. 2018.

do Imposto Territorial Rural (ITR), introduzida pela Lei n. 8.171/91, art. 104, parágrafo único. Atualmente, a Lei n. 9.393/96, que dispõe sobre o ITR, excluiu as áreas reconhecidas como RPPN da base de cálculo de apuração do imposto (art. 10, § 1º, II, b).

Além disso, não são cobradas taxas ou qualquer tipo de exação no processo de criação da reserva (art. 6º do Decreto n. 5.746/2006). Os projetos referentes à implantação e gestão de RPPN terão análise prioritária para concessão de recursos oriundos do Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA) e de outros programas oficiais (art. 27), e os programas de crédito rural regulados pela administração federal priorizarão os projetos que beneficiem propriedade que contiver RPPN no seu perímetro, de tamanho superior a 50% da área de RL exigida por Lei para a região onde se localiza, com plano de manejo aprovado (art. 28).

Se a RPPN for instituída em zona urbana, o imóvel fica sujeito ao pagamento do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU), de competência municipal. Nesse caso, a isenção dependerá da existência ou não de Lei municipal nesse sentido.

Existem hoje 1.503 (mil quinhentas e três) RPPNs no país, reconhecidas por órgãos ambientais de âmbito federal, estadual e municipal, o que representa mais de 50% do número total de UCs no Brasil, e são responsáveis pela preservação de aproximadamente 750.000 hectares em todos os biomas e em todas as unidades da Federação, o que equivale a 1% do sistema nacional de áreas protegidas. O tamanho das unidades varia de menos de um hectare até dezenas de milhares de hectares.<sup>26</sup>

A criação de RPPN gera para o proprietário a obrigação de adotar medidas de gestão e de proteção da área, destacando-se a elaboração de plano de manejo, que consiste em documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade (art. 2º, XVII da LSNUC). Os órgãos do SNUC prestarão orientação técnica e científica ao proprietário para a elaboração do Plano de Manejo ou de Proteção e Gestão da unidade (§ 3º do art. 21 da LSNUC). O manejo abrange o controle de ameaças à conservação, como a existência de espécies exóticas e invasoras, queimadas, caça e o extrativismo.

Caberá ao Poder Público definir critérios para elaboração de plano de manejo para RPPNs, aprovar o plano de manejo da UC, e apoiar o proprietário nas ações de fiscalização, proteção e repressão aos crimes ambientais (art. 25 do Decreto n. 5746/2006).

Atividade muito beneficiada pelas RPPNs é a pesquisa científica, que independe da existência de plano de manejo. Em muitas delas, foram identificadas espécies raras, ameaçadas de extinção e descobertas novas espécies. A soltura de animais silvestres em RPPNs será permitida mediante autorização do órgão ambiental competente e de

<sup>26</sup> Disponível em: [www.mma.gov.br/cadastro\\_uc](http://www.mma.gov.br/cadastro_uc). Acesso em: 1º jul. 2018. Vale ressaltar que os dados constantes na tabela CNUC estão subdimensionados, não refletindo o número real de RPPNs existentes no Brasil. Cf., ainda, COUTINHO, Rodrigo (org.). **Guia das RPPNs de Santa Catarina**. Florianópolis: Expressão, 2018.

avaliação técnica que comprove, no mínimo, a integridade e sanidade físicas dos animais e sua ocorrência natural no ecossistema onde está inserida a RPPN (art. 20). É vedada a instalação de qualquer criadouro nessas Reservas, inclusive de espécies domésticas (art. 21). A instalação de viveiros de mudas de espécies nativas do ecossistema onde está inserida a RPPN é permitida quando vinculada a projetos de recuperação de áreas dentro da UC, sendo admitida, exclusivamente para tal finalidade, a coleta de sementes e outros propágulos no interior da RPPN (art. 22).

Na prática, as RPPNs possuem objetivos de manejo muito diversos entre si, podendo ser enquadradas em diversas das categorias de áreas protegidas conforme a classificação da UICN ou mesmo da LSNUC. Parte dos instituidores têm fins lucrativos, outra parte não. Muitas delas são criadas com o objetivo único de preservação dos recursos naturais nela existentes, excluindo toda e qualquer atividade humana. Outras tem como propósito a visitação pública, com a exploração econômica do ecoturismo, a observação de aves, as atividades de trilhas. Outras ainda desenvolvem a educação ambiental e/ou a pesquisa científica.<sup>27</sup>

Deve ser mencionado que, no espectro da conservação voluntária, além das RPPNs, o ordenamento jurídico brasileiro também prevê as figuras: da Servidão Ambiental, arrolada como um dos instrumentos econômicos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81, art. 9º, XIII), que difere da RPPN porque não se trata de unidade de conservação e pode ser instituída em caráter temporário, e porque a restrição de uso ou exploração da vegetação é menor; e da Cota de Reserva Ambiental (CRA), título nominativo representativo de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação, instituído pelo novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012). Para os proprietários que não tenham interesse na criação de uma RPPN em virtude do seu caráter perpétuo, preferindo criar restrições temporárias em suas terras, a servidão ambiental e a CRA são alternativas legais.<sup>28</sup>

## 5. CONSERVAÇÃO COMPULSÓRIA EM ÁREAS PRIVADAS

É importante distinguir as RPPNs daquelas categorias de UCs que também podem configurar áreas protegidas em propriedade privada, como é o caso das Áreas de Proteção Ambiental (APA) e das Áreas de Relevante Interesse Ecológico (ARIE), previstas nos arts. 15 e 16 da LSNUC. Essas UCs são criadas por iniciativa do Poder Público e de forma compulsória, diferentemente do que ocorre com as RPPNs, em que a iniciativa é do particular e a reserva será no local da propriedade que ele desejar, de modo que o órgão ambiental apenas reconhece a reserva particular, uma vez satisfeitos os requisitos legais e regulamentares que ensejam o interesse público de torná-la uma Unidade de Conservação integrante do sistema nacional.

27 MORSELLO, Carla. Áreas protegidas públicas e privadas: seleção e manejo. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2008, p. 30-30.

28 Embora de menção necessária, porque constituem outros modos de conservação voluntária, tais instrumentos não integram o objeto deste artigo.

Distiguem-se as RPPNs, pela mesma razão, das figuras jurídicas da Reserva Legal (RL) em propriedades rurais e das Áreas de Preservação Permanente (APP) em imóveis rurais e urbanos, espaços territoriais especialmente protegidos (aqui entendidos em sentido amplo, pois não integrantes do Sistema de Unidades de Conservação) que implicam restrições de uso compulsórias, impostas a todos os proprietários e posseiros pelo Código Florestal.

## 6. FOMENTO PÚBLICO

Dentre os objetivos expressos no art. 4º da LSNUC, consta o de “favorecer condições e promover a educação e interpretação ambiental, a recreação em contato com a natureza e o turismo ecológico” (inc. XII), e inclui-se nas diretrizes dessa Lei incentivar as populações locais e as organizações privadas a estabelecerem e administrarem unidades de conservação dentro do sistema nacional e assegurar, nos casos possíveis, a sustentabilidade econômica das UCs (art. 5º, V e VI).

Cuida-se da atividade de fomento, em que, conforme Gustavo Binbenbojm, o Poder Público induz comportamentos, por meio da concessão de benefícios diretos aos particulares que preencherem os requisitos legais para sua percepção, benefícios que podem ser positivos (empréstimos a juros baixos, subvenções oficiais etc) ou negativos (imunidades, isenções, não incidências, renúncias e diferimentos fiscais), com o objetivo de estimular ou facilitar algumas atividades que os particulares já podem *per se* desempenhar<sup>29</sup>, como ocorre com a criação de RPPN com base na LSNUC.

Juarez Freitas inclui, dentre os itens da nova agenda de sustentabilidade, a tributação transitória e sem finalidade arrecadatória sobre a poluição, “ao lado da adoção de incentivos fiscais a projetos sustentáveis (nas várias dimensões entrelaçadas) com o induzimento, por exemplo, à reciclagem ou à formação de reservas particulares de preservação ambiental”<sup>30</sup>.

Para Marcelo Buzaglo Dantas, a instituição de incentivos econômicos à preservação e à recuperação do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento de atividades produtivas sustentáveis são as soluções a longo prazo para a questão ambiental no Brasil e no mundo<sup>31</sup>.

Carla Morsello, ao diagnosticar que o mecanismo atual de instituição de RPPNs é individual, sendo a criação das reservas tratadas caso a caso, o que diminuiria a eficiência, sugere que a melhoria no potencial de conservação das RPPNs depende de um planejamento regional para a instituição dessas áreas, pelo qual as localidades ecológica e economicamente mais importantes, *v.g.*, as que mantenham nascentes de curso d’água, as

29 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia. Ordenação. Regulação.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.77. “Não há no fomento, ao menos *a priori*, o exercício imediato de potestades pelo Estado, sendo antes uma forma de atuação estatal que busca atingir seus objetivos por via da adesão voluntária dos particulares” (p.77).

30 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** Direito ao Futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 97 – 98.

31 DANTAS, Marcelo Buzaglo; ANDREOLI, Cleverson Vitorio. **Código Florestal Anotado:** observações de ordem técnica e jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 5 – 6.

próximas a UCs públicas ou com presença de espécies endêmicas, sejam priorizadas no recebimento de incentivos. Admite, porém, que “mesmo na forma atual, as RPPNs têm grande importância para a conservação do país, papel que dificilmente seria alcançado apenas pela iniciativa pública”, visto que para que um sistema de reservas seja representativo da biodiversidade regional, além de um certo número de reservas grandes, é preciso adicionar um grande número de pequenas.<sup>32</sup>

Em todo o mundo os orçamentos encolhidos têm resultado em problemas graves aos sistemas de áreas protegidas públicas, e, em razão disso, mecanismos inovadores para a conservação são necessários. A utilização de pacotes econômicos de incentivos é considerada, de acordo com Morsello, citando McNeely, uma das iniciativas mais promissoras à solução do problema e, no Brasil, as RPPNs são um exemplo clássico desse modelo.

Todavia, como geralmente os locais mais ameaçados são intensamente utilizados pela atividade produtiva, a isenção do ITR não se mostra suficiente, fazendo-se necessário um sistema adicional de incentivos que focalize os locais que mais necessitam de proteção, e, ademais, “a chance de sucesso será maior quanto maior for a inserção desse pacote dentro de uma política mais abrangente de desenvolvimento rural que envolva outras agências de governo...”<sup>33</sup>. Especificamente para as RPPNs, a autora entende importante a elaboração de novos mecanismos de incentivos, preferencialmente em nível local ou estadual, ao lado da efetivação dos já existentes, como o apoio técnico ao manejo da área. Conclui Morsello que deve haver perspectiva regional de conservação, sendo necessárias abordagens mais amplas, em níveis ecossistêmicos e de paisagem.<sup>34</sup>

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1.548/2015 que busca corrigir a anomalia jurídica antes mencionada, classificando formalmente a RPPN como Unidade de Conservação de proteção integral e criando novos incentivos como forma de fomentar a sua criação e favorecer a sustentabilidade financeira dessas reservas<sup>35</sup>.

Flávio Ojidos arrola, como oportunidades já existentes de geração ou obtenção de recursos financeiros pelas RPPNs, a isenção de ITR, a cobrança de ingresso para visitação

32 MORSELO, Carla. Áreas protegidas públicas e privadas: seleção e manejo. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2008, p.20.

33 MORSELO, Carla. Áreas protegidas públicas e privadas: seleção e manejo. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2008, p. 195-196. Lembra Mesquita que ao criar uma RPPN, o proprietário abre mão de outras alternativas de geração de renda relacionadas com a alteração do ambiente, elevando, em termos econômicos, o custo de oportunidade em favor da conservação da natureza, sendo importante então a adoção de incentivos que atenuem o custo de oportunidade desta decisão (Op. cit, p.92), diferenciados daqueles constituídos como ‘incentivos econômicos’ indutores do cumprimento do Código Florestal (melhor seria denominar estes como compensação), dado que aqui há um esforço voluntário adicional de ampliação das áreas protegidas, além dos limites mínimos legais, de conservação compulsória (p.52).

34 MORSELO, Carla. Áreas protegidas públicas e privadas: seleção e manejo. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2008, p. 199-200.

35 De acordo com a justificativa do projeto, o Estado deveria apoiar e valorizar de forma mais eficaz esse tipo de iniciativa. Hoje, somente proprietários envolvidos com a questão ambiental decidem por criar uma RPPN. Não existe estímulo para que o proprietário preserve uma parte da sua terra. (...) Embora a RPPN seja extremamente positiva para toda a sociedade, na medida em que preserva as florestas, os animais, as fontes de água e a qualidade de vida, é preciso oferecer benefícios mais visíveis e atraentes para promover a sua criação. (...) Sem perder sua matriz preservacionista, a RPPN deve ter elementos capazes de seduzir os proprietários de um modo geral, e não somente os ambientalistas, para que seu número seja ampliado no País. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1278966>. Acesso em: 22 out. 2018.

com fins turísticos, de recreação e de educação ambiental, a hospedagem, a alimentação, a venda de produtos em loja física ou virtual, a realização de cursos, eventos e oficinas, a colheita e manutenção de acervo de imagens, a compensação de Reserva Legal ou por supressão de vegetação nativa (art. 15, § 2º da Lei n. 12.651/2012, art. 9º-A da Lei n. 6.938/81, art. 17 da Lei n. 11.428/2006) e a pesquisa científica, todas atividades econômicas legais e que permitem a geração de emprego e renda na unidade e no seu entorno.<sup>36</sup>

Há também oportunidades potenciais para garantir a sustentabilidade financeira das reservas privadas a longo prazo, como o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA),<sup>37</sup> ICMS ecológico,<sup>38</sup> fonte de recursos não onerosos ou não reembolsáveis, *marketing* relacionado à causa,<sup>39</sup> financiamento coletivo ou *crowdfunding*, programas de voluntariado, CRA, mercado de carbono florestal (Redução das Emissões por Desmatamento e Degradação florestal (REDD)), isenção de IPTU, compensação por significativo impacto ambiental, plano de apoio à proteção das RPPNs pela polícia militar ambiental, transferência do potencial construtivo.<sup>40</sup>

## 7. O FENÔMENO MUNDIAL DA CONSERVAÇÃO VOLUNTÁRIA EM RESERVAS PARTICULARES

Há experiências e modelos de conservação voluntária em reservas particulares ou comunitárias em diversos países da África, da América, da Europa, da Ásia e da

36 OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo**: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs. São Paulo: Essencial Idea, 2018, p. 75.

37 Referência é o Estado de São Paulo, que instituiu, em 2013, o CAP/RPPN – Crédito Ambiental Paulista para as RPPNs, cuja seleção é realizada pela Fundação Florestal de acordo com as regras estabelecidas nos editais de chamada pública. A Resolução n. 89/2013 da Secretaria do Meio Ambiente define as diretrizes, os critérios e o cálculo do PSA para remuneração dos proprietários de RPPNs que prestam serviços ambientais de conservação e restauração de processos ecológicos da biodiversidade e produção de água, como vigilância, combate a espécies invasoras, animais domésticos, incêndios e erosão. Também o Estado do Paraná, pela Resolução n. 80/2015, da Secretaria do Meio Ambiente, fixou diretrizes e normas para a execução do Projeto PSA/RPPN e em 2018 publicou edital para seleção, a ser promovida pelo Instituto Ambiental do Paraná (IAP), de RPPNs para o pagamento por serviços ambientais, com recursos oriundos do Fundo Estadual do Meio Ambiente. Disponível em: [www.iap.pr.gov.br](http://www.iap.pr.gov.br). Acesso em: 28 ago. 2017.

38 Os Estados do Paraná e do Rio de Janeiro, entre outros 17, criaram o ICMS ecológico, considerando o critério ambiental no momento de definir itens que comporão a participação de 25% dos municípios, e incluíram no rol a existência de unidades de conservação, como as RPPNs, nos seus territórios. Os municípios de Planaltina do Paraná e São Pedro do Ivaí (PR) e Varre-Sai (RJ), mediante legislação municipal prevendo o apoio, já efetivaram repasse dos recursos recebidos a RPPNs, exemplificando tal potencialidade (OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo**: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs. São Paulo: Essencial Idea, 2018, p. 100-101).

39 RPPNs criadas por empresas privadas com o intuito de vincular a marca à imagem de uma empresa responsável do ponto de vista ambiental, desde que não haja propaganda ambiental enganosa, chamada de maquiagem verde ou, em inglês, *greenwashing* (OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo**: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs. São Paulo: Essencial Idea, 2018, p. 105-108). A busca de eventuais dividendos em termos de reputação socioambiental é legítima, sempre que adotada de forma honesta e transparente, tendo como resultado a proteção do capital natural (MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. **A natureza como o maior patrimônio**: desafios e perspectivas da conservação voluntária em áreas protegidas no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais e Florestais). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p.111).

40 Trata-se de mecanismo exclusivo criado pelo município de Curitiba para estimular a iniciativa privada a conservar as áreas com florestas de araucária na cidade. O Decreto n. 1.850/2012 permite ao proprietário a transferência do direito de construir a que tinha direito naquele local para outro, que não tenha restrições ambientais, podendo negociar no mercado (OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo**: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs. São Paulo: Essencial Idea, 2018, p. 122). Contudo, o benefício só pode ser concedido a proprietário de RPPN reconhecida pelo município.

Oceania.<sup>41</sup> Algumas com reconhecimento formal dos governos, outras informalmente protegidas, fruto da iniciativa individual dos proprietários, temporárias ou perpétuas conforme as diversas regulamentações locais, com fins lucrativos ou não, e com variação do tamanho das áreas.<sup>42</sup> Jef Langholz, abordando a motivação desse nicho, analisa que

[...] três fatores fortemente ligados estão conduzindo o fenômeno das reservas privadas. O primeiro fato – o fracasso do governo – vem da falta de vontade ou da inabilidade do setor público em satisfazer a demanda da sociedade por conservação da natureza. Como mostrado anteriormente, os parques têm se mostrado inadequados em termos de quantidade e qualidade da proteção, especialmente nos trópicos. [...] as verbas estão diminuindo em vez de crescer. O segundo fator – o crescente interesse da sociedade na conservação da biodiversidade – culminou no Brasil com a Convenção sobre a Diversidade Biológica em 1992. Suplementando este tratado internacional, existe uma extensa documentação sobre os valores ecológicos, genéticos, sociais, econômicos, científicos, educacionais, culturais, recreacionistas e estéticos, além de outros, para a humanidade. O fator final atrás da proliferação de parques privados é a explosão do ecoturismo, que tem surgido como o segmento de crescimento mais rápido no grande setor do turismo, geralmente considerado como a maior indústria do mundo.<sup>43</sup>

Para o mesmo autor, como toda ferramenta ou tendência de conservação, essas reservas particulares oferecem vantagens e desvantagens e, dada sua ampla diversidade, quaisquer generalizações superficiais sobre elas são altamente suspeitas. Traz um quadro dos pontos fortes e fracos elaborado por ele e Lassoie com base no exame de diversas manifestações dos modelos de “parques” privados. Como forças, arrola a proteção da biodiversidade e o fornecimento de muitos dos mesmos serviços ecossistêmicos prestados pelas unidades públicas, como a purificação do ar e da água, regulação climática, produção de água e recreação (aspecto ecológico), a sua frequente viabilidade econômica e a substancial economia de recurso para os governos, que, de outro modo, teriam que comprar as terras (aspecto econômico), e exemplo de participação e devolução do controle sobre os recursos naturais (aspecto social). Como fraquezas, aponta que são geralmente de tamanho pequeno, o que limita sua habilidade em abrigar a biodiversidade,

41 África do Sul, Zimbábue, Quênia, Tanzânia, Zâmbia e Namíbia, Argentina, Colômbia, Bolívia, Equador, Chile, Paraguai, Peru, México, Costa Rica, Belize, Honduras, El Salvador, Nicarágua, Panamá, Venezuela e Guatemala, Reino Unido, Alemanha, França, Espanha, Suíça, Áustria, Holanda, Suécia, Itália, Grécia, Estados Unidos, Canadá, China, Japão, Papua Nova Guiné, Nova Zelândia, Samoa Ocidental e Austrália, entre outros.

42 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/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 269 – 270; LANGHOLZ, Jef. Parques de propriedade privada. In: TERBORGH, John [et. al.] (orgs.). **Tornando os parques eficientes: estratégias para conservação da natureza nos trópicos**. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p.197-212, p.198-199; WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN – na Lei n. 9.985/2000 que Instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Direito Ambiental das Áreas Protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.409-412; KRAMER, Randall; LANGHOLZ, Jef; SALAFSKY, Nick. O papel do setor privado no estabelecimento e manejo de áreas protegidas. In: TERBORGH, John et al (orgs.). **Tornando os parques eficientes: estratégias para conservação da natureza nos trópicos**. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p. 371-377. MORSELLO, Carla. Áreas protegidas públicas e privadas: seleção e manejo. São Paulo: Annablume, 2008; OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo**: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs. São Paulo: Essencial Idea, 2018, p. 39-40, que registra as servidões ecológicas na Costa Rica, Equador, Paraguai e Argentina.

43 LANGHOLZ, Jef. Parques de propriedade privada. In: TERBORGH, John [et. al.] (orgs.). **Tornando os parques eficientes: estratégias para conservação da natureza nos trópicos**. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p.199.

especialmente a megafauna, e que seu status informal pode levar à proteção temporária ou tênue das áreas (aspecto ecológico), a dependência em relação à verbas do ecoturismo, o que pode significar a vulnerabilidade de algumas reservas, e também a necessidade de autossuficiência financeira, que pode levar a atividades que privilegiem resultados econômicos em vez de ecológicos (aspecto econômico), e podem ser às vezes “ilhas de elite, protegidas e visitadas apenas pelos ricos”, causar desigualdades sociais e apoiar a concentração da posse de terras pelos ricos e, ainda, a posse de terras por estrangeiros pode ser vista como uma outra forma de neocolonialismo (aspecto social).<sup>44</sup>

Sobre esse aspecto social negativo, Giselle Marques de Araújo, ao abordar a atividade econômica do ecoturismo na região de Bonito, no Mato Grosso do Sul, traz a questão dos direitos fundamentais à liberdade e, principalmente, à igualdade de acesso de todos a esses atrativos naturais, verdadeiros “santuários ecológicos” situados em propriedades privadas transformadas em RPPNs<sup>45</sup>, comprometidos pelo caráter socialmente restritivo que também pode ser encontrado em outras reservas dedicadas ao ecoturismo no país e ao redor do mundo.

Analisando a questão do ponto de vista do desenvolvimento sustentável, a atividade de turismo, com visitas guiadas aos locais de beleza natural cênica, e mergulhos e flutuações nos seus rios de águas cristalinas, é considerada menos degradante, sob o ponto de vista ambiental, que a agricultura e a pecuária. Contudo, também provoca impactos ambientais, razão pela qual são adotadas medidas tendentes a mitigá-los, com a diminuição do número de turistas, fazendo com que os preços dos passeios se tornem cada vez mais elevados para compensar a perda da demanda, transformando assim as belezas naturais de Bonito e região em um atrativo para turistas com poder aquisitivo elevado, resultando no caráter elitista do ecoturismo e comprometendo a permanência e o crescimento do comércio local que atende aos turistas do circuito inferior, com baixo poder aquisitivo.<sup>46</sup> A consequência, opina Araújo, é a situação na qual a função social da propriedade é sacrificada em nome da função ambiental, quando o ideal é a busca da sustentabilidade não apenas em termos ambientais, mas também sociais.<sup>47</sup>

Kramer, Langholz, e Salafsky, discorrendo sobre o papel privado no estabelecimento e manejo de áreas protegidas, desenvolveram estudo de caso das reservas e ranchos criados por organizações com fins lucrativos na África do Sul, que, dada a diversificada, carismática e facilmente observável vida selvagem, combinam a proteção da biodiversidade com o lucro financeiro, e um número crescente desses empreendimentos privados atrai turistas de posses, num esforço de integrar ecologia e economia. Estas áreas “são tão

---

44 LANGHOLZ, Jef. Parques de propriedade privada. In: TERBORGH, John [et. al.] (orgs.). **Tornando os parques eficientes: estratégias para conservação da natureza nos trópicos**. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p. 200-201.

45 ARAÚJO, Giselle Marques de. **Função ambiental da propriedade privada sob a ótica do STF**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 123.

46 ARAÚJO, Giselle Marques de. **Função ambiental da propriedade privada sob a ótica do STF**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 122.

47 ARAÚJO, Giselle Marques de. **Função ambiental da propriedade privada sob a ótica do STF**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 124.

grandes em conjunto, que correspondem a um componente importante para a conservação da vida selvagem na África do Sul<sup>48</sup>. E destacaram que “a alta qualidade de serviços de turismo para uma clientela da elite é marca registrada das organizações lucrativas de conservação em todo o mundo, e os padrões são especialmente altos no sul da África<sup>49</sup>”. Para esses autores, o ponto crucial para as reservas privadas com fins lucrativos reside nas relações com os grupos de interesses. O lado positivo é que a condição lucrativa do empreendimento leva à criação de postos de trabalho bem pagos e duradouros que beneficiam moradores locais. Por outro lado, a principal barreira é o acesso à terra, e os proprietários, mesmo quando nativos do país, pertencem a uma minoria rica e branca, e, compondo o problema, apresenta-se um fenômeno, apontado pelos pesquisadores citados, em que proprietários abastados de terras destinam áreas à conservação para evitar os sistemas de redistribuição de terras concebidos para auxiliar a maioria negra.<sup>50</sup>

Ainda de acordo com Langholz, há necessidade de caracterizar esse fenômeno crescente e avaliar sua contribuição potencial para a conservação da biodiversidade, mas ressalva ser claro que as áreas protegidas privadas “não são uma ‘solução mágica’ para os infortúnios da biodiversidade mundial”, e assim como o manejo de recursos naturais baseado em comunidades e os projetos integrados de conservação e desenvolvimento, elas “representam uma outra opção na caixa de ferramentas” e “como todas as ferramentas, são melhor utilizadas em situações que maximizem seus pontos fortes, enquanto minimizam os fracos<sup>51</sup>”.

Segundo Carla Morsello, embora os ecólogos costumem argumentar que a solução seria aumentar o tamanho dos parques públicos e selecionar melhor as suas localizações, enfrentam-se restrições políticas e econômicas, o que leva muitos, citando Gottfried, a acreditar que “a melhor solução é a implantação de um misto de UCs de iniciativas públicas e privadas<sup>52</sup>”, cumprindo a estas auxiliar na conservação. Dentre as justificativas ecológicas para o aumento de interesse na implantação de unidades de conservação privadas no mundo, a autora destaca, em primeiro lugar, que o estabelecimento de reservas particulares em locais próximos às áreas protegidas do governo pode servir para aumentar a superfície submetida a restrições de uso, incrementando a sua viabilidade. Em certos locais, algumas características da biota,

---

48 KRAMER, Randall; LANGHOLZ, Jef; SALAFSKY, Nick. O papel do setor privado no estabelecimento e manejo de áreas protegidas. In: TERBORGH, John *et al* (orgs.). **Tornando os parques eficientes**: estratégias para conservação da natureza nos trópicos. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p. 375.

49 KRAMER, Randall; LANGHOLZ, Jef; SALAFSKY, Nick. O papel do setor privado no estabelecimento e manejo de áreas protegidas. In: TERBORGH, John *et al* (orgs.). **Tornando os parques eficientes**: estratégias para conservação da natureza nos trópicos. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p. 376. Os riscos também são altos, dado que a lucratividade frequentemente depende da megafauna que também atrai caçadores ilegais. (p. 377).

50 KRAMER, Randall; LANGHOLZ, Jef; SALAFSKY, Nick. O papel do setor privado no estabelecimento e manejo de áreas protegidas. In: TERBORGH, John *et al* (orgs.). **Tornando os parques eficientes**: estratégias para conservação da natureza nos trópicos. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p. 377.

51 LANGHOLZ, Jef. Parques de propriedade privada. In: TERBORGH, John [et. al.] (orgs.). **Tornando os parques eficientes**: estratégias para conservação da natureza nos trópicos. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002, p. 209.

52 MORSELLO, Carla. Áreas protegidas públicas e privadas: seleção e manejo. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2008, p.27.

como nas savanas africanas por exemplo, em que ocorre grande migração da fauna, podem aumentar ainda mais a importância da instituição de reservas particulares em associação com áreas públicas. Algumas espécies ocupam territórios muito extensos para abranger população viável, a exemplo de carnívoros como as onças. Outra situação que ecologicamente torna recomendável a instituição de reservas particulares é aquela existente nos locais que representam os limites de distribuição de algumas espécies, cujas populações estão sujeitas a grandes flutuações, exigindo medidas de conservação muito mais amplas do que as restritas às áreas públicas protegidas. Por fim, as áreas particulares podem servir como corredores ou *stepping stones* entre as reservas públicas, ou seja, para aumentar a taxa de migração entre as diferentes áreas, reduzindo os efeitos negativos do isolamento de subpopulações.<sup>53</sup>

As justificativas econômicas, na revisão de Morsello, seriam: as restrições financeiras decorrentes da situação mundial da maioria dos governos e a consequente disputa por escassos recursos para o atendimento das necessidades básicas da população, os problemas relativos à implementação existentes nas unidades já criadas e ainda a possibilidade de com elas – as reservas privadas – gerar divisas e não apenas reduzir gastos, seja diretamente com a expansão do ecoturismo como alternativa econômica para geração de renda, seja indiretamente, com o marketing ecológico de empresas instituidoras de reservas privadas.

Por último, compila Morsello as justificativas político-institucionais: UCs privadas podem ser uma alternativa àquelas públicas, como têm sido em alguns casos e regiões do mundo onde existem populações autóctones. Também as unidades privadas poderão constituir uma alternativa viável quando existirem maneiras de incentivar os proprietários para que as estabeleçam. Em terceiro lugar, por sua maleabilidade, podem inovar nos processos e políticas de gestão das UCs, buscando alternativas mais eficazes. Por fim, possuem importante potencial de relação com o público, já que possibilita ampliar os projetos de educação ambiental.<sup>54</sup>

Em conclusão, afirma Morsello que o próprio Estado tem percebido as vantagens e possibilidades de transferir parte do encargo de conservação para a iniciativa particular, porém ressalta a necessidade de amplo planejamento do território que inclua as áreas públicas e privadas, procurando maximizar o potencial de conservação extraído desse conjunto, devendo-se levar em conta, na instituição de reservas privadas, aspectos como a proximidade com UCs públicas, a função de corredores, o incremento às migrações entre diferentes áreas.<sup>55</sup>

Enfim, “a associação de unidades públicas e unidades privadas pode ser uma

53 MORSELLO, Carla. Áreas protegidas públicas e privadas: seleção e manejo. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2008, p. 28. Outra função mencionada seria a de aliviar a pressão de visitação que existe nas áreas públicas, contudo essa justificativa não tem relevo no Brasil, onde um dos problemas dos parques públicos é justamente o limitado acesso à visitação pública, apontado hoje inclusive como uma oportunidade de angariar recursos financeiros para contribuir na efetiva implementação de inúmeras unidades.

54 MORSELLO, Carla. Áreas protegidas públicas e privadas: seleção e manejo. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2008, p. 30.

possibilidade de solução, ao menos parcial, dos problemas que as primeiras enfrentam há muito tempo”, no entanto essa migração não deve resultar, segundo Morsello, no abandono do Estado da iniciativa própria na instituição e implementação de áreas protegidas. “O papel das reservas particulares deve ser aditivo às iniciativas governamentais e não substitutivo a elas”, porque estão sujeitas a oscilações e incertezas, como a viabilidade econômica de sua manutenção, porque poucas áreas são criadas por particulares em locais em que outras alternativas econômicas poderiam trazer retornos maiores e, por fim, porque a superfície protegida nessas reservas particulares não é suficiente à conservação de determinadas espécies. Assim, o papel do Estado deve ser o de trazer estabilidade ao sistema e de funcionar como estimulador das iniciativas particulares, além de suprir as deficiências nos ambientes em que essas não tem atuado.<sup>56</sup>

Para Fabiana Pureza, Angela Pelin e Claudio Padua, embora haja uma discussão sobre o tamanho das áreas das RPPNs no Brasil, pois algumas são consideradas pequenas demais e não teriam função relevante para a conservação da biodiversidade, existe, por outro lado, um consenso de que “essas áreas são importantes na complementação dos sistemas públicos de UCs e podem auxiliar no estabelecimento de corredores, ampliando a conectividade e protegendo áreas-chave dos ecossistemas”.<sup>57</sup>

Segundo Ojidos e Pellin, as RPPNs brasileiras adquirem papel estratégico para a conservação da biodiversidade, em especial para os pequenos fragmentos de vegetação natural, como de Mata Atlântica, que, por uma série de motivos, não recebem maiores esforços de preservação pelo Poder Público, e consideram que esta estratégia representa um papel adicional aos demais mecanismos de conservação, servindo como instrumento complementar para fortalecer o SNUC, apresentando como benefícios o aumento da conectividade da paisagem natural e o apoio às pesquisas científicas, relacionadas à biodiversidade, e à educação ambiental e sensibilização da sociedade, com a vantagem de que não demanda recursos públicos.<sup>58</sup>

Mesquita, por sua vez, considera as reservas particulares como complementares e coprotagonistas nos sistemas nacionais e internacionais de áreas protegidas, destacando a participação efetiva de RPPNs na proteção de áreas críticas para a sobrevivência de algumas espécies ou com elevados índices de biodiversidade e na manutenção de serviços ecossistêmicos, já que populações de espécies ameaçadas, endêmicas e de distribuição muito restrita dependem das RPPNs para proteção do seu hábitat. Ademais, dezenas de RPPNs protegem nascentes de rios e mananciais de água, evidenciando a participação efetiva dessas reservas para o abastecimento de água de vilas, comunidades ou mesmo áreas urbanas de cidades localizadas à jusante na bacia hidrográfica.<sup>59</sup> As RPPNs têm

56 MORSELLO, Carla. Áreas protegidas públicas e privadas: seleção e manejo. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2008, p. 61-63.

57 PUREZA, Fabiana; PELLIN, Angela; PADUA, Claudio. **Unidades de Conservação**. São Paulo: Matrix, 2015, p. 157.

58 OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo**: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs. São Paulo: Essential Idea, 2018, p.52-53.

59 MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. **A natureza como o maior patrimônio**: desafios e perspectivas da conservação voluntária em áreas protegidas no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais e Florestais).

importância também na conservação de amostras de ecossistemas, como as centenas de reservas existentes na Mata Atlântica. No Pantanal, cumprem funções ecológicas equivalentes a grandes parques, dada a grande extensão das RPPNs nele existentes.<sup>60</sup>

Segundo o mesmo autor, a concentração de RPPNs em algumas localidades ou regiões não é obra do acaso, mas resultado de ações planejadas, articuladas e implementadas por organizações de conservação, associações de proprietários, gestores de unidades de conservação, lideranças locais, ou por parcerias entre esses atores, para ampliar a proteção no entorno de parques e reservas públicas, complementando a ação governamental, como é o caso do cinturão ao redor do Parque Nacional do Pantanal Matogrossense (exemplo também do papel dessa categoria nos mosaicos de UCs), ou mesmo para criar proteção em locais em que esta não se fez presente ou é insuficiente, em que pese a relevância regional dos atributos naturais, caso das RPPNs criadas em municípios do Rio de Janeiro para proteção do mico-leão-dourado.<sup>61</sup>

Assim, a sua importância não está tanto na representatividade da superfície que elas protegem e sua contribuição para o alcance das metas globais, mas em valores peculiares, como a consecução de estratégias regionais de conservação da biodiversidade e proteção dos serviços ecossistêmicos. Constituem ferramentas mais eficientes e flexíveis, com papel relevante nas regiões onde, pelas especificidades locais ou pela abrangência restrita em termos de escala de paisagem, ao que se agrega a escassez e pouca flexibilidade de recursos públicos, as iniciativas governamentais de criação de áreas protegidas dificilmente serão prioritárias.<sup>62</sup>

Mesquita destaca, no entanto, como um dos desafios a serem enfrentados, a baixa representação nos bancos de dados oficiais, como o Cadastro Nacional de Unidades de Conservação (CNUC). Permanecem estas áreas protegidas privadas subdimensionadas também na principal fonte de informação e monitoramento das áreas protegidas, o Banco de Dados Mundial das Áreas Protegidas (WDPA)<sup>63</sup>.

Em estudo sobre o papel do setor florestal na conservação da biodiversidade da Mata Atlântica, bioma considerado um *hotspot* mundial de biodiversidade<sup>64</sup>, Mesquita,

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 5-10. Os resultados da pesquisa de campo desenvolvida por esse autor demonstraram que dentre os serviços ecossistêmicos prestados pelas RPPNs destaca-se sua contribuição efetiva ao abastecimento hídrico, percebendo-a como parte integrante do sistema de proteção de bacias hidrográficas (MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. **A natureza como o maior patrimônio**: desafios e perspectivas da conservação voluntária em áreas protegidas no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais e Florestais). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 97).

**60** MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. **A natureza como o maior patrimônio**: desafios e perspectivas da conservação voluntária em áreas protegidas no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais e Florestais). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 29-35.

**61** MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. **A natureza como o maior patrimônio**: desafios e perspectivas da conservação voluntária em áreas protegidas no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais e Florestais). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 44-47.

**62** MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. **A natureza como o maior patrimônio**: desafios e perspectivas da conservação voluntária em áreas protegidas no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais e Florestais). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 50-51.

**63** MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. **A natureza como o maior patrimônio**: desafios e perspectivas da conservação voluntária em áreas protegidas no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais e Florestais). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 110.

**64** A mata atlântica é uma das florestas mais ricas em diversidade de espécies e mais ameaçadas do planeta. A

Siqueira, Guimarães, Skoczlas e Leite anotam que mais de 80% dos remanescentes florestais, extremamente fragmentados, estão localizados em propriedades particulares, sendo desse modo primordial que se experimentem e priorizem estratégias para promover o envolvimento direto do setor privado, seja por grandes empresas ou por produtores rurais, nos esforços de proteção e recuperação da cobertura florestal nativa, fundamentais para assegurar o desenvolvimento sustentável da região, na medida em que garantem recursos fundamentais como água e o solo.<sup>65</sup>

Projetos que visam ao planejamento para a proteção ambiental em larga escala, como é o caso dos corredores ecológicos, indicam estratégias de conservação em terras privadas como uma das ferramentas essenciais para se promover a reconectividade entre os remanescentes.<sup>66</sup> É necessário que se mantenham paisagens que permitam o fluxo gênico entre os fragmentos, reduzindo o efeito da formação de “ilhas de vegetação” biologicamente isoladas entre si. O corredor, conforme Fonseca, compreende uma rede de parques, reservas e outras áreas de uso menos intensivo, gerenciadas de maneira integrada para garantir a sobrevivência do maior número de espécies de uma região.<sup>67</sup>

Para os autores citados, a iniciativa privada pode colaborar de maneira decisiva com essas políticas públicas, seja protegendo áreas críticas com elevados índices de biodiversidade, seja consolidando parcerias público-privadas para conservação em larga escala de ecossistemas ameaçados, por meio da proteção de zonas de amortecimento de unidades de conservação integral ou da formação de corredores ecológicos, ou promovendo o uso sustentável dos recursos naturais, especialmente água e solo. O crescente interesse do setor privado em participar da criação e gestão de reservas pode se converter em poderosa ferramenta.<sup>68</sup>

## 8 ÁREAS PROTEGIDAS PRIVADAS NA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL

No plano transnacional<sup>69</sup>, a União Internacional para Conservação da Natureza

maioria das espécies ameaçadas é endêmica, isto é, não ocorre em nenhum outro hábitat natural do mundo. Hoje, restam apenas 12,4% da cobertura original, e desses remanescentes, 80% estão em áreas privadas. 72% da população brasileira e sete das nove maiores bacias hidrográficas do país estão na Mata Atlântica. Informação disponível em: <https://www.sosma.org.br/nossas-causas/mata-atlantica/>. Acesso em: 15 out. 2018.

**65** MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo, [et.al.]. O papel do setor florestal na conservação da biodiversidade da Mata Atlântica. In: BENSUSAN, Nurit, BARROS, Ana Cristina, BULHÕES, Beatriz e BARRETTO FILHO, HENYO TRINDADE. In: *Biodiversidade: é para comer, vestir ou passar no cabelo?* São Paulo: Peirópolis, 2006, p. 176-177.

**66** MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo, [et.al.]. O papel do setor florestal na conservação da biodiversidade da Mata Atlântica. In: BENSUSAN, Nurit, BARROS, Ana Cristina, BULHÕES, Beatriz e BARRETTO FILHO, HENYO TRINDADE. In: *Biodiversidade: é para comer, vestir ou passar no cabelo?* São Paulo: Peirópolis, 2006, p. 176-177.

**67** MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo, [et.al.]. O papel do setor florestal na conservação da biodiversidade da Mata Atlântica. In: BENSUSAN, Nurit, BARROS, Ana Cristina, BULHÕES, Beatriz e BARRETTO FILHO, HENYO TRINDADE. In: *Biodiversidade: é para comer, vestir ou passar no cabelo?* São Paulo: Peirópolis, 2006, p. 180.

**68** MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo, [et.al.]. O papel do setor florestal na conservação da biodiversidade da Mata Atlântica. In: BENSUSAN, Nurit, BARROS, Ana Cristina, BULHÕES, Beatriz e BARRETTO FILHO, HENYO TRINDADE. In: *Biodiversidade: é para comer, vestir ou passar no cabelo?* São Paulo: Peirópolis, 2006, p. 178.

**69** A UICN é uma organização não-governamental criada em 1948 e que conta com mais de 13.000 especialistas, possuindo 1300 membros de mais de 160 países, inclusive Estados soberanos. Coloca à disposição conhecimentos e ferramentas e formula diretrizes e recomendações aos Estados em matéria de conservação da natureza (Disponível em: <https://www.iucn.org>). Como ente transnacional, a UICN não pode impor suas orientações, porém, por

(UICN), cujo sistema de classificação das categorias de manejo das áreas protegidas – que se tornou referência mundial – foi concebido com foco na governança pública, começou, segundo Brent Mitchell<sup>70</sup>, a dar atenção à conservação voluntária em terras privadas e a alternativas à governança pública, reconhecendo e definindo as PPAs (*Privately Protected Areas*) e sua importância como componente de uma ampla rede de unidades de conservação.

Conforme definição adotada no Congresso Mundial de Parques em 2003, PPA é “uma parcela de terra de qualquer tamanho que é: 1) gerida predominantemente para conservação da biodiversidade; 2) protegida com ou sem formal reconhecimento governamental; e 3) é de propriedade ou mantida por indivíduos, comunidades, empresas ou organizações não governamentais.”<sup>71</sup> Mitchell afirma:

Reserva privada. Essas palavras, separadas ou juntas, sugerem algo retirado do uso comum, para prazer pessoal ou até mesmo acúmulo. [...] Mas essa imagem é enganosa. Na conservação mundial, reservas privadas são destinadas ao uso público, seja como motivação primária ou com significativo objetivo secundário. Reserva aqui é usada em seu sentido mais amplo. [...] A origem da palavra privado está no latim *privatus*, retirado do uso público, por sua vez derivada de *privus*, singular, individual. Mas curiosamente nenhuma destas se aplica às áreas privadas protegidas. Embora a propriedade privada

seu prestígio, respeitabilidade e expertise técnica, os governos costumam adotá-las, daí sua importância como líder global nesse assunto. Trata-se do fenômeno do *soft law*. Contemporaneamente, é preciso pensar o direito transnacional, segundo Joana Stelzer, como um “ordenamento originado e exercido à margem da soberania, independente do reconhecimento externo ou recepção formal interna pelos Estados”, e, citando Ulrich Beck, como uma terceira dimensão, que não se confunde, naturalmente, com a nacional, tampouco com a internacional, mas constitui algo novo, “um espaço intermediário que já não se encaixa nas velhas categorias”. (STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p.15-53, p.37). É um *tertium genus*, que fragmenta o exercício do poder. Para Marcelo Neves, o núcleo básico do conceito genérico “transnacionalidade” reside na noção de dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado, e, no sentido mais restrito, que adota, a expressão refere-se ao transnacional no sentido proposto por Teubner, que aponta para “ordens normativos privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global independentemente tanto do Estado e de suas fronteiras quanto de ordens construídas com base em Estados, ou seja, supranacionais e internacionais” (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Flores, 2009, p.84). Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, ao tratarem da emergência do Estado e do Direito transnacionais, realçam que o prefixo *trans* não remete a um Estado mundial ou a um superestado, mas à possibilidade de fundação de “vários espaços públicos de governança, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento seriam submetidos às sociedades transnacionalizadas”. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55 – 71, p. 57). Os autores sugerem o conceito de um Estado transnacional como a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres das amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção e coerção e com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização. E, com apoio em Gabriel Ferrer, assinalam que não se trata de estabelecer uma república planetária, mas de buscar mecanismos internacionais que assegurem a eficaz materialização da solidariedade, no mesmo diapasão de inspiração de novos direitos transnacionais, como é o caso do direito ambiental. (CRUZ; BONAR, 2009, p.58). Para Ulrich Beck, (*apud* STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 18), talvez a questão ambiental seja a que mais se conecte ao conceito de globalidade, que: “denomina o fato de que, daqui para a frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno especialmente delimitado, mas o inverso: que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam a todo o planeta, e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo ‘global-local’”.

<sup>70</sup> MITCHELL, Brent. O futuro da conservação voluntária em terras privadas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE RPPNs, 5, Florianópolis/SC, 2018. Para Mitchell, ela oferece benefícios públicos através de meios privados.

<sup>71</sup> No original: “a land parcel of any size that is 1) predominantly managed for biodiversity conservation; 2) protected with or without formal government recognition; and 3) is owned or otherwise secured by individuals, communities, corporations or non-governmental organisations.” (MITCHELL, Brent. Editorial. *Revista Parks – The international journal for protected area managers*. IUCN -, v. 15, n. 2, Newbury/UK, 2005)

seja mantida, quando verdadeiramente gerida como área protegida, a reserva gera benefícios públicos, sejam diretos (p.ex. acesso público imediato) ou indiretos (conservação da biodiversidade ou serviços ecológicos).<sup>72</sup>

No Congresso Mundial de Conservação realizado no Hawai (EUA) em 2016, a UICN resolveu, por meio da Resolução n. 036 (*Supporting Privately Protected Areas*), apoiar oficialmente a conservação voluntária em terras privadas e comunitárias,<sup>73</sup> estimulando os Estados membros que:

- a. adopten políticas que reconozcan, fomenten y sometan a supervisión de las áreas bajo protección privada como contribución fundamental a las metas nacionales e internacionales de conservación, y a que instrumenten mecanismos para integrar las áreas bajo protección privada en los sistemas nacionales, provinciales y locales de áreas protegidas;
- b. creen o promuevan incentivos jurídicos y financieros, incluyendo a través de reformas legales según sea apropiado, para el mantenimiento y fortalecimiento de las áreas bajo protección privada, particularmente en los países donde existen restricciones y/o ambigüedades en la legislación nacional;
- c. trabajen en conjunto con las organizaciones de la sociedad civil para instalar en la agenda pública la importancia de la conservación voluntaria de tierras privadas, en base al concepto de subsidiaridad del sector privado y no gubernamental en las políticas nacionales de conservación;

Vale frisar que o conjunto de recomendações, definições e classificações da UICN, objetivando estabelecer padrões para se obter uma linguagem e ferramentas comuns e apoiar iniciativas nesse setor de conservação da natureza, têm sido adotadas por governos nacionais, infra e supranacionais (como a União Europeia) e internacionalmente pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Convenção da Biodiversidade (CDB).

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto nesse estudo inicial sobre o tema, é possível definir a Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN) como uma unidade de conservação de proteção integral e de domínio privado, criada voluntariamente, gerida pelo particular e reconhecida pelo Poder Público com o objetivo de conservar a diversidade biológica, onde só são permitidas a pesquisa científica e a visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais, gravada pelo próprio proprietário com o caráter de perpetuidade, mediante Termo de Compromisso assinado perante o órgão ambiental competente para verificar a existência de interesse público e averbado à margem da inscrição no Registro

72 No original: "Private reserve. These words, separately and together, suggest something withheld from common use, kept for personal pleasure, perhaps even hoarded. [...] But this image is misleading. In the conservation world, private reserves are set aside for public benefit, either as the primary motivation or as a significant secondary objective. ("Reserve" here is used in its broadest sense. [...] The origin of the word private is the Latin *privatus*, "withdrawn from public life," in turn derived from *privus*, "single, individual." But oddly neither of these necessarily apply to private protected areas. Though private ownership is retained, when truly managed as protected areas PPAs have public benefits – either direct (e.g. immediate public access) or indirect (biodiversity conservation or ecological services)." (MITCHELL, Brent. Editorial. *Revista Parks* – The international journal for protected area managers. IUCN -, v. 15, n. 2, Newbury/UK, 2005).

73 Integra da Resolução n. 36, de 2016, da UICN. Disponível em: <[https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/resrefiles/WCC\\_2016\\_RES\\_036\\_ES.pdf](https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/resrefiles/WCC_2016_RES_036_ES.pdf)>. Acesso em: 03 ago. 2018.

Público de Imóveis. O incentivo básico é a exclusão da área da base de cálculo do Imposto sobre Propriedade Territorial Rural (ITR).

Conquanto não signifique modelo alternativo, que possa substituir o sistema governamental de áreas protegidas, a categoria de unidade de conservação RPPN constitui ferramenta efetiva que tem representado uma grande contribuição à estratégia nacional de preservação da biodiversidade, conservação dos recursos hídricos e manutenção dos serviços ecossistêmicos, com função complementar ao sistema de unidades de conservação públicas, destacando-se também que, apesar de representarem atualmente pequena parcela do território total abrangido pelo SNUC, estão localizadas em sua maioria no entorno dessas áreas públicas protegidas, auxiliando também na amortização dos impactos e ameaças externas, no estabelecimento de corredores ecológicos, ampliando a (re)conectividade das áreas protegidas e potencializando o desenvolvimento social e econômico das comunidades locais.

Por seu papel colaborativo, é importante que sejam aprimorados os programas de apoio e estímulo à criação, implementação e gestão dessas reservas particulares, numa perspectiva de fomento público, que vai além da política tradicional de comando e controle, fiscalização e repressão, e confere concretude ao objetivo fixado pelo art. 4º, XII e à diretriz do art. 5º, V e VI, da Lei que rege o SNUC, que é de incentivar as populações locais e as organizações privadas a estabelecerem e administrarem unidades de conservação dentro do sistema nacional e assegurar, nos casos possíveis, a sustentabilidade econômica das unidades de conservação.

A UICN passou a apoiar oficialmente a conservação voluntária em terras privadas e comunitárias e também as alternativas à governança pública, reconhecendo e definindo as PPA's (*Privately Protected Areas*) e sua importância como componente de uma ampla rede de unidades de conservação, com base no conceito de subsidiariedade do setor privado e não governamental nas políticas nacionais de conservação.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Giselle Marques de. **Função ambiental da propriedade privada sob a ótica do STF**. Curitiba: Juruá, 2015.

BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Direito Ambiental das Áreas Protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BENSUSAN, Nurit; [et. al.]. **Biodiversidade: é para comer, vestir ou passar no cabelo?** São Paulo: Peirópolis, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia. Ordenação. Regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acessado em 19 jul 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Decreto n. 5.746**, de 5 de abril de 2016. Regulamenta o art. 21 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5746.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5746.htm). Acessado em 20 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.393**, de 19 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Ter-

ritorial Rural – ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9393.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9393.htm). Acesso em: 3 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto Federal n. 4.340**, de 22 de agosto de 2002. Regulamenta artigos da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4340.htm)>. Acesso em: 3 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.985**, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.htm). Acesso em: 20 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Mensagem n. 967**, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Mensagem\\_Veto/2000/Mv0967-00.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2000/Mv0967-00.htm). Acesso em: 25 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente. **Roteiro para criação de RPPN Federal**. José Luciano de Souza, Dione Angélica de Araújo Côrte. Brasília, DF: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, 2011. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/docroiteiorppn.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente. **Roteiro metodológico para elaboração de plano de manejo para Reservas Particulares do Patrimônio Natural**. José Luciano de Souza, Célia Lontra Vieira, Desirre Cristiane Barbosa da Silva. Brasília: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, 2015. Disponível em: [http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/imgs-unidades-conservacao/roteiro\\_metodologico\\_rppn\\_2015.pdf](http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/imgs-unidades-conservacao/roteiro_metodologico_rppn_2015.pdf). Acesso em: 30 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente. **Decreto Legislativo n. 2, de 1994**. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/7513-conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-diversidade-biol%C3%B3gica-cdb>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

COUTINHO, Rodrigo (org.). **Guia das RPPNs de Santa Catarina**. Florianópolis: Expressão, 2018.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; ANDREOLI, Cleverson Vitorio. **Código Florestal Anotado**: observações de ordem técnica e jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JIMÉNEZ SOTO, Ignacio. La protección de los espacios naturales. In: TORRES LÓPEZ, M<sup>a</sup> Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao. **Derecho ambiental** (Adaptado al EEES). 3. ed. Madrid: Tecnos, 2018.

KRAMER, Randall; LANGHOLZ, Jef; SALAFSKY, Nick. O papel do setor privado no estabelecimento e manejo de áreas protegidas. In: TERBORGH, John *et al* (orgs.). **Tornando os parques eficientes: estratégias para conservação da natureza nos trópicos**. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002.

LANGHOLZ, Jef. Parques de propriedade privada. In: TERBORGH, John [et. al.] (orgs.). **Tornando os parques eficientes: estratégias para conservação da natureza nos trópicos**. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002.

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/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. **A natureza como o maior patrimônio**: desafios e perspectivas da conservação voluntária em áreas protegidas no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais e

Florestais). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014..

MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo, [et.al.]. O papel do setor florestal na conservação da biodiversidade da Mata Atlântica. In: **BENSUSAN, Nurit, BARROS, Ana Cristina, BULHÕES, Beatriz e BARRETTO FILHO, Henyo Trindade**. In: **Biodiversidade: é para comer, vestir ou passar no cabelo?** São Paulo: Peirópolis, 2006.

MITCHELL, Brent. O futuro da conservação voluntária em terras privadas. In: **CONGRESSO BRASILEIRO DE RPPNs**, 5, Florianópolis/SC, 2018.

MITCHELL, Brent. Editorial. **Revista Parks** – The internacional journal for protected area managers. IUCN -, v. 15, n. 2, Newbury/UK, 2005.

MITCHELL, Brent. Prefácio. OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs**. São Paulo: Essencial Idea, 2018.

MORSELLO, Carla. Áreas protegidas públicas e privadas: seleção e manejo. 2. ed. São Paulo: Anna-blume, 2008.

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

OJIDOS, Flavio; PADUA, Claudio Valladares; PELLIN, Angela. **Conservação em ciclo contínuo: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs**. São Paulo: Essencial Idea, 2018.

ONU. **Convention on Biological Diversity**. 2010. Aichi Biodiversity Targets. Disponível em: <<https://www.cbd.int/sp/targets/#GoalC>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

PUREZA, Fabiana; PELLIN, Angela; PADUA, Claudio. **Unidades de Conservação**. São Paulo: Matrix, 2015.

SANTA CATARINA. **Decreto Estadual 3.755**, de 22 de dezembro de 2010. Dispõe sobre o reconhecimento das reservas particulares do patrimônio natural Estadual – RPPNE no âmbito do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.pge.sc.gov.br/index.php/legislacao-estadual-pge>. Acesso em: 30 ago. 2018.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: **CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

TERBORGH, John [et al] (orgs.). **Tornando os parques eficientes: estratégias para conservação da natureza nos trópicos**. 1. ed. rev. Curitiba: UFPR/Fundação o Boticário, 2002.

TORRES LÓPEZ, M<sup>a</sup> Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao. **Derecho ambiental** (Adaptado al EEES). 3. ed. Madrid: Tecnos, 2018.

WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN – na Lei n. 9.985/2000 que Instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, In: **BENJAMIN, Antonio Herman (coord.)**. **Direito Ambiental das Áreas Protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

UICN. **Resolução n. 36**, de 2016. Disponível em: <[https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/resrecfiles/WCC\\_2016\\_RES\\_036\\_ES.pdf](https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/resrecfiles/WCC_2016_RES_036_ES.pdf)>. Acesso em: 03 ago. 2018.



# ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA REALIDADE POSSÍVEL

Fagner César Lobo Monteiro<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Resumo. 1. Introdução. 2. Os contratos com a administração pública podem conter cláusulas compromissórias ou compromisso arbitral. 3. O que são interesses patrimoniais disponíveis (art. 1.º da lei n. 9.307/1996). 4. Há especificidades na arbitragem no âmbito do setor público. 5. Porque eleger a arbitragem nos contratos administrativos. 6. Conclusão. 7. Referências.

**RESUMO:** A arbitragem como meio privado de solução de controvérsias perante a Administração Pública no seu sentido amplo, englobando, destarte, os órgãos da administração direta e indireta (autarquias: fundações públicas e agências reguladoras, empresas públicas e sociedades de economista mista) da União, Estados e o DF, além dos Municípios. O presente artigo tem como objetivo o estudo da possibilidade de o Poder Público firmar compromisso arbitral nas suas relações contratuais mesmo diante da subserviência e regramento ao Regime Jurídico de Direito Público. São expostas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema que reconhecem a possibilidade de a Administração Pública firmar cláusula compromissória nos contratos administrativos, sem violação ao princípio da indisponibilidade do interesse Público, fazendo-se uma distinção entre interesse público primário e secundário. O método de pesquisa utilizado foi preponderantemente o dedutivo, a partir de pesquisas bibliográficas em que as fontes primárias são a doutrina e artigos científicos e as fontes secundárias são as normas jurídicas e a jurisprudência. O estudo chega à conclusão, ante a nova realidade vivenciada, de que é possível que tenhamos no campo público a previsão de compromisso arbitral nos contratos que firmar, em homenagem à economicidade, eficiência, celeridade e boa gestão dos recursos públicos.

## 1. INTRODUÇÃO

A arbitragem como meio privado de solução de controvérsias perante a Administração Pública no seu sentido amplo, ou seja, atinge os órgãos da administração direta de todos os entes federativos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) e a administração indireta: autarquias, fundações e empresas públicas e sociedades de economia mista da esfera federal, estadual e municipal.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de Pernambuco e Advogado. Ex Defensor Público do Estado de Pernambuco. Ex Assessor Chefe de Fundação Pública Estadual – FUNESC. Professor. Pós-graduado em Direito Constitucional e Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho.

A arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias, cujo objeto do litígio é direito patrimonial disponível, onde um árbitro recebe poderes das próprias partes para solucionar questões que lhe são postas, sem intervenção do estado-juiz, proferindo decisão análoga à sentença pronunciada pelo Poder Judiciário, resolvendo a questão em definitivo.

Para o professor Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme. (2018, p. 05):

A arbitragem consiste num meio extrajudicial de solução de controvérsias mediante a intervenção de um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, escolhidos e contratados pelas partes, a partir de uma convenção de natureza privada, a saber: compromisso arbitral ou cláusula arbitral (art. 3º da Lei n. 9.307/1996). A sentença proferida pelos árbitros normalmente não comporta qualquer recurso, equiparando-se à decisão judicial (art. 23, caput, da Lei n. 9.307/96).

Por sua vez, leciona José Eduardo Carreira Alvim (2002, p. 24) que: “a arbitragem nada mais é que a resolução do litígio por meio de árbitro, com a mesma eficácia da sentença judicial”.

Já a jurista Selma Maria Ferreira Lemes conceitua a arbitragem como sendo: “meio extrajudicial de solução de controvérsias, na qual as partes, ao firmarem um contrato, outorgam a terceiro(s), árbitro(s), a competência para dirimir futuras controvérsias que surgirem e forem decorrentes dessa avença”. (2002, p. 342)

Para o professor Walter Brasil Mujalli a arbitragem (1997, p. 52):

É uma convenção privada, celebrada entre duas ou mais pessoas, para solução de suas controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas (árbitros), que recebem os seus poderes dos seus convenientes, para com base nesta convenção decidirem os seus conflitos, sem a intervenção do Estado, sendo que a decisão destinada às partes tem a eficácia da sentença judicial.

A arbitragem está regulada na Lei n. 9.307/96, cujo artigo 4.º prescreve: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

O Ministro do STJ, João Otávio de Noronha (2007, p. 04) no julgamento do REsp 606345, assim define o instituto:

Da definição do instituto, exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.

Não é de hoje que se fala na possibilidade de instituição da arbitragem como instrumento privado de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública, diante dessa nova conjuntura contextual e temporal trazida à baila pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, endossada pela EC n. 19, de 1988, com a

reforma do Estado, a Pós-Modernidade, o Neoconstitucionalismo, a Globalização, as Privatizações e a ideia de Estado mínimo.

Nesse toar, mostra-se de importância ímpar esse estudo, porque se fala sobre um paradigma contemporâneo de Estado com mudança de comportamento e função perante a economia e o mercado, onde se apresenta uma moderna Administração Pública, gerencial e preocupada com resultados e eficiência, sendo que a arbitragem se apresenta nesse ponto como uma forma de gerenciar a solução dos conflitos de modo efetivo, tempestivo e adequado. Assim, adotar a arbitragem no meio do setor público é forma de dá prevalência e relevância aos princípios da economicidade, eficiência, proporcionalidade e probidade com a melhor gestão dos recursos públicos e a diminuição de gastos nos contratos administrativos de obras e serviços públicos especialmente aqueles de grandes vultos, gerando economia para a sociedade e confiança dos investidores.

Para Selma Lemes (2015, p. 01):

A principal justificativa em se optar pela arbitragem nos contratos privados e públicos é preponderantemente econômica. A arbitragem, instrumento jurídico, é também ferramenta econômica. Estudos demonstram que esta cláusula gera economia nos custos de transação, isto é, se o contratante privado tiver conhecimento que a Administração Pública optará pela solução de conflitos por arbitragem, o preço do serviço ou fornecimento de bem objeto do contrato será menor. Poderá gerar uma economia de até 58% nos custos do processo, se optar pela arbitragem em vez de demanda judicial.

Estudos de economistas efetuados em mil contratos de concessão de serviços e obras públicas nos países da América Latina e Caribe, entre 1989 e 2000, demonstram que prever a arbitragem facilita a renegociação, bem como pode representar uma diminuição de até 20% do valor das tarifas pagas pelos usuários. Não é sem razão que os bancos de fomento internacional, tal como o Banco Mundial, tenham a previsão da arbitragem ao financiarem obras públicas.

Essa temática por anos foi motivo de grandes divergências na doutrina e jurisprudência do país, mas ao que parece, no cenário atual, as controvérsias diminuíram.

Nessa pegada, afirma o saudoso Diógenes Gasparini (2012, p. 710-711):

A arbitragem é o acordo de vontade pelo qual as partes designam um ou mais árbitros, com a finalidade de solucionar um litígio surgido entre elas, cujo objeto seja disponível, e se comprometem a acatar a decisão proferida. Nossa cultura é avessa a esse modo de solucionar pendências, o que é muito comum em outros países. Entre nós, a solução quase sempre será encontrada no Judiciário. No que concerne à arbitragem para a solução de controvérsias em que um dos contendores é a Administração Pública, o rechaço do procedimento arbitral foi maior, não obstante existir legislação e jurisprudência que a permitiam. O Tribunal de Contas da União entendeu inadmissível a arbitragem na solução de litígio público, por contrariar os princípios básicos de Direito Administrativo e por inexistir lei a respeito.

Portanto, é necessário que a Administração Pública estabeleça um diálogo necessário com esse meio de solução de controvérsias privadas (arbitragem) não só no campo teórico, mas também na prática, uma vez que a busca por um padrão de qualidade de gestão pública e as boas práticas administrativas como a probidade, a transparência e

a racionalização eficiente dos recursos públicos, devem ser repisadas para atender às exigências sociais atuais.

Dando relevo a esse novo olhar proporcionado pelo desenvolvimento econômico do Estado, leciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p, 01):

No âmbito da Administração Pública consensual e de resultados, pautada pela necessidade de maior legitimidade e eficiência na atuação estatal, a implementação da democracia deliberativa, a Análise Econômica do Direito (AED) e a visão sistêmica do ordenamento jurídico plural são temas fundamentais para o desenvolvimento do perfil do Direito administrativo contemporâneo.

Nesse sentido, evidenciam-se as características dessa nova Administração Pública consensual, organizada para obter resultados no seu desempenho, com reflexos no Direito Administrativo, ante a mudança de postura do Estado frente essa incipiente economia de mercado, da livre iniciativa e da concorrência, onde o Estado deixa de ser empresário (atuando em concorrência com a iniciativa privada) e passa a ser agente normativo, fomentador e regulador da atividade econômica, nos termos em que anunciado no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), Capítulo I (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica), em seus artigos 170 a 181.

O presente artigo faz uma breve análise dos aspectos mais importantes da Arbitragem na Administração Pública, cujo objetivo maior é, em última análise, reduzir o número de processos no judiciário dando celeridade e eficiência aos contratos administrativos, evitando a judicialização de questões que possam ser resolvidas no âmbito privado.

Como se sabe, a Administração Pública tem princípios e regras próprios à utilização do juízo arbitral para solução de litígios com origem nas relações jurídicas contratuais firmadas entre a Administração Pública e o particular, os quais devem demonstrar eficiência e celeridade na resolução de controvérsias no seio dos contratos administrativos de obras e serviços públicos, tendendo a alcançar o interesse público de forma mais prática e benéfica à sociedade.

O Brasil contempla, desde há muito um sistema normativo regulador da Arbitragem, que adveio por meio da publicação da Lei n. 9.307/96, como um mecanismo eficaz na solução de demandas de direitos patrimoniais disponíveis, sendo este um dos meios mais antigos usados pelo homem, principalmente na Idade Média para pacificar as contendas sobre as disputas comerciais.

## **2. OS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODEM CONTER CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS OU COMPROMISSO ARBITRAL**

A arbitragem na Administração Pública deve ser buscada pelo agente público moderno, pois o bom gestor tem consciência que as cláusulas compromissórias agregam aos contratos administrativos uma real economia de custos, o que, em *ultima ratio*, traz consequências a toda atividade gerida pelo Estado, porquanto haverá

economia aos cofres públicos, e com isso, haverá uma melhor gestão dos recursos, o que inexoravelmente reflete na sociedade, inclusive com a melhor prestação de serviços públicos aos cidadãos.

Aqui utilizaremos o termo Administração Pública, porque este incorpora tanto a administração direta – todos os órgãos do ente federativo (União, Estados e Municípios, além do DF), quanto à administração indireta, cujo termo se refere às autarquias (fundações públicas e agências reguladoras e fiscalizadoras), empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O Direito Administrativo do passado era firmado no extremo legalismo, na Postestade Pública, todo privilégio ao Poder Público nas suas relações contratuais com os particulares através desses ajustes, que previam cláusulas exorbitantes extremamente duras, de caráter obrigatório e imutável; eram firmados na estrita legalidade.

A Constituição Federal, de 10 de outubro de 1988, já anunciava esses novos tempos. Em corroboração veio a Reforma Gerencial do Estado, que teve início em 1995, com o Plano Diretor da Reforma do Estado, com a publicação da emenda constitucional n. 19, publicada em 1988, chamada emenda da Reforma do Estado, cujo objetivo era impulsionar o desenvolvimento nacional (Mercado) e rever o papel do Estado na economia.

O Estado, portanto, deixa de ser empresário e passa a ser agente regulador e fomentador da atividade econômica, atividade esta que será executada pela iniciativa privada, dando início ao período das privatizações no Brasil.

Houve então uma flexibilização da relação contratual aspirando a uma maior equidade nos interesses de ambas as partes, Estado e particular, passam a serem vistos como verdadeiros parceiros.

Nesse toar, são eleitos novos paradigmas ao Direito Administrativo, dentre eles a consensualidade, sem, no entanto, desprezo às cláusulas exorbitantes. Todo o sistema jurídico que rege os contratos administrativos passa por uma revisão estrutural, sob uma nova ótica, mais moderna e atual, que acompanhe os novos tempos vividos nessa realidade que se apresenta.

O tempo mudou, houve evolução da sociedade em todo o mundo, e a legislação precisa acompanhar. Então, temos atualmente uma nova forma de conceber a relação contratual, nesse ponto, passa o Estado a enxergar o particular como um investidor.

Portanto, nesse novo cenário há uma mudança de postura da Administração Pública se afinando à nova conjuntura que exige do setor público alcançar objetivos e resultados, com uma gestão eficiente e econômica.

Nesse panorama, é a Administração Pública levada a eleger novas formas, mais dinâmicas e céleres, de solução de controvérsias para melhor gerir seus conflitos e sobreviver eficazmente perante a nova realidade de mercado onde a disputa e a concorrência são as regras do jogo, essas novidades de resolução de demandas são os comitês técnicos (*dispute board*), a mediação, a conciliação e também a arbitragem. Esta, portanto,

é apenas um desses instrumentos privados de solução de conflitos fora do judiciário.

Destarte, nesses novos tempos modernos de transparência na Administração Pública a confiança do investidor/parceiro privado de que o ente público efetivamente irá cumprir os compromissos firmados no âmbito dos contratos leva a uma Administração mais eficiente, célere e racional, com a otimização de custos, fazendo crer ao contratado particular que não precisará elevar os custos operacionais da avença, porquanto não precisará submeter a questão ao judiciário com elevados custos com processos judiciais, pois num eventual descumprimento contratual ou controvérsia surgida no decorrer do contrato será dirimida pelo árbitros escolhidos pelas partes, barateando os gastos contratuais levados em consideração na hora de formular o preço global dos valores da obra ou serviço a ser executado.

Desse modo, é plenamente plausível a previsão do compromisso arbitral ou cláusula compromissória como forma privada de resolução de controvérsias eventualmente surgidas no âmbito dos contratos entre o particular e a Administração Pública, porquanto, em que pese esta esteja limitada e delimitada no seu campo de atuação pelo regime jurídico de Direito Público ao qual está umbilicalmente atrelada e pela Indisponibilidade do Interesse Público, nos contratos em que haja a arbitragem inserta em suas cláusulas, isso não significa dizer que o Poder Público abrirá mão da sua supremacia ou que nesses contratos inibirá as chamadas cláusulas exorbitantes. Ao revés, com a arbitragem ainda haverá sim a subserviência do interesse privado ao público, ainda mais categórica, tendo elementos diferenciados na contratação, visando sempre ao interesse da coletividade e a boa gestão dos recursos públicos.

Segundo Alexandre dos Santos Priess e Pedro Adolfo Savoldi, (2018, p. 03):

[...] atualmente já estão absorvidos muitos dos dilemas iniciais quanto ao uso da Arbitragem pela Administração Pública, por conta do amadurecimento da legislação, da doutrina e da jurisprudência nos últimos anos, especialmente após a promulgação da Lei 13.129/15.

Conclui-se, assim, que é admissível o uso da Arbitragem pela Administração Pública. Contudo, tal análise não pode se limitar somente a observância dos princípios da economia e eficiência, característicos da Arbitragem, mas levando-se em consideração todos os princípios aplicáveis à Administração Pública e, especialmente, os princípios da legalidade, inafastabilidade do controle jurisdicional e indisponibilidade do interesse público. Igualmente, o preenchimento dos requisitos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva deve sempre ser respeitado, de modo a não impedir que a Administração Pública alcance os interesses para os quais é primariamente concebida, qual seja, a persecução dos interesses públicos e a sua manutenção.

Para o Ex-ministro do STF, Eros Grau (2002, p. 50): “o uso da arbitragem além de autorizado, é recomendável, pois privilegia o interesse público”.

De acordo com José dos Santos Carvalho e Filho (2015, p. 223):

A respeito do tema, tem dominado o entendimento de que a adoção desse instrumento não ofende os princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos, desde que, é óbvio, procure a Administração alcançar providência de interesse público e que

seus agentes não atuem com improbidade administrativa ou desvio de finalidade. Além do mais, a questão a ser deduzida no juízo arbitral deve ter como preponderante o aspecto de patrimonialidade, não incidindo sobre atos decorrentes do exercício de autoridade.

Consoante de depreende da lição da professora Selma Lemes (2016, p. 02):

É indubitável ser a cláusula de arbitragem mais do que uma cláusula jurídica de solução de conflitos. É também uma cláusula financeira e integra a equação econômica dos contratos públicos, gerando benefícios para a sociedade. A inserção da arbitragem opera a favor dos princípios da economicidade e da eficiência da AP, tão almejados e necessários nos momentos atuais.

Nessa toada, foram recentemente (agosto/2016) aprovados enunciados na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, do Conselho Nacional de Justiça CEJ/CJF. Esses enunciados, que visam a aprimorar aspectos normativo-jurídicos e estimular políticas públicas e privadas para a mediação, a conciliação e a arbitragem, são um importante incentivo a gerar maior segurança jurídica e racionalidade ao emprego da arbitragem nos contratos públicos. Os enunciados aprovados são:

**Enunciado n. 2:** Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral.

**Enunciado n. 4:** Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro.

**Enunciado n. 11:** Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas.

**Enunciado n. 13:** Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II – à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas.

Nesse ponto, é importante categorizar que a jurisprudência de há muito já aceita essa previsão de cláusula compromissória nos contratos administrativos, afirmando que é legal o acolhimento pela poder público do juízo arbitral até mesmo nas causas em que exista a presença da Fazenda Pública como uma das partes contratantes, devendo prevalecer a autonomia contratual do Estado, sendo indisponível apenas o interesse público primário (interesse da coletividade) e não o interesse da Administração (interesse público secundário), interesse em minimizar os prejuízos eventualmente sofridos.

Nesse sentido:

REsp 606345 / RS

EMENTA: PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula

compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial provido. (DJ 14/09/2006, pg., 299). (Grifo do autor).

Segundo o Supremo Tribunal Federal a capacidade de se comprometer é matéria de direito civil, sendo permitido aos entes da Administração Pública (AI n. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. In: RTJ 68/382 – **Caso Lage**).

No julgamento do mandado de segurança n.º 11.308/DF, o (à época) Ministro do STJ, Luiz Fux proferiu voto no sentido da possibilidade de instituir compromisso arbitral no âmbito do poder público, com abordagem aos direitos disponíveis transacionáveis pela Administração Pública e pela não afastabilidade do juiz natural quando convencionado a adoção da convenção arbitral:

Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o «risco» de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: REsp n.º 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003).

A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8.987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais. (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 – “Caso Lage”. Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999.

Destarte, nota-se que a doutrina e a jurisprudência do país desde bastante tempo vem acolhendo a tese no sentido da possibilidade de previsão da convenção de arbitragem nos contratos de direito público, sem necessidade, inclusive do rigor de existir lei específica autorizando a adoção do instituto.

### **3. INTERESSES PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS NA DICÇÃO DO ARTIGO 1.º DA LEI N. 9. 307/1996**

O artigo 1.º da Lei de Arbitragem, Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, aduz que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios

relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Da leitura do dispositivo, observa-se que são arbitráveis os conflitos de interesses que reúnam dois requisitos: um primeiro, subjetivo, a capacidade de contratar (Arbitragem Subjetiva); e um segundo, objetivo, referente à matéria (Arbitragem Objetiva): podem ser resolvidos por arbitragem os conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis.

A capacidade de contratar, nada mais é do que a arbitrabilidade subjetiva, que são as pessoas físicas ou jurídicas que podem ser titulares de direitos e contrair obrigações, ou seja, são civilmente capazes, portanto, somente essas pessoas (físicas, maiores e capazes e as jurídicas, devidamente representadas) poderão firmar convenção de arbitragem. Assim, a arbitrabilidade subjetiva diz respeito à capacidade de contratar.

A arbitrabilidade objetiva, por seu turno, diz respeito às matérias que poderão ser objeto de arbitragem. Nesse ponto apenas os direitos patrimoniais disponíveis é que são passíveis de análise pelo árbitro.

Nesse aspecto, o que aqui se discute é aquilo que se pode ser efetivamente objeto de arbitragem como método de solução de conflito privado. O objeto pautado deve ser lícito, física e juridicamente possível, determinado ou determinável (art. 104, inciso II, do Código Civil). De uma forma genérica a Lei da Arbitragem aduz que as questões passíveis de incluir-se no instrumento arbitral devem estar previstas no patrimônio de quem deseja contratar e serem disponíveis.

Portanto, o interesse (ou patrimônio) disponível da administração pública é objetivamente aceitável para previsão de firmar cláusula compromissória. Sendo apenas o interesse primário impossível de ser submetido a este tipo de disposição privada. Na firme lição do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello: (Mello, 1993, p. 22), interesse público primário seria como aquele “que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos”.

A Lei n. 13.129/2015, que alterou a lei 9,034/97, estabeleceu o cabimento da cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral, mas não tratou com especificidade da expressão “*direitos patrimoniais disponíveis*”.

Todavia, podemos apontar alguns padrões para indicar as hipóteses de cabimento da arbitragem pela administração: a) é possível usar a arbitragem quando se trata de ato de gestão; b) em relação aos serviços comerciais e industriais do Estado, c) nos atos negociais, em que a administração se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas, d) nos contratos de direito privado e, por fim, e) nos contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica com base no art. 173, § 1º, da CF/88.

De acordo com a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 01):

Na realidade, todos os critérios são válidos. Uns não excluem os outros. No entanto, alguns aspectos são especialmente relevantes, a começar pela análise dos vocábulos “patrimônio” e “disponível”. O vocábulo “patrimônio”, no Direito Administrativo, tem sentido bastante amplo, abrangendo o patrimônio econômico, o moral, o cultural, o

histórico, o paisagístico, o artístico, o arqueológico, dentre outros. Mas, para fins de interpretação da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, o que interessa é o aspecto econômico.

Para José dos Santos Carvalho e Filho (2015, p. 223):

A respeito do tema, tem dominado o entendimento de que a adoção desse instrumento não ofende os princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos, desde que, é óbvio, procure a Administração alcançar providência de interesse público e que seus agentes não atuem com improbidade administrativa ou desvio de finalidade. Além do mais, a questão a ser deduzida no juízo arbitral deve ter como preponderante o aspecto de patrimonialidade, não incidindo sobre atos decorrentes do exercício de autoridade.

Importante dizer que já existem previsões legais para a arbitragem no âmbito da Administração Pública, a exemplo da Lei n. 11.079/2004, que regula as parcerias público-privadas, onde existe expressamente o recurso à arbitragem para dirimir conflitos entre a Administração e o parceiro privado, relacionados com a execução do contrato (art. 11, inciso III). De igual forma sói acontecer em relação à Lei n. 8.987/1995, que dispõe no seu artigo 23-A sobre as concessões e permissões de serviços públicos. Denota-se, à evidência, que a aceitação do instituto no direito público ganha espaço inclusive no direito positivado, o que por óbvio, não pode retroceder para proibir.

Portanto, tudo que se pode valorar financeiramente, tudo que se puder dá um valor econômico pode, de um modo geral, ser considerado patrimônio disponível, e assim ser objeto de convenção de arbitragem. Conseqüentemente, não estão abrangidos nesse conceito os direitos do Estado que não possuem esse caráter de disponibilidade, como a escolha por políticas públicas, os atos de império dentre outros.

#### **4. ESPECIFICIDADES NA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO SETOR PÚBLICO**

Numa coisa, porém, todos concordam: não é todo e qualquer assunto que se pode resolver por meio da arbitragem. As matérias são restritas.

Assim, o que pode ser dirimido por meio desse instrumento privado de solução de conflitos são, basicamente, o inadimplemento contratual, os atrasos no início da obra ou serviço público contratado e suas conseqüências econômicas e sociais, a questão relativa à responsabilidade civil do Estado; a interpretação e abrangência do objeto do contrato; a declaração (certificação) se um serviço ou obra foi cumprido satisfatoriamente à luz das cláusulas previstas no ajuste visando à eventual imputação de responsabilidade contratual.

Nesse sentido, o campo de atuação do árbitro é limitado, restrito, fechado, tem, portanto, delimitações próprias.

O art. 2.º, §3.º, da Lei da Arbitragem diz que quando envolver entes da Administração Pública a arbitragem será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Assim, no âmbito de atuação do árbitro não se analisa o mérito dos atos administrativos, mas apenas as consequências patrimoniais decorrentes; a interpretação das cláusulas contratuais e os seus efeitos econômicos e patrimoniais, ou seja, as obrigações privadas, disponíveis e contratuais.

A convenção de arbitragem pode estar presente na fase de execução, rescisão e encampação do contrato, analisando sempre as consequências patrimoniais do caso, as relações convencionais e econômicas pautadas pelo direito privado, a análise da boa-fé dos contratantes.

Tudo o demais, isto é, toda a matéria não arbitrável deve ser tratada no foro judicial competente, pois a arbitragem apenas deve se ater a tratativas das matérias referentes a direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública.

Com efeito, assim determina o §1.º, do art. 1.º da lei 9.037/96, que: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

## **5. PORQUE ELEGER A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

A convenção de arbitragem é meio privado à solução de conflitos, com grande importância nos últimos tempos no nosso país, sendo uma saída jurídica muito estimulada na prática da administração pública moderna de resultados e eficiência.

Por ser um instrumento particular de solução (extrajudicial) de conflitos, a controvérsia existente entre as partes é decidida por terceiro imparcial (árbitro), e não pelo Poder Judiciário.

Dentre as fundamentais benesses trazidas pelo compromisso arbitral ou cláusula compromissória, tem-se que ela oferece como vantagem a economia com os custos de transação, a otimização do tempo, a expertise do julgador, o sigilo e a flexibilidade dos procedimentos, não se apegando ao formalismo exacerbado.

Em relação ao tempo, não é novidade o congestionamento de ações judiciais, consequência da cultura do litígio enraizada na nossa sociedade, que desemboca tudo no Judiciário, que não suporta a demanda, resultando inevitavelmente na lentidão dos processos no Brasil.

No campo da Arbitragem a média das principais Câmaras Arbitrais é de pouco mais de um ano de duração, sem prejuízo da produção de provas e realização de audiências. A celeridade, portanto, se mostra evidente, sendo um ponto extremamente positivo, especialmente quando temos a Administração Pública como uma das partes com grandes e vultosos valores que envolvem os contratos administrativos em geral de grandes obras ou serviços.

A especialidade do julgador também é levada em consideração quando da escolha da arbitragem para resolver as demandas no âmbito do setor público, onde a

especificidade de certos ajustes com a Administração envolve matérias especialíssimas onde os julgadores devem ter experiência e muita expertise no assunto tratado para não gerar decisões destoantes de fundamentos e longe da realidade vivida. Dessa forma, levando em consideração que a grande maioria dos juízes no Brasil são essencialmente generalistas, em razão da própria organização do sistema de justiça do nosso país, temos que, em muitas matérias de teor mais específico, essa qualidade não se mostra apropriada.

Nesse sentido, por meio da convenção de arbitragem, as partes podem eleger livremente um árbitro com formação específica no assunto objeto da avença, o que lhe confere maior conhecimento de causa, facilitando a compreensão da controvérsia. É também por essa razão que a Administração Pública deve ser levada cada vez mais a procurar a arbitragem como meio de solução de conflitos, porque a escolha de um julgador que possua expertise em determinada matéria e familiaridade e prática com o tema relativo à arbitragem leva conseqüentemente a uma maior confiança e segurança nas decisões proferidas, sendo benéfico para todos os envolvidos, especialmente para a Administração Pública.

Igualmente, é muito louvável e benéfico à confidencialidade das informações, ponto de relevo ao setor público, que não almeja a exposição de seus conflitos, principalmente quando se tratam de negociações delicadas.

Por fim, mas não por isso menos relevante, temos a possibilidade de flexibilidade procedimental como uma vantagem também desse instrumento, porquanto admite aos envolvidos a conformação dos prazos, das formas de manifestação, da ordem e dos meios de produção de provas. Esse fato aproximar as partes, deixando-as mais envolvidas e colaborativas com o processo, resultando no máximo contentamento com o procedimento, porque se sentem abrigadas pela sistematização do método arbitral, e não simplesmente forçadas a cumprir rituais procedimentais previamente definidos e inflexíveis.

Em razão de apresentar tantos benefícios à Administração Pública, a arbitragem tem crescido bastante nos últimos anos, tornando o Brasil um expoente no cenário internacional. Inclusive já há estudos na doutrina brasileira que demonstram que a previsão do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória traz uma real economia aos contratos administrativos, reduzindo sensivelmente os chamados “custos de transação” em cerca de 58% (cinquenta e oito por cento) do valor contratado<sup>2</sup>, frente aos demais contratos sem essa mesma previsão. Além disso, é notória a maior confiabilidade dos investidores, parceiros privados, prestigiando ainda mais os princípios da economicidade, eficiência, razoabilidade e da proporcionalidade regredores da atividade administrativa.

Dessarte, o estabelecimento da arbitragem na Administração Pública, em que

---

2 Conforme estudo realizado pela Doutora Selma Ferreira Lemes, in **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, ps. 173 -188.

pese não ser muito discutida e observada na prática diária do administrador, está em notória expansão, gerando novos rumos ao setor público, desenhando assim um novo cenário jurídico para os gestores públicos, prestigiando aqueles que pretendem solucionar, de fato, um conflito, e não transmudá-lo em um processo judicial longínquo, inseguro e com o grande risco de não se obter a pretendida justiça, gerando custos desnecessários e extravagantes aos cofres públicos.

## 6. CONCLUSÃO

Os princípios que regem a atividade do Estado, em especial a economicidade, eficiência, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, além da doutrina e da jurisprudência mais contemporânea e abalizada do país, asseguram à Administração Pública a possibilidade de previsão da Arbitragem nos contratos administrativos que firmar com o particular, para realização de obras ou prestação de serviços públicos, na medida em que, para além de uma efetiva economia para a sociedade, máxime nos custos de transações (custos com soluções de conflitos), é sinônimo de eficiência no setor público, que deve se amoldar à nova contextualização dada ao Direito Administrativo, para uma Administração Pública de resultados que atua e concorre perante a iniciativa privada numa economia de livre mercado.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 606345/RS**. PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLAUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos LTDA. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em: 17 de maio de 2007. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8926234/recurso-especial-resp-606345-rs-2003-0205290-5-stj/certidao-de-julgamento-14086268?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 09 ago. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **AI n. 52.191**. 1982. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/100\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/100_1.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Atlas. São Paulo, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em: 09 ago. 2018.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MESC's – Meios Extrajudiciais de solução de conflitos**. São Paulo: Malone, 2018.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura. Imprensa Oficial do Estado. Vol 3. Nº 2 – julho/dezembro 2002.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem na concessão de serviço público – Perspectivas. In: **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 5, p. 342, julho/setembro de 2002.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-05/arbitragem-administracao-publica-nao-regra-posterior>>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MUJALLIS, Walter Brasil. **A nova Lei de arbitragem**. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRIESS, Alexandre dos Santos; SAVOLDI, Pedro Adolfo. A **(in)admissibilidade da arbitragem na Administração Pública**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64942>>. Acesso em: 14 set. 2018.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na I Jornada de prevenção e solução extrajudicial de litígios. In: **Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF)**. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?\\_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669](http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669)>. Acesso em: 14 set. 2018.

# A CONSTITUIÇÃO EM MOVIMENTO: UM ENSAIO SOBRE A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL

João dos Passos Martins Neto<sup>1</sup>

Bárbara L. M. Thomaselli Martins<sup>2</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução; 2 A textura aberta das normas constitucionais; 3. A função criativa da jurisdição constitucional; 4. As plataformas de aplicação construtiva; 4.1 subsunções de fatos e regras; 4.2 Ponderação de princípios; 4.3 Controle de constitucionalidade; 4.4 Integração de direitos implícitos; 5. A construção judicial do direito no STF; 5.1 Construção mediante subsunção; 5.2 Construção mediante ponderação; 5.3 Construção mediante controle; 5.4 Construção mediante integração; 6. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** O presente artigo tem por objeto o fenômeno da construção judicial do direito constitucional, entendido como um processo contínuo de formulação de regras e comandos jurídicos que, não fluindo explícita e inequivocamente do texto constitucional, resulta da intervenção criativa dos órgãos de jurisdição constitucional por ocasião da resolução dos casos controvertidos, passando a integrar, com a força dos precedentes judiciais, a ordem jurídica fundamental. No estudo, são apresentadas as causas e indicados os modos mais frequentes de aplicação construtiva das normas constitucionais, com ênfase para o processo de subsunção, a ponderação de princípios, o controle de constitucionalidade e a integração de direitos implícitos. Em seguida, o fenômeno é ilustrado através da descrição de julgados do Supremo Tribunal Federal, o órgão judiciário encarregado de exercer no Brasil a jurisdição constitucional.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito brasileiro integra os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Nestes, a lei escrita, como produto da atividade do legislador, é frequentemente apontada como a fonte principal e excelente da ordem jurídica. À atividade judicial, cuja maior expressão se encontra nas decisões dos tribunais, costuma-se atribuir uma função de natureza distinta, conquanto conexa e importante, a de dar aplicação, nos casos litigiosos, aos comandos da norma legislada. A percepção dominante entre nós, embora com

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado (PGE/SC). Doutor em Direito. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

<sup>2</sup> Procuradora do Estado (PGE/SC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

prestígio em queda, é ainda a de que o legislador estabelece as regras de organização social e de comportamento humano, enquanto os juízes, investidos de autoridade coercitiva, garantem a sua observância e lhes dão execução nas hipóteses de violação. Sob tal perspectiva, o legislador exerce, por assim dizer, uma função produtora do direito, enquanto o juiz exerce uma função impositiva do direito; o legislador estatui o que é o direito, ao passo que o juiz faz cumprir o direito que é (dado pelo legislador).

Há uma parte de verdade nessa forma de compreender, mas há também uma parte de inexatidão. Por um lado, é inegável que o legislador, qualquer que seja a sua categoria (constituente originário, constituente derivado ou ordinário), efetivamente produz direito ao modelar as instituições jurídico-políticas (a república, a federação, a propriedade, o contrato, etc.) e ao editar preceitos vinculantes sobre certo e o errado, o lícito e o ilícito, o permitido e o proibido na conduta dos homens. Por outro lado, o juiz, quando não ocorre o cumprimento espontâneo, intervém para forçar o respeito ou punir a infração à lei. Entretanto – e por isso a verdade é parcial –, juízes e tribunais raramente atuam como meros aplicadores dos comandos do legislador; sua tarefa é bem mais complexa, espinhosa e fascinante; a norma a aplicar, mais do que só compreendida e corroborada, terá que ser em parte formulada por eles próprios.

Este é o pano de fundo deste artigo. A intenção é explicar e demonstrar o fenômeno da construção judicial do direito no âmbito do nosso direito constitucional. A proposição fundamental é a de que a aplicação das normas constitucionais, na generalidade das vezes, exige dos órgãos de jurisdição constitucional, em vez do desempenho de uma atividade mecânica de interpretação e revelação de sentidos encobertos e preexistentes, o exercício de uma atividade politicamente dinâmica de construção ou adjudicação de conteúdos normativos.

O objeto de nossa atenção são as relações entre legislação e julgamento no processo de produção jurídica e, particularmente, as distintas formas de formulação do direito através da atividade judicial, tendo como parâmetro os enunciados textuais da Constituição do Brasil e a experiência judiciária do Supremo Tribunal Federal. Em essência, o trabalho expõe os modos mais frequentes de aplicação construtiva do direito constitucional, dando ênfase aos mecanismos de subsunção, ponderação de princípios em casos de suposta colisão de direitos, controle de constitucionalidade das leis e integração de direitos implícitos.

A abordagem do trabalho é descritiva e não prescritiva. A pretensão não é examinar o modo como *devem* os órgãos de jurisdição constitucional proceder a fim de encontrar a solução justa para as controvérsias que decidem, nem discutir os parâmetros de racionalidade e legitimidade a serem observados no exercício da atividade judicial, menos ainda questionar sobre a correção ou incorreção das decisões examinadas. Predominantemente, o que se procura é constatar e evidenciar o aspecto fático da construção judicial do direito constitucional no processo de julgamento das controvérsias constitucionais.

Para efeitos do presente estudo, as categorias-chave são assim entendidas: a) jurisdição constitucional é o conjunto de autoridades investidas do poder de decidir em

definitivo sobre controvérsias cuja solução depende da aplicação da lei constitucional; nesse sentido, considerando a República Federativa do Brasil, a jurisdição constitucional é exercida pelo Supremo Tribunal Federal; b) Estado Constitucional é um modo particular de organização das relações entre governantes e governados no âmbito das comunidades nacionais, essencialmente caracterizado pela aceitação de uma Constituição escrita ou não, que funciona como a lei mais alta do ordenamento jurídico e que garante, através de um poder judiciário independente e mesmo contra os poderes públicos, certos direitos fundamentais que, de acordo com o consenso histórico, não podem ser negados nem abolidos em desfavor dos indivíduos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a igualdade e o voto; c) construção judicial do direito constitucional é a adjudicação de conteúdos normativos à lei constitucional por meio de juízes e tribunais no processo de julgamento de controvérsias constitucionais.

Conforme ficará evidente, o artigo irá relacionar a construção judicial do direito constitucional, entre outros, com a teoria da colisão de princípios e do método de ponderação, tópico de extraordinário realce do assim chamado neoconstitucionalismo. Contudo, não há aqui qualquer comprometimento filosófico ou científico com a teoria em si, dado que, em verdade, a nosso juízo, seus postulados não primam pela melhor lógica, estimulam a superficialidade e fragilizam os direitos humanos. Em outro lugar, haverá oportunidade de aprofundar esta polêmica; por hora, a preocupação é mais modesta, ou seja, descrever o modo como essa metodologia se relaciona ao fenômeno da construção judicial do direito constitucional.

Há outro apontamento importante a fazer: apesar da adesão de muitos juristas à teoria da colisão de princípios e do método de ponderação, este artigo procura alertar que, de qualquer modo, o direito constitucional e sua construção judicial não estão limitados à sua órbita. O processo de subsunção continua a ser um instrumento formidável – e bastante utilizado – no processo de elaboração judicial do direito constitucional. O texto constitucional está repleto de normas, inclusive *jusfundamentais*, que se qualificam como regras mesmo segundo as premissas da teoria dos princípios, de modo que o recurso ao método de ponderação tornar-se-á muitas vezes inviável, impondo-se o emprego do velho e bom modelo clássico.

Além disso, espera-se que fique claro que, nos casos de controle de constitucionalidade das leis, seja difuso ou concreto, onde também ocorre intervenção judicial construtiva, não estaremos diante de hipóteses de colisão de princípios, mesmo à luz do neoconstitucionalismo, o que exclui, salvo incompreensão da própria doutrina, a possibilidade de ponderação. Nesse sentido, importa assinalar que a construção judicial do direito constitucional é um fenômeno de maior extensão do que se supõe: ele está associado não apenas à ponderação de princípios, mas ocorre com igual intensidade quando regras são aplicadas pelo processo de subsunção e quando se realiza o controle de constitucionalidade das leis, sendo visível, ainda, nos casos de reconhecimento de direitos implícitos, ou não-enumerados.

O estudo se justifica por duas ordens de razão. No plano da teoria jurídica,

importa conhecer as singularidades do direito constitucional para atribuir à ideia de interpretação constitucional um significado que supere o mito de uma atividade declaratória de sentidos normativos antecedentes e que permita identificar a dimensão e a gravidade do poder conferido à jurisdição constitucional. No plano da prática política, é preciso estar advertido da necessidade de tratar dos assuntos relativos à jurisdição constitucional com prudência e seriedade, destacando-se, por exemplo, o senso de responsabilidade e rigor que deve presidir a escolha de juristas para uma cadeira dos tribunais constitucionais, porquanto deles dependem decisões capitais sobre os limites do poder estatal e o estatuto jurídico dos cidadãos.

## 2. A TEXTURA ABERTA DA CONSTITUIÇÃO

O Estado Constitucional de Direito funda-se, em geral, em uma Constituição escrita, à qual se reconhece o *status* de lei mais alta do ordenamento jurídico e cuja principal função é organizar o poder público (a forma do Estado, o regime de governo, o processo legislativo, etc.) e, por meio de disposições com rigidez absoluta (cláusulas pétreas), declarar os direitos fundamentais e suas garantias. Contudo, as normas constitucionais têm sempre um sentido problemático, duvidoso, em função de um atributo peculiar: a textura aberta.

A Constituição diz-se aberta à medida que se compõe de preceitos que, como os relativos aos direitos fundamentais, no dizer de Andrade<sup>3</sup>, “formam apenas uma ordem-quadro; não contêm uma regulamentação detalhada e completa das relações indivíduo-Estado; estabelecem apenas, através de fórmulas concisas e lapidares, os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade”. Embora a característica da abertura textual se encontre também nas disposições do direito ordinário em função da normal indeterminação da linguagem e do emprego de conceitos indeterminados, o dado significativo é que, na Constituição, a sua intensidade é exponencial, verifica-se em grau maior. A Constituição, como observa Canotilho<sup>4</sup>, sendo a lei fundamental, não se apresenta como “um código exaustivamente regulador”, é só “uma ordem parcial e fragmentária”.

A textura aberta da Constituição, ainda que seja uma virtude, é uma fonte de constantes desencontros. As normas constitucionais acabam por não disponibilizar, com especificidade suficiente e de modo inequívoco, os critérios e as soluções a aplicar no concernente a inúmeras situações controvertidas que podem emergir nas relações entre os indivíduos e os poderes públicos, ou mesmo dos indivíduos entre si. Realmente, quando a Constituição proclama, em poucas palavras, que a lei deve tratar a todos igualmente, que a liberdade de expressão não pode ser restringida ou que a vida íntima das pessoas não admite vasculhamento nem exposição por terceiros, parece manifesto que os enunciados são pouco esclarecedores sobre muitas questões que podem surgir

3 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 120.

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedida, 1999, p. 1332.

com relação ao seu alcance, ou a respeito de quais são exatamente, afinal, as práticas ou as condutas atentatórias das imposições constitucionais.

É claro que, apesar da abertura textual, as normas constitucionais têm sempre um significado central, possível de deduzir sem hesitações mais sérias por causa da profunda conexão com as motivações históricas e ideológicas de sua adoção. Se, por exemplo, no marco do constitucionalismo do Século XX e do pós-guerra, uma lei permite a frequência aos parques públicos apenas às pessoas de cor branca, se exige que as obras literárias sejam licenciadas antes da publicação para prevenir críticas ao capitalismo ou se autoriza a polícia a interceptar ligações telefônicas sem motivo determinado, quase ninguém deixará de denunciar uma evidente contradição com os direitos de igualdade, liberdade e privacidade, ou com os padrões mínimos de justiça que inspiraram a sua inserção na Constituição.

Mas já não será assim se a lei estabelece cotas na admissão às universidades públicas, se tipifica como crime sustentar que, segundo a Bíblia, o homossexualismo constitui pecado ou se determina a divulgação, nos sítios (ou *sites*) das repartições públicas, dos salários dos servidores. As convicções, nessas últimas hipóteses, não serão homogêneas, em absoluto. É afiançado prever a divisão dos juristas, a formação de distintas correntes de pensamento, a discordância quanto à “correta” interpretação da Constituição. É possível que, acesa a polêmica, dezenas de laudas persuasivas sejam escritas, com igual erudição, nos papéis forenses e nas revistas acadêmicas, em defesa das posições antagônicas. É provável ainda – e não deixará de parecer muitíssimo estranho aos olhos dos leigos – que a disputa venha a encontrar o apelo à justiça e à dignidade humana em ambos os seus polos, como fundamento das conclusões opostas.

Há, na Constituição, portanto, sentidos elementares que todos tendem a compartilhar, mas daí em diante o acordo se desfaz. É possível ver com clareza que a norma constitucional da igualdade não tolera a escravidão, mas a nossa visão será duramente desafiada se, por hipótese, os cargos militares forem reservados pela lei ordinária somente aos que ostentem certos atributos físicos, como a altura mínima de um metro e sessenta centímetros. Alguns enxergarão aí uma discriminação maldita, outros, uma diferenciação necessária. É fora de questão também que a liberdade de expressão permite ao cidadão defender publicamente reformas institucionais, mas as percepções irão se embaralhar se uma estudante universitária, após a divulgação do resultado das eleições presidenciais, posta nas redes sociais a mensagem “faça um favor ao Brasil, mate um nordestino afogado”. Aos olhos de uns, talvez a maioria, tratar-se-á da incitação criminoso de atos de violência física com motivações de natureza racista; para outros, porque evidente no contexto a ausência do ânimo real de provocar homicídios, menos ainda sob a forma absurda de afogamento, a hipótese envolverá apenas a denúncia contundente, feita em linguagem indireta e figurada – se bem que de mau gosto –, do atraso cultural e político de populações pobres que, seduzidas por programas oficiais de distribuição de subsídios financeiros, votam em peso no candidato do governo e influem decisivamente em sua vitória.

É de acentuar que, à margem dos campos de significação mais tranquila, não são

poucas, mas copiosas, as indagações que a Constituição pode lançar sobre o espírito dos homens. Terá proteção a mulher que decide interromper a gravidez simplesmente porque não se sente apta a criar um filho? É lícito ao movimento dos sem-terra bloquear o trânsito de uma rodovia para chamar atenção ao seu protesto? É legítimo condicionar o exercício do jornalismo à obtenção de diploma em curso superior? Será o casamento formal um instituto que se estende aos casais homossexuais? É permitido à imprensa registrar e publicar em foto de capa de jornal o *top less* de uma garota na praia, sem sua autorização expressa? Pode um autor questionar ou negar em livro a versão histórica dominante do holocausto, de suas origens e razões? Pode a polícia prender os fiéis que, durante o culto religioso, consumiram substância entorpecente e proibida a fim de acessar a divindade, na forma e nos limites da liturgia própria? Afinal, o que é conforme a justiça constitucional, é um *sim*, é um *não*, ou é um *em termos*? Sem que o texto seja esclarecedor quando, muito por alto, se refere aos direitos à vida, à igualdade, à privacidade, à imagem e às liberdades, a Constituição se abre para múltiplas respostas, ressalvas e justificações.

As polêmicas constitucionais, é de notar, não são aleatórias nem estáticas, renovando-se constantemente por influência de fatores ambientais. A evolução da tecnologia, da ciência e da medicina, bem como as mudanças na ordem moral e nos comportamentos, talvez impensáveis ao tempo da promulgação constitucional, irão sempre suscitar questões novas. Entre estas, podem ser mencionadas, por exemplo, aquelas relacionadas à constitucionalidade – em face dos direitos à vida e de igualdade, respectivamente –, do descarte de embriões utilizados nas pesquisas de células-tronco e do casamento entre pessoas do mesmo sexo. As transformações culturais, o dinamismo da vida, ampliam indefinidamente a agenda dos debates.

O sentido da Constituição pode também se tornar polêmico em função das experiências dramáticas de um povo, das situações de emergência, das eras de turbulência. Imagine-se que, num país sob o trauma de um atentado recente, o parlamento autorize a inoculação forçada de fármacos para relaxamento dos estados de consciência durante o interrogatório de estrangeiros e nacionais acusados de ligações com o terrorismo. Errará feio quem acreditar que faltarão vozes e argumentos a sustentar que se trata de uma regra de exceção suportada pela Constituição. É provável que alguém pondere, para justificá-la, que a Constituição, por mais comprometida que seja com os direitos individuais, não pode ser lida nem interpretada como um pacto suicida, como uma norma proibitiva de medidas indispensáveis à proteção da coletividade.

Portanto, o fato é que a “ideia de justiça”, os “referentes indisponíveis”, os “preceitos substantivos”, os “direitos fundamentais” da Constituição, tão cultuados e tão caros ao constitucionalismo contemporâneo, tornam-se miragens diferentes no horizonte de cada intérprete. O cidadão comum, sem expertise jurídica, ficará decerto abismado ao saber que o documento solene que exprime o pacto fundamental da comunidade política, objeto de reverência e adoração talvez sem paralelos na história do direito, é como um altar de símbolos misteriosos, de mensagens inacabadas, de cânones dúbios. Mas a verdade é mesmo esta: a Constituição é como a catedral majestosa, imponente, parcialmente encoberta pela névoa.

### 3. A FUNÇÃO CRIATIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Neste estado de indefinições, a implicação mais evidente é a seguinte: as polémicas constitucionais têm que ser resolvidas se, em seu entorno, como é normal na vida social, estão interesses concretos em conflito, exigindo acomodação. O destino da comunidade e a solução das disputas não podem ficar à mercê de mil e uma opiniões particulares sobre o significado da Constituição, e se o consenso não é possível, alguém precisa dispor da legitimidade, da autoridade e da incumbência de determiná-lo de modo definitivo e uniforme.

No Estado Constitucional, em linha de coerência com o sistema de separação de poderes, a tarefa de dirimir os choques de entendimento, por sua natureza, está reservada aos juízes e tribunais (ou órgãos equivalentes) com competência para exercer a jurisdição em matéria constitucional ou, mais precisamente, com competência para decidir, em última instância, os casos controvertidos. À jurisdição constitucional cabe, portanto, fechar as aberturas textuais no momento da aplicação da lei fundamental às situações de controvérsia, porquanto investida no poder de fixar, como verdade objetiva, o alcance das normas constitucionais, de formular, com força imperativa, uma dentre as tantas respostas possíveis às questões problemáticas que se põem ao redor dos valores e das instituições vitais da ordem política.

Assim, a textura aberta da Constituição, causa de uma miríade de polémicas e controvérsias jurídicas, faz da jurisdição constitucional uma peça-chave na engrenagem do Estado Constitucional. O sentido exato da dignidade do homem e dos direitos que lhe correspondem fica, em última análise, na dependência do conjunto das decisões das cortes constitucionais, cuja importância passa a ser tão destacada quanto a da Constituição em si mesma, se não maior, a tal ponto que não se pode negar alguma dose de razão a quem pretenda defender que, na prática, a Constituição é aquilo que os tribunais dizem que ela é. Alexy<sup>5</sup>, por exemplo, após ressaltar “o caráter extremamente sucinto, lapidário e vazio das declarações do texto constitucional<sup>6</sup>”, não teve receio em afirmar que, atualmente, não se pode compreender o que são os direitos fundamentais pela simples leitura da Constituição, mas só a partir dos 94 (noventa e quatro) volumes de sentenças do Tribunal Constitucional Federal<sup>7</sup>.

5 ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democrático. Tradução de Alfonso García Figueroa. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Trotta, 2003, p. 35.

6 “[...] el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional”. Cf. ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democrático. Tradução de Alfonso García Figueroa. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Trotta, 2003, p. 35, tradução livre.

7 No mesmo sentido: (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 45-52), (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 33-35), (CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 89), (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 345-347), (GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. Tradução de José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Trotta, 2003, p. 53) e (SASTRE ARIZA, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Trotta, 2003, p. 239-241).

Exagero ou não, fato é que na complexidade do Estado Constitucional, a textura aberta da Constituição é a condição primordial de um dos mais fascinantes e intrigantes fenômenos da democracia contemporânea, a construção judicial do direito constitucional. Trata-se de uma atividade que transcende a mera interpretação. Segundo Andrade<sup>8</sup>, não pode pretender-se aqui que a interpretação seja a procura de uma vontade preexistente, à qual o intérprete deve obediência, pois as normas não contêm uma regulamentação concreta definitiva ou inequívoca: não há uma vontade pré-determinada, há sim um problema normativo a resolver. Poder-se-á dizer, com Hesse, que, “na maior parte dos casos, a decisão jurídico-constitucional não está tomada, que a aplicação das normas pressupõe uma atividade interpretativa não meramente lógica [‘derivatio’], mas verdadeiramente criativa [‘inventio’]”<sup>9</sup>

A construção judicial do direito constitucional se caracteriza, basicamente, como um processo contínuo de formulação de proposições gerais e de comandos específicos que, não fluindo explícita e inequivocamente do texto constitucional, resultam da intervenção criativa dos órgãos de jurisdição constitucional por ocasião da resolução dos casos controvertidos, passando a integrar, com a força dos precedentes judiciais, a ordem jurídica fundamental.

A propósito do assunto, examinando a experiência norte-americana, Fallon<sup>10</sup> constatou que o exercício da jurisdição constitucional pela Suprema Corte daquele país resultou inúmeras vezes em decisões que seriam melhor designadas como implementações de valores constitucionais do que como interpretações da linguagem constitucional. Segundo ele, a Suprema Corte elaborou as decisões judiciais “a fim de implementar valores constitucionais, mas elas não surgiram da Constituição através de um processo que poderia ser naturalmente descrito como interpretação”<sup>11</sup>. Discorrendo sobre o caso *Gore x Bush* – “o tipo de um “grande caso” que só aparece uma vez a cada geração”<sup>12</sup> -, Fallon<sup>13</sup> argumentou que a decisão da Suprema Corte refletiu, mais do que uma solução ditada claramente pela Constituição e apurável pela mera interpretação, o sentimento de justiça dos juízes que perfilaram a posição vencedora. Por isso que, para Fallon<sup>14</sup>, a imagem de que tribunais e juízes decidem casos constitucionais simplesmente aplicando o texto constitucional de forma mecânica é com frequência dramaticamente enganosa

8 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 121.

9 HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

10 FALLON, Richard. **The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law**. Cambridge: University Press, 2004, p. 194.

11 “[...] *the Supreme Court has devised them in order to implement constitutional values, but they do not emerge from the Constitution through a process that would naturally be described as one of interpretation*”. Cfe. Fallon, 2004, p. 194, tradução livre.

12 “[...] *the kind of ‘great case’ that comes along no more than once in a generation*”. Cfe. FALLON, Richard. **The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law**. Cambridge: University Press, 2004, tradução livre.

13 FALLON, Richard. **The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law**. Cambridge: University Press, 2004.

14 FALLON, Richard. **The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law**. Cambridge: University Press, 2004.

(“*dramatically misleading*”).

Entre nós, por hora, tome-se o exemplo do caso Raposa Serra do Sol (STF, PET nº 3388-RO). A Constituição do Brasil reconhece aos índios “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (art. 231). A oração “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, em que pese sua aparente clareza, dá margem a sérias disputas de interpretação quanto ao seu alcance. Qual o marco temporal da ocupação para fins de demarcação? Aldeamentos extintos podem ser reivindicados como terra indígena? Em que consiste uma ocupação tradicional? De norte a sul do país, questões desse tipo se tornaram decisivas para o julgamento de conflitos envolvendo a administração federal, índios e colonos.

Ao decidir sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, dando relevância ao emprego do verbo *ocupar* no tempo presente, o Supremo Tribunal entendeu que “a Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine”. Segundo a Corte, por sua vez, a *tradicionalidade*, entendida como ocupação coletiva do espaço fundiário “com caráter de perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica”, de qualquer modo “não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios”. Este seria “o caso das ‘fazendas’ situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico”. É evidente que se disse aí mais do que disse o legislador havia dito, numa conclusão que, apesar das suas boas razões, jamais será imune à discórdia. O ponto a destacar é que, bem ou mal, os juízes foram chamados a intervir criativamente em razão das indefinições da linguagem normativa.

#### 4. AS PLATAFORMAS DE APLICAÇÃO CONSTRUTIVA <sup>15</sup>

Sem pretender excluir outras possibilidades, é possível identificar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a utilização de pelo menos quatro plataformas ou modos distintos de aplicação construtiva do direito constitucional no processo de julgamento de controvérsias no âmbito da jurisdição constitucional, os quais poderiam ser assim designados para fins de esquematização sistemática: 1. Subsunção de fatos a regras; 2. Ponderação de princípios; 3. controle de constitucionalidade e; 4. Integração de direitos implícitos.

A subsunção de fatos a regras é um modo de aplicação típico das situações relativas às controvérsias cuja solução depende da aplicação de regras constitucionais e nas quais não há um incidente de inconstitucionalidade a dirimir. A ponderação de

<sup>15</sup> Uma exposição minudente dos tópicos desta e da próxima seção pode ser encontrada em: THOMASELLI, Bárbara L. M. **A construção judicial do direito constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2007.

princípios é um modo de aplicação típico das situações relativas às controvérsias que giram em torno de uma colisão de princípios constitucionais e nas quais não há também um incidente de inconstitucionalidade a dirimir. O controle de constitucionalidade é um modo de aplicação típico das situações relativas às controvérsias que envolvem a arguição de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo de nível inferior em face de uma regra ou de um princípio de nível constitucional. Por fim, a integração de direitos implícitos é um modo típico de aplicação das situações relativas às controvérsias em torno da cláusula de não-tipicidade dos direitos fundamentais, prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição do Brasil. Vamos resumir um a um, separadamente, cada um destes diferentes contextos, começando pelo processo de subsunção de fatos a regras.

#### 4.1. SUBSUNÇÃO DE FATOS A REGRAS

As regras constitucionais podem ser definidas como normas constitucionais estruturadas segundo o modelo hipotético tradicional, ou seja, são normas que ligam uma consequência jurídica a uma hipótese de incidência. Por exemplo: a norma do art. 5º, inciso LII, da Constituição do Brasil, segundo o qual “não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”. Essa norma claramente liga uma consequência jurídica, a proibição de extraditar, a uma hipótese de incidência, qual seja, a prática pelo estrangeiro de um crime que seja visto como político ou de opinião. É, portanto, uma regra constitucional.

Diante de normas desse tipo, para saber se a consequência jurídica nela prevista incide ou não em determinada situação de fato, é preciso verificar se esta situação de fato corresponde ou não à hipótese descrita. Por exemplo: num eventual processo de extradição, para que a proibição de extraditar incida concretamente, é preciso que o crime praticado pelo estrangeiro se caracterize como político ou de opinião. Assim, se o crime praticado pelo estrangeiro tiver as características de um crime político ou de opinião, a extradição estará proibida; mas se não tiver tais características, a proibição não incide. A atividade judicial que consiste em avaliar se a situação de fato real, na sua especificidade, se enquadra ou não na hipótese de incidência para fins de incidência ou não da consequência jurídica chama-se de processo de subsunção.

O processo de subsunção é complexo. A hipótese de incidência é geralmente descrita por meio de conceitos abstratos e vagos. A regra não faz referência a fatos específicos, descritos a partir de características rigorosamente individualizadoras. Assim, as regras constitucionais não descrevem um caso singular, mas uma série de casos, indicados por características gerais. Por isso, sempre existirão inúmeras situações da vida real cuja pertinência a um dado conceito não estará prévia ou claramente estabelecida pela regra constitucional.

Assim, no processo de aplicação de regras constitucionais pelo método da subsunção, os juízes e tribunais fazem mais do que apenas constatar a correspondência ou não entre fatos e regras. Na verdade, sobretudo considerando os fatos cuja inclusão no campo de significação do conceito normativo é duvidosa, eles são inevitavelmente

levados a construir, por meio de autênticas decisões criadoras, o próprio conteúdo da hipótese de incidência da regra, especificando as situações que estão por ela abarcadas e aquelas que não estão (cf. 5.1.).

## 4.2 . PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

O segundo modo de aplicação construtiva do direito constitucional se verifica no processo de ponderação de princípios. Os princípios, tal como atualmente pensados, podem ser qualificados como normas constitucionais que se limitam a estatuir uma consequência jurídica (uma proibição, uma permissão ou um mandamento) sem ligá-la a uma hipótese de incidência. Por exemplo: a norma do art. 5º, inc. IV, da Constituição, que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, embora veicule uma permissão, não conteria a descrição de quais são as condições de fato para sua incidência. Em quais situações, sob que circunstâncias, a exteriorização do pensamento está realmente permitida seria algo indefinido.

Nessa perspectiva, por não possuírem hipótese de incidência, os princípios seriam tipos de normas que não se prestam à subsunção. A subsunção, em sentido estrito, pressupõe normas com previsão de uma situação de fato conectada a uma consequência jurídica porquanto a mesma justamente consiste no ato de correlacionar o caso concreto à hipótese normativa. Tal correlação é logicamente impossível no caso de normas com a estrutura de princípios.

A aplicação dos princípios constitucionais se mostra especialmente problemática nos casos em que se supõe haver uma colisão de direitos, ou seja, nos casos de conflitos intersubjetivos que envolvem adversários que sustentam cada qual seu suposto direito com fundamento em princípios constitucionais contraditórios entre si, ou seja, um deles estatuidando uma permissão e o outro uma proibição. Por exemplo: quando um litigante defende o direito de publicação de uma fotografia com base no princípio da liberdade de imprensa e o outro defende o direito de ser indenizado (pelo fato da publicação ter sido feita) com base no princípio da inviolabilidade da intimidade. Nesses casos, segundo a doutrina comum, a solução da controvérsia depende de decidir-se, à luz das circunstâncias do caso concreto, mediante um procedimento denominado de ponderação, qual dos princípios deve circunstancialmente prevalecer.

No julgamento de uma controvérsia que supostamente envolve uma colisão de princípios, ao decidir que sob uma determinada situação de fato prevalece um dado princípio em detrimento de outro, juízes e tribunais constitucionais acabam por preencher construtivamente o vazio da normatividade constitucional ao estabelecer uma específica hipótese de incidência para a consequência jurídica do princípio preponderante (cf. 5.2).

## 4.3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O terceiro modo de aplicação construtiva do direito constitucional se verifica

no processo de controle da constitucionalidade das leis. Nesses casos, estamos diante de controvérsias cuja solução se põe em torno de uma questão de compatibilidade ou não de determinada lei ou ato normativo de validade inferior com determinada norma constitucional.

Como se sabe, essa relação de compatibilidade ou não pode ser aferida tanto sob o ponto de vista formal, como do ponto de vista material, vale dizer, tanto no que diz respeito à observância das normas constitucionais de competência e procedimento no processo de produção do ato legislativo inferior, como no que diz respeito à conformidade do conteúdo do ato legislativo inferior com as proibições, mandamentos e permissões substantivas que decorrem das normas constitucionais. A especificidade da aplicação do direito constitucional por meio do controle de constitucionalidade reside em que, por essa via, o poder judicial fixa o conteúdo dos limites formais e materiais da atuação legislativa, isto é, no que concerne a quem legisla, a como se legisla e, ainda, sobre o que se pode estatuir ao legislar.

Sobre esse fenômeno, o que ocorre é que, ao declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fixando os limites da atuação legislativa, os juízes e tribunais constitucionais atribuem conteúdo à própria Constituição, especificando o sentido das regras e princípios constitucionais até então indeterminados (cf. 5.3).

#### **4.4. INTEGRAÇÃO DE DIREITOS IMPLÍCITOS**

Por fim, o quarto modo de aplicação construtiva do direito constitucional diz respeito à integração dos direitos constitucionais implícitos. Essa situação diz respeito à possibilidade de que juízes e tribunais constitucionais venham a reconhecer ou declarar como fundamentais direitos que não foram expressamente enumerados pelo legislador constitucional na declaração de direitos. No caso brasileiro, essa possibilidade está prevista na própria Constituição, que na primeira parte do § 2º do art. 5º estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

Trata-se de dispositivo que tem parentesco com a IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que tacitamente atribui essa prerrogativa ao poder judiciário ao dispor que “a especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo”. Preceitos dessa ordem podem ser designados como cláusulas de não-tipicidade dos direitos fundamentais e, em razão deles, tem-se reconhecido que as declarações jusfundamentais não são exaustivas, o que legitimaria juízes e tribunais constitucionais a admitir, no julgamento de controvérsias, a existência de determinados direitos fundamentais implícitos ou pressupostos.

A incorporação da categoria dos direitos fundamentais implícitos expande o espaço de abertura constitucional e atribui inegavelmente ao poder judiciário a possibilidade de integrar à ordem jurídica normas jusfundamentais não declaradas

originariamente de modo expresso. Segundo parece correto afirmar, essa é uma prerrogativa que envolve um nítido poder de construção judicial do direito depositado em mãos dos juízes e tribunais constitucionais, ainda que, no plano argumentativo, tais direitos devam ser sempre apresentados como logicamente decorrentes de outras normas constitucionais (cf. 5.4).

## 5. CONSTRUÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NO STF

A construção judicial dos conteúdos normativos da Constituição por meio dos procedimentos de subsunção, ponderação de princípios, controle de constitucionalidade das leis e integração de direitos implícitos ou não-emurados é suscetível de demonstração, no caso do Brasil, através da análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

### 5.1. CONSTRUÇÃO MEDIANTE SUBSUNÇÃO

No dia 23 de agosto de 1993, um grupo de auditores fiscais da receita federal, acompanhado de policiais federais, realizou uma operação de busca e apreensão nos dois escritórios contábeis da empresa S.A Organização Excelsior Contabilidade e Administração, na cidade do Rio de Janeiro, sem autorização judicial, e ali arrecadou livros e documentos contábeis e fiscais da empresa, cuja análise gerou a propositura de processos tributários e criminais em desfavor da referida empresa e de seus sócios dirigentes.

Diante deste fato, um dos sócios impetrou *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal (HC nº 82.788-8<sup>16</sup>), alegando que a documentação obtida pelos auditores fiscais e que gerou a denúncia contra si perante o juízo criminal consistia em prova colhida por meios ilícitos, inadmissível, portanto, de acordo com o art. 5º, LVI, da Constituição do Brasil, porquanto para sua obtenção houve violação de domicílio, em desacordo com a proteção constitucional da inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, XI, do mesmo diploma.

Segundo o art. 5º, XI, da Constituição, “a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Por outro lado, o art. 5º, LVI, da Constituição, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Note-se que os incisos XI e LVI do art. 5º da Constituição veiculam, do ponto de vista de sua estrutura lógica, normas hipotéticas, porque ligam consequências jurídicas (no caso, proibições) a determinadas hipóteses de incidência. Com efeito, de acordo com o inciso XI, se o morador de uma casa não dá o seu consentimento, e a menos que seja caso de flagrante delito ou desastre, ou de socorro que tenha de ser prestado, ou que exista determinação judicial de ingresso durante o

<sup>16</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus n. 82.788-8**. Rio de Janeiro. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. 12 abril 2005. disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=82788&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=82788&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 17 março de 2007.

dia (hipótese de incidência), ninguém pode nela penetrar (consequência jurídica). E, de acordo com o inciso LVI, se as provas da acusação foram obtidas por meios ilícitos (hipótese de incidência), seu uso é inadmissível no processo (consequência jurídica).

As hipóteses de incidência das normas referidas são compostas de conceitos abstratos e vagos, tais como “casa” e “meios ilícitos”. Desse modo, a solução da controvérsia dependia de enquadrar ou não o escritório de contabilidade em que realizadas as operações no conceito normativo de “casa”, bem como de enquadrar ou não o material apreendido pela fiscalização, nas circunstâncias em que o foram, ou seja, no estabelecimento profissional e sem mandado judicial, no conceito de “provas obtidas por meios ilícitos”.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, ao julgar a controvérsia, decidiu que: 1) escritório de contabilidade, como espaço privado, não aberto ao público, subsume-se ao conceito normativo de casa, de modo que desfruta da proteção constitucional de inviolabilidade domiciliar prevista no art. 5º, XI, da Constituição; 2) a prova obtida em transgressão à inviolabilidade domiciliar é prova obtida por meio ilícito, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição, e não pode ser utilizada em qualquer processo.

No julgamento, o Supremo Tribunal ressaltou que o conceito de “casa”, para o fim de proteção jurídico-constitucional a que se refere o inciso XI do art. 5º da Constituição, reveste-se de caráter abrangente, pois compreende “(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”, e que este “amplo sentido conceitual da noção jurídica de ‘casa’ revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal”.

Assim, a apreensão de livros contábeis e outros documentos por agentes fiscais, sem prévia autorização judicial, no interior de um escritório de contabilidade, em área não aberta ao público, teria configurado desrespeito à cláusula constitucional de inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI), “daí resultando a consequente ilicitude material da prova penal colhida na questionada diligência estatal”. Este é um exemplo bastante nítido de construção judicial do conteúdo de normas constitucionais por meio do processo de subsunção. Note-se que o Supremo Tribunal Federal genuinamente criou uma norma (que não corresponde a qualquer enunciado textual) cujo teor é o seguinte: *agentes da receita federal estão proibidos de realizar operação de busca e apreensão em escritório de contabilidade sem mandado judicial.*

## 5.2. CONSTRUÇÃO MEDIANTE PONDERAÇÃO

Em 19 de novembro de 1990, Heloísa Maria Marques da Rosa deu à luz às gêmeas Thais Marques Rosa e Lívia Marques Rosa, na cidade de Porto Alegre. De acordo com Heloísa, o pai das meninas era José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Todavia, como José Antônio contestava o fato, foi proposta uma ação de investigação de paternidade em seu desfavor. Ordenada a prova pericial específica, mediante análise de grupos sanguíneos e outras investigações, José Antônio Gomes Pinheiro Machado comunicou que

não se submeteria a exames, e a juíza de primeira instância, em decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça, determinou que o réu comparecesse à realização dos exames sob pena de “condução sob vara”.

Sentindo-se ameaçado, José Antônio impetrou junto ao Supremo Tribunal Federal um *Habeas Corpus* (HC nº 71373-4<sup>17</sup>), alegando que a determinação judicial consistia em coação ilegítima, ofensiva de seu direito constitucionalmente garantido de inviolabilidade da integridade física, bem como de sua liberdade de locomoção. Além disso, sustentou existir na ordem ilegalidade e abuso de poder porque haveria prática de violência equivalente a prisão sem configuração delituosa, caracterizando-se flagrante violação aos princípios constitucionais do art. 5º, incisos II, X e LXI, da Constituição do Brasil de 1988.

O caso envolvia, na visão dos juízes, uma colisão entre dois bens constitucionalmente protegidos, o direito da criança à sua real identidade (art. 227 da Constituição) e o direito à intangibilidade física da pessoa (art. 5º, incisos II, X e LXI), de modo que caberia ao Supremo Tribunal Federal definir, no caso concreto, qual dos dois princípios deveria, afinal, preponderar. Por maioria de votos, mas em votação apertada, o Supremo Tribunal Federal concedeu o *Habeas Corpus*, sedimentando que, na espécie, deve prevalecer o princípio que protege a intangibilidade do corpo humano e da dignidade da pessoa humana.

Segundo os dissidentes, especialmente o Ministro Ilmar Galvão, estava em jogo um “interesse que ultrapassa os limites estritos da patrimonialidade, possuindo nítida conotação de ordem pública, aspecto suficiente para suplantar, em favor do pretensão filho, o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física”. Porém, segundo o Ministro Marco Aurélio, designado Relator, a recusa havia de ser resolvida não no campo da violência física (ainda que se tratasse de uma “simples espetadela”), mas no plano instrumental, de acordo com as normas legais (parágrafos 2º e 3º do art. 343 do Código de Processo Civil) segundo as quais a recusa implica presunção da paternidade e a procedência da ação. Para ele, não se tratava de hipótese em “que o interesse público se sobrepõe ao interesse individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana”.

Conforme se observa, o Supremo Tribunal Federal deu prevalência ao direito à intangibilidade física da pessoa em detrimento do direito da criança em conhecer sua origem genética. Assim, construiu uma hipótese de incidência relativamente ao princípio da inviolabilidade do corpo ou da integridade física, criando uma regra não constante do plano textual da Constituição, segundo a qual *em ação de investigação de paternidade, a recusa do réu* (hipótese de incidência) *basta para tornar proibidos o emprego de meios coativos ou a coleta forçada de material para exame de DNA* (consequência jurídica).

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n. 71373-4**. Rio Grande do Sul. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Francisco Rezek; Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio. 10 de novembro de 1994. disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71373&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71373&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 12 março de 2007.

### 5.3. CONSTRUÇÃO MEDIANTE CONTROLE

Em 27 de março de 1993, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional nº 3, que em seu art. 2º autorizava a União a instituir imposto sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. O parágrafo 2º do dispositivo acrescentou que o imposto referido não estava sujeito ao disposto no art. 150, III, *b*, e VI, da Constituição do Brasil, ou seja, que era inaplicável em relação ao mesmo a norma constitucional segundo a qual são vedadas a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu (princípio da anterioridade) e a instituição de tributos sobre o patrimônio, rendas e serviços de outros entes federados (imunidade recíproca entre União, Estados e Municípios), sobre templos de qualquer culto, patrimônio, renda ou serviços de partidos políticos, entidades sindicais de trabalhadores, instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos, livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (imunidades tributárias). A Emenda nº 3, portanto, pretendia subtrair o novo imposto federal dos limites ao poder de tributação estatuídos no art. 150, III, *b* e IV, de modo que a cobrança da exação fiscal fosse possível no mesmo ano de sua instituição por lei e pudesse desconsiderar as imunidades estabelecidas.

Em consequência, a Lei Complementar nº 77, de 13 de julho de 1993, instituiu o Imposto Provisório Sobre Movimentação Financeira (IPMF), determinou a incidência do tributo no mesmo ano de sua instituição (art. 28) e deixou de reconhecer, em prejuízo dos beneficiários (igrejas, partidos, sindicatos, imprensa, estados, municípios, etc.), as imunidades constitucionalmente previstas (arts. 3º, 4º e 8º). Diante disso, a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 939<sup>18</sup>). A questão central em torno da controvérsia dizia respeito a saber se o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, *b*) e as imunidades tributárias (art. 150, VI, *a*, *b*, *c* e *d*) consistiam ou não em normas dotadas de rigidez absoluta, ou seja, eram ou não cláusulas pétreas, imunes ao poder de reforma do poder constituinte derivado pela via de emenda constitucional. Tratava-se, a rigor, de saber se a Emenda nº 3/93 colidia ou não com a norma do art. 60, § 4º, I e IV, da Constituição do Brasil, segundo a qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado (em relação à imunidade recíproca) e os direitos e garantias individuais (em relação ao princípio da anterioridade e demais imunidades tributárias).

O art. 60, § 4º, I e IV, da Constituição do Brasil de 1988, estatui uma proibição. Com efeito, proíbe emendas constitucionais tendentes a abolir a forma federativa do Estado ou os direitos e garantias individuais. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 3/93 estabelecia uma permissão, qual seja, a de que a União cobrasse o IPMF no ano

---

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7**. Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sydney Sanches. 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=939&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=939&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 12 março de 2007.

de sua instituição e de entes imunes para fins tributários. Assim sendo, a decisão a ser proferida na ADI nº 939 no sentido da inconstitucionalidade ou não da Emenda nº 3/93 dependia, essencialmente, de decidir-se se as permissões dadas à União eram compatíveis ou não com as proibições impostas pela norma constitucional. Tratava-se, pois, de delimitar a extensão de uma proibição constitucional enunciada em termos amplos (vedação de abolição da forma federativa ou de garantias individuais) no confronto com permissões mais específicas da emenda (possibilidade de excepcionar o princípio da anterioridade e as imunidades tributárias em relação ao IPMF).

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal decidiu que: 1) o princípio da anterioridade tributária é garantia individual do contribuinte e, embora não conste da declaração de direitos do art. 5º, qualifica-se como direito que não pode ser suprimido; 2) ao possibilitar a tributação pela União de Estados e Municípios relativamente ao novo imposto, a emenda impugnada violou o princípio federativo, ou a forma federativa do Estado; 3) as demais imunidades tributárias, embora não constituindo direitos individuais em sentido próprio, visam a garantir o exercício de liberdades fundamentais (religiosa, política, sindical, de expressão), razão pela qual estão também protegidas contra a abolição. Em consequência, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da emenda constitucional e da legislação complementar correlata.

Como se percebe, ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal fixou a extensão das proibições substantivas constantes do art. 60, § 4º, I e IV, da Constituição, ditando que as mesmas *alcançam inclusive a edição de emendas que procurem excepcionar a incidência do princípio da anterioridade e das imunidades tributárias em relação a imposto federal novo*. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal adjudicou à norma do art. 60, § 4º, I e IV, da Constituição, um conteúdo que não corresponde a qualquer enunciado constitucional explícito.

#### 5.4. CONSTRUÇÃO MEDIANTE INTEGRAÇÃO

Carlos da Silva Gurgel foi envolvido em ação penal sob a imputação de mandante de crime de homicídio. Marcado o Tribunal do Júri para o dia 9 de junho, o advogado constituído por Carlos, Clóvis Sahione, pleiteou a transferência do pleito para o mês subsequente, alegando ser defensor em outro processo rumoroso, “Caso Baumgarten”, cujo julgamento já estava marcado para o mesmo mês e tinha complexidade ímpar. Alterada a data do júri para 16 de julho, o advogado do réu solicitou novo adiamento, alegando sofrer sequelas de caráter físico decorrentes do julgamento anterior, que teve longa duração. Iniciada no dia 30 de junho, a sessão do júri estendera-se por mais de quarenta e oito horas, sendo que o veredicto, no sentido da absolvição, só fora proclamado na madrugada de 2 de julho. Todavia, o novo pedido de adiamento foi indeferido pelo Presidente do Tribunal de Júri, que, em face do não comparecimento do advogado do réu na data marcada para o julgamento, em 16 de julho, nomeou defensor dativo para o acusado. Durante o julgamento, o réu, Carlos da Silva, recusou-se a responder as perguntas relativas ao interrogatório, justamente por não estar assistido pelo profissional de advocacia que contratara, e acabou sendo condenado a 18 (dezoito) anos de reclusão.

Diante de tais circunstâncias, alegando cerceamento e prejuízo da sua defesa, o réu impetrou *Habeas Corpus* (HC 71.408-1<sup>19</sup>) perante o Supremo Tribunal Federal, que deferiu a ordem, anulando o julgamento e determinando fosse o réu submetido a um novo júri. Na decisão, nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, o Tribunal registrou que “consubstancia garantia constitucional implícita o direito do acusado de ser defendido por profissional livremente escolhido e no qual, portanto, deposita confiança, a ponto de entregar-lhe a sorte da ação a que responde e cujo desfecho poderá custar-lhe a perda da própria liberdade”. Assim, ainda que o *direito do acusado de ser defendido por profissional livremente escolhido* não estivesse explicitado na Constituição, nem pudesse ser inequivocamente extraído da garantia do art. 5º, LV, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, consagrou-o como um direito fundamental implícito de nosso sistema jurídico.

Outro caso ilustra bem o reconhecimento de direitos implícitos, não obstante a inexistência de previsão expressa. A Receita Federal determinou que a empresa Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito lhe prestasse informações sobre o movimento econômico dos seus clientes. Diante disso, a empresa interpôs medida judicial, acolhida pelos juízos de primeira e segunda instâncias, os quais entenderam que a administradora de cartões de crédito poderia se recusar a prestar as informações requeridas.

Inconformada com a decisão, a União apresentou Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup>, alegando ofensa ao art. 5º, X, XII e XIV, e sustentando que os agentes fiscais, no desempenho de suas funções, necessitam examinar livros, contas e outros documentos, mas que as informações fornecidas continuam resguardadas, em relação a terceiros, pelo sigilo fiscal, o que esvazia a assertiva do comprometimento do direito à privacidade.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu o sigilo bancário como uma decorrência do direito à privacidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição. De acordo com o relator, Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, “o sigilo bancário [...] é espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas”. Assim, ainda que o *direito ao sigilo bancário* não conste expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua existência e o incorporou à ordem constitucional.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A asserção central deste artigo é a de que a Constituição se mostra geralmente insuficiente para, por si só, resolver as situações de direito constitucional controvertido,

<sup>19</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus n. 71.408-1**. Rio de Janeiro. Paciente: Carlos da Silva Gurgel. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. 16 agosto 1994. disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71408&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71408&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 22 março de 2007.

<sup>20</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário n. 219.780-5**. Pernambuco. Recorrente: União Federal. Recorrida: Credicard Administradora de Cartões de Crédito. Relator: Ministro Carlos Velloso. 13 maio de 1999. disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=219780&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=219780&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 22 março de 2007.

demandando dos órgãos de jurisdição constitucional mais do que uma atividade mecânica de revelação de sentido. Em vez de meramente aplicar os comandos do legislador aos casos litigiosos, juízes e tribunais são personagens ativos do processo de produção do direito. A atividade judicial, assim, não se reduz a um modo de proceder segundo o modelo clássico da interpretação, entendida no sentido do descobrimento de um sentido normativo pré-existente, oculto ou encoberto. Juízes e tribunais constitucionais desenvolvem o conteúdo normativo do direito constitucional no momento da decisão, quando problematicamente se defrontam com controvérsias reais, seja no âmbito de conflitos intersubjetivos, seja em sede de processos objetivos.

A percepção de que as coisas se passam desse modo pode ser motivo de perplexidade teórica e tensão política. De um lado, não faltará quem possa identificar a construção judicial do direito constitucional como um fenômeno em contradição com o postulado filosófico de que a lei constitucional deve ser unicamente a expressão da soberania popular, cujo exercício é deixado, no sistema representativo, às instituições com legitimação democrática, vale dizer, a Assembleia Constituinte (poder constituinte originário) e o Congresso Nacional (poder constituinte derivado). Por outro lado – e mais relevante –, há o risco permanente de estremecimento das relações entre os poderes estatais, uma vez que, decidindo imperativamente, o judiciário faz prevalecer um sentido normativo da lei constitucional que pode não ser compartilhado pelo legislativo e pelo executivo, os quais justamente detêm a prerrogativa da representação política.

A ausência de convergência entre os poderes estatais quanto ao sentido normativo da lei constitucional é frontal nos casos em que o judiciário declara a inconstitucionalidade de uma norma de direito ordinário. Obviamente, a lei ordinária, se aprovada na instância parlamentar, pressupõe um juízo prévio de compatibilidade com a lei constitucional, na compreensão do legislador; ao contrário, a declaração de inconstitucionalidade na esfera judicial, nulificando a lei ordinária, pressupõe um juízo posterior de incompatibilidade, denunciando o contraste. Aqui, em suma, o judiciário invalida a lei ordinária sob o pressuposto da inconstitucionalidade enquanto o legislador a editara sob o pressuposto contrário, o da constitucionalidade, evidenciando-se o desencontro das percepções sobre o significado da lei constitucional.

Assim, como as disputas de dimensão constitucional gravitam em torno de normas indeterminadas e flexíveis, envolvendo temas sensíveis e soluções de difícil consenso, é compreensível que se questione o poder de definição última conferido à jurisdição constitucional, que se indague sobre os limites que devem cercar o seu exercício, que se receie o abuso judicial, que se denuncie a possível exorbitância, que se reivindique uma atuação moderada a fim de que não restem usurpadas ou suprimidas as competências do legislativo e do executivo (que também possui iniciativa legislativa). Além disso, não deixa de merecer respeito o argumento que normalmente dá sustentação aos questionamentos e às inquietações, ou seja, o de que o direito é uma obra a cargo do povo, realizada por meio de representantes eleitos, razão pela qual, no concerto das instituições jurídico-políticas, juízes e tribunais não podem e não devem julgar como se legisladores fossem inovando a ordem jurídica. Contudo, por mais compreensível

e respeitável, a verdade é que a polêmica está encoberta por uma nuvem cinzenta de clamores irrealizáveis, raciocínios superficiais e, talvez, preocupações exageradas.

A construção judicial do direito é, antes de tudo, um fato inevitável, um dado imodificável da experiência mesmo nos sistemas de tradição romano-germânica, nos quais o ponto de partida da ordem jurídica se encontra nas normas produzidas pelo legislador, segundo o modelo das codificações legais. A razão decisiva já foi apontada: a linguagem da lei, com seus atributos de abstração e vacuidade, dos quais decorre a indeterminação semântica que faz das normas legais em geral módulos imprecisos e carentes de determinação no momento da aplicação, mais ainda no nível constitucional. Trata-se de uma consequência da adoção do modelo lógico-formal de expressão normativa. Entre a norma jurídica e o caso concreto, por isso, é sempre indispensável a mediação judicial, com adjudicação de sentido normativo.

Além disso, trata-se de um fato intencional. A alternativa que existiria – o estilo legal-casuístico – revelou-se frustrante historicamente, não passando, em verdade, de uma utopia alimentada pelo otimismo da época da Ilustração, no Século XVIII. O estilo casuístico – de que é exemplo o Código Geral da Prússia de 1794 – pressupunha que fosse possível prever e regular todos os fatos da vida em seus pormenores, de modo que não houvesse margem para dúvida quanto à decisão a adotar quando de sua futura ocorrência; a lei não havia de necessitar de técnicas interpretativas e devia permitir o mínimo possível de arbítrio judicial.<sup>21</sup> Esta é, porém, uma crença morta. Para realizá-la, cada comando legal precisaria conter uma enumeração completa e perfeita das dezenas, centenas ou milhares de situações às quais seria aplicável, com indicação de todas as suas notas distintivas, e mesmo que, ao cabo de esforços hercúleos do legislador, se lograsse o intento de fazê-lo, isso não seria jamais suficiente para abarcar a variedade infinita dos eventos que podem afetar o homem e suas relações, nem para dar conta das novas realidades geradas pela evolução da cultura, da ciência e da tecnologia. O resultado é que, de qualquer modo, não seria possível eliminar as fendas normativas por onde a intervenção discricionária do juiz tem que atravessar. Neste contexto, a textura aberta das normas constitucionais e o desenvolvimento dos respectivos conteúdos pelo poder judicial são mais do que imperativos impostos pela natureza das coisas; antes exprimem mesmo uma opção deliberada do próprio legislador, ciente ele das limitações de sua capacidade de regulação e da necessidade constante de concretização e atualização do direito.

As implicações desse cometimento são significativas. Em primeiro lugar, não se deve confundir a lei constitucional com o direito constitucional. A lei constitucional é o documento escrito que tem o nome de Constituição, com seus artigos, incisos, parágrafos e alíneas. O direito constitucional é o resultado de um processo de elaboração que compreende o exercício de diferentes competências e a participação de diversos agentes; ele começa na lei constitucional, mas se concretiza e se expande por meio dos precedentes judiciais. A lei constitucional, radicada em um momento fixo do passado,

21 LARENZ, Karl. **Derecho Civil. Parte General.** Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 31.

é o ponto de partida no qual estão inscritos os sinais que apontam as instituições e os valores fundamentais da organização política; a jurisdição constitucional é o instrumento para a sua realização presente e futura, impondo-se lhe o ônus do desenvolvimento normativo nas situações de incerteza e contenda; o direito constitucional é o produto da atuação combinada de ambas as fontes jurídicas, a legislativa e a judicial.

A rigor, o direito constitucional é ainda um pouco mais amplo. Isso porque as indeterminações semânticas da lei constitucional proporcionam uma tríplice abertura. A primeira se relaciona com as pessoas físicas, sociedades empresárias, órgãos públicos, autoridades políticas e entes federados, dos quais se espera que voluntariamente observem as imposições legais nas suas relações e atividades; a segunda diz respeito ao legislador ordinário (federal, estadual e municipal), a quem compete dar seguimento às diretrizes constitucionais através da legislação infraconstitucional (civil, penal, tributária, etc.); a terceira é concernente ao poder judicial, encarregado de prestar a jurisdição nas situações contenciosas. Os três segmentos encontram-se afrontados pelo problema e pela exigência de interpretar e aplicar a lei constitucional segundo o modo como a compreendem e, todos eles, de certo modo, constituem âmbitos propícios à evolução normativa. Assim, não deixam de integrar o direito constitucional as práticas espontâneas e reiteradas de pessoas e instituições, na qualidade de costumes constitucionais, bem como a legislação infraconstitucional editada para o fim de complementar ou regulamentar uma matéria de matriz constitucional. O direito constitucional é, portanto, uma ordem complexa e dinâmica. A complexidade repousa sobre a diversidade das suas fontes de elaboração: lei constitucional, costumes constitucionais, legislação infraconstitucional e precedentes judiciais. O dinamismo se revela na expansão normativa contínua que, sob o impulso das brechas textuais, resulta da intervenção das demais fontes, sobretudo a judicial.

A imputação que muitas vezes é feita ao poder judicial de usurpação da função legislativa, com desrespeito à regra da maioria e do sistema de representação política, decorre de uma visão estreita. Não se percebe que a construção judicial de conteúdos normativos no momento da aplicação é uma fatalidade do modelo legislativo; não se percebe que o poder criativo dos juizes é também consentido, é algo dado, não subtraído; que a lei constitucional, por mais solene e sagrada, é apenas uma parte do direito constitucional; que por mais prolixa e abrangente, ela precisa ser concretizada e expandida pelos órgãos de jurisdição constitucional sob pena de sua própria inaplicabilidade; não se percebe, por fim, que, se nada disto for bem considerado, toda e qualquer decisão judicial parecerá constituir um atentado à separação de poderes.

Em contrapartida, é preciso não exagerar as prerrogativas judiciais. Embora a lei constitucional seja apenas uma parte do direito constitucional, sua importância não deve ser diminuída em face da importância da atividade judicial. Isso parece acontecer quando se sustenta, na linha do realismo jurídico, que a lei constitucional é apenas texto, não é norma, porque norma é só o sentido que o juiz atribui ao texto. Mas trata-se, aí, de um equívoco. As palavras da lei constitucional são nela empregadas de acordo com convenções linguísticas conhecidas, estabelecidas, e mesmo que sua aplicabilidade a

determinadas situações seja incerta, elas veiculam sentidos iniciais e seguros que excluem a possibilidade de se lhes atribuir qualquer acepção que se queira. Nenhum juiz pode, em sã consciência, ler monarquia onde está escrito república, desonra onde está escrito honra, publicidade onde está escrito privacidade, permitido onde está escrito vedado. Se o fizer, é porque precisa voltar à escola para alfabetizar-se, não porque a lei constitucional seja apenas um texto sem significado.

Todo poder tem limites. A jurisdição constitucional também precisa encontrar os seus. Eles certamente existem. O mais geral deles repousa na necessidade de decidir sempre *com fundamento* na Constituição. Pode parecer pouco, mas a exigência de justificar, de ajustar o direito criado a um parâmetro normativo anterior e superior, reduz o espaço dos voluntarismos e diferencia sensivelmente a atividade judicial da atividade puramente política. Limites significativos podem ainda ser desenvolvidos através de máximas interpretativas, do respeito aos precedentes e, sobretudo, de regras de autocontenção, como aquelas que concedem *deferência ao legislador* em arguições de inconstitucionalidade, que imunizam os atos *interna corporis* ao controle judicial, que vedam ao juiz atuar como *legislador positivo* e interferir sobre o *mérito administrativo*, ou que reconhecem a *eficácia limitada de normas programáticas*. O ponto é importante, mas agora não é possível ir além. Quem sabe em outro momento.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democrático. Tradução de Alfonso García Figuerola. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus n. 82.788-8**. Rio de Janeiro. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. 12 abril 2005. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=82788&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=82788&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 17 março de 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n. 71373-4**. Rio Grande do Sul. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Francisco Rezek; Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio. 10 de novembro de 1994. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71373&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71373&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 12 março de 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7**. Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sydney Sanches. 15 de dezembro de 1993. Disponível em:

<[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=939&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=939&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 12 março de 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus n. 71.408-1**. Rio de Janeiro. Paciente: Carlos da Silva Gurgel. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. 16 agosto 1994. disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/>>

in\_processo.asp?origem=IT&classe=HC&processo=71408&recurso=0&tip\_julgamento=M>, acesso em 22 março de 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário n. 219.780-5**. Pernambuco. Recorrente: União Federal. Recorrida: Credicard Administradora de Cartões de Crédito. Relator: Ministro Carlos Velloso. 13 maio de 1999. disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in\\_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=219780&recurso=0&tip\\_julgamento=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=219780&recurso=0&tip_julgamento=M)>, acesso em 22 março de 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedida, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

FALLON, Richard. **The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law**. Cambridge: University Press, 2004.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. Tradução de José María Lujambio. In: **CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil. Parte General**. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoreales de Derecho Reunidas, 1978.

SASTRE ARIZA, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: **CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

THOMASELLI, Bárbara L. M. **A construção judicial do direito constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2007.



# AS CRISES DO ESTADO E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM AMBIENTE TRANSNACIONAL

Laisa Pavan da Costa<sup>1</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução; 2. Direitos Fundamentais: breve caracterização; 3. As crises do Estado e o ambiente de transnacionalidade; 4. Possibilidades de repensar os conceitos tradicionais da modernidade 5. Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a analisar possibilidades de assegurar os direitos fundamentais típicos do Estado contemporâneo num ambiente de transnacionalidade. Após breve caracterização dos direitos fundamentais, parte-se para a análise das crises que assolam o Estado contemporâneo (conceitual, estrutural, constitucional, funcional e política), provocadas pela globalização, para se abordar a questão central de saber se há possibilidades de tutela dos direitos fundamentais no mundo globalizado e transnacional. As crises atingem conceitos-paradigma forjados no bojo do Estado moderno e que hoje se apresentam inadequadas para fazer frente à complexidade do mundo contemporâneo, globalizado e transnacional. Nessa linha, a doutrina vem apresentando alternativas para um novo entendimento dos conceitos típicos da modernidade, as quais podem ser compreendidas como meios de propiciar, no ambiente transnacional, efetiva tutela dos direitos fundamentais. As alternativas abordadas perpassam pelas noções de soberania compartilhada, de Estado e Direito Transnacionais, e de transconstitucionalismo. Sem pretender esgotar o tema, as abordagens referidas confirmaram a hipótese de que existem possibilidades de assegurar os direitos fundamentais no atual cenário globalizado e transnacional. A investigação foi orientada pelo método indutivo. No tratamento dos dados, empregou-se o método analítico. As técnicas de pesquisa foram as do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. O problema foi caracterizado e a hipótese confirmada.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se desenvolveu ao final da disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade, ministrada no mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI. O referente adotado foi analisar possibilidades de assegurar os direitos fundamentais típicos do Estado contemporâneo num ambiente de transnacionalidade, para produzir artigo científico. O objeto são os direitos fundamentais e os objetivos são delinear características

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialização em Direito Ambiental pelo CESUSC. Procuradora do Estado de Santa Catarina. laisapavan@gmail.com.

dos direitos fundamentais; investigar as crises que atingem o Estado e sua relação com a globalização e a transnacionalidade; e verificar as possibilidades de superação/redefinição dos conceitos de Estado típicos da modernidade, e outros a ele vinculados, como meio de viabilizar a tutela dos direitos fundamentais<sup>2</sup>.

Parte-se do contexto de crise em que o Estado contemporâneo está imerso (crises conceitual, estrutural, constitucional, funcional e de representação), provocado pelo fenômeno da globalização, para se chegar ao problema: há possibilidades de tutela dos direitos fundamentais no mundo transnacional?

A hipótese é de que existem, sim, possibilidades de assegurar os direitos fundamentais no atual cenário globalizado. Contudo, o Estado, o Direito e os conceitos próprios da modernidade precisam ser repensados, visto que, na sua concepção original, não dão conta da complexidade do mundo contemporâneo.

Para atender os objetivos propostos, estruturou-se o presente trabalho da seguinte forma: a primeira parte está dedicada a uma breve caracterização dos direitos fundamentais; na segunda, aborda-se as crises que assolam o Estado na pós-modernidade, em que a globalização inaugura novos espaços de tomada de decisão e pinta com novas tintas conceitos políticos e filosóficos da modernidade; e, na terceira parte, fala-se sobre as possibilidades teóricas de repensar os conceitos típicos do Estado moderno, como meios de propiciar, no ambiente transnacional, a tutela dos direitos fundamentais.

O método utilizado na investigação foi o indutivo e na fase de tratamento dos dados, o analítico. As técnicas de pesquisa utilizadas foram as do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS. BREVE CARACTERIZAÇÃO

A expressão “direitos fundamentais” é, na doutrina e no direito positivo, heterogênea, sendo muitas vezes intercambiável com outras, como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas” e “direitos humanos fundamentais”. Exemplo dessa diversidade semântica se verifica na nossa Constituição Federal de 1988, no art. 4º, II<sup>3</sup>; na epígrafe do Título II<sup>4</sup>; no art. 5º, § 1º<sup>5</sup>; no art. 5º, LXXI<sup>6</sup>; e art. 60, § 4º, IV<sup>7</sup>. Porém, a esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que a moderna

2 PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 5.ed.rev.atual. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

3 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...];

II – prevalência dos direitos humanos [...].

4 Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

5 § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

6 LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania [...].

7 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias individuais.

doutrina constitucional vem rechaçando progressivamente a utilização de tais termos porque não correspondem ao estágio de evolução dos direitos fundamentais no âmbito do Estado de Direito.<sup>8</sup>

De qualquer modo, entende-se relevante traçar as diferenças entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos:

[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>9</sup>

Wilson Engelmann define direitos humanos como categorias pré-existentes a outros direitos,

pois não são criados pela lei, nem mesmo pela Constituição. No fundo, os chamados direitos humanos – que se declaram ou reconhecem, mas não se criam – são, por isso, a expressão do direito natural de cada homem e mulher. Essas categorias de direitos existem independentemente da norma positivada, onde a pessoa é a base de sustentação de sua validade.<sup>10</sup>

Tal definição evidencia “o caráter universal dos direitos humanos, numa necessária sobreposição em relação à ordem jurídica particular de cada Estado”<sup>11</sup>.

Além da positivação constitucional como critério de distinção entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, outro aspecto que igualmente serve para diferenciar as duas categorias é o “grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional)”<sup>12</sup>, na medida em que os primeiros encontram maior possibilidade de realização (efetivação) em razão das instâncias judiciárias internas de cada país, dotadas de poder para fazer respeitar e implementar os direitos fundamentais, o que não se verifica na mesma medida quando a análise recai sobre os tribunais internacionais, embora Ingo Wolfgang Sarlet considere já ser perceptível “uma evolução progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos internacionais de controle”<sup>13</sup> e proteção dos direitos humanos.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 33-34.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 35-36.

10 ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 247.

11 ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 247.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 39.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 40.

A fundamentalidade é a principal característica dos direitos fundamentais e, num sentido formal, revela-se, no constitucionalismo brasileiro, nos seguintes aspectos:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto [...] de *direitos pétreos*<sup>14</sup> [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF).<sup>15</sup>

Já a fundamentalidade material resulta “da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”. Trata-se de característica que possibilita “a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal”.<sup>16</sup>

A análise da fundamentalidade deverá sempre ter em conta a ordem constitucional concreta, pois “o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não sê-lo da mesma forma”. Nessa linha de pensamento, Ingo Wolfgang Sarlet observa que, mesmo em relação às “categorias universais e consensuais no que diz com a sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana”, há necessidade de contextualização, “já que igualmente suscetíveis de uma valoração distinta e condicionada pela realidade social e cultural concreta”.<sup>17</sup>

Com base em Robert Alexy, a definição de direitos fundamentais proposta por Ingo Wolfgang Sarlet é a seguinte:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>18</sup>

A constatação da mutação histórica dos direitos fundamentais – “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne

14 A expressão “direitos pétreos” foi retirada, por Ingo Wolfgang Sarlet, da seguinte obra: MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais. Conceito, Função e Tipos**. São Paulo: RT, 2003. p. 87 e ss.

15 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 86-87.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 87.

17 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 89.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 89. A obra tomada pelo autor como base para sua definição foi a seguinte: ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2.ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 407.

à sua titularidade, eficácia e efetivação<sup>19</sup> – conduziu a doutrina a explicá-los por meio de três dimensões de direitos.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais corresponde aos direitos civis e políticos, “produto peculiar [...] do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado”. São direitos de cunho negativo, que impõem aos poderes públicos deveres de abstenção, “demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”. Essa dimensão de direitos fundamentais envolve “os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei”, posteriormente complementados pelo reconhecimento das “liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.”, bem como pelos “direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia”. Envolve, também, algumas garantias processuais, como o devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição.<sup>20</sup>

A segunda dimensão dos direitos fundamentais constitui resultado do “impacto da industrialização” e dos “graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam”, bem como da “constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo”. São direitos de cunho positivo, prestacional, que exigem do Estado ações tendentes a concretizar justiça social, “revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. Abrangem os direitos à assistência social, à educação, à saúde, ao trabalho. Englobam, ainda, as liberdades sociais, de que são exemplos a liberdade de sindicalização, o direito de greve e os direitos trabalhistas como férias, repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, limitação da jornada de trabalho etc. Embora latentes nas Constituições francesas de 1793 e 1848, brasileira de 1824 e alemã de 1849, foram consagrados como direitos fundamentais no século XX, nas Constituições do segundo pós-guerra.<sup>21</sup>

A terceira dimensão de direitos fundamentais, chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade<sup>22</sup>, “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem [...] da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)”. São direitos fundamentais de “titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável”. Dessa categoria, são exemplos, o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à conservação e à utilização do patrimônio histórico e cultural, e

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 53.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 54-55.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 55-56.

22 Compreende-se sejam classificados como direitos de solidariedade ou fraternidade “em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 57).

o direito de comunicação.<sup>23</sup> Também são incluídos nessa dimensão as garantias contra manipulações genéticas, o direito de morrer dignamente e o direito à mudança de sexo, embora esses direitos pareçam corresponder “a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados [...] à ideia da liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências” estatais. Assim, “poderiam enquadrar-se [...] na categoria dos direitos da primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo”<sup>24</sup>.

O exame das dimensões dos direitos fundamentais demonstra que “o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições”. Por isso, Ingo Wolfgang Sarlet conclui que os direitos fundamentais são categorias materialmente abertas e mutáveis, resultados “de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”<sup>25</sup>.

Um aspecto importante, ligado diretamente com o objeto deste trabalho, “diz com as efetivas dificuldades de proteção e implementação que caracterizam boa parte dos direitos fundamentais da segunda e da terceira dimensões”, o que conduz à conclusão de que há “necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico” para a sua efetivação: “cada vez mais sua implementação em nível global depende de esforços integrados (por isso, direitos da solidariedade e fraternidade) dos Estados e dos povos”<sup>26</sup>.

Esse ponto se relaciona com as crises pelas quais passa o Estado na pós-modernidade, objeto do próximo item deste artigo.

### 3. AS CRISES DO ESTADO E O AMBIENTE DE TRANSNACIONALIDADE

Entende-se que a realização dos direitos fundamentais está atrelada à percepção da crise das instituições políticas do Estado contemporâneo e das possibilidades de sua superação.

Conforme pontuam Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, “as profundas mudanças ocorridas com a globalização”<sup>27</sup> solaparam de maneira irreversível, as bases teóricas

23 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 57.

24 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 58-59.

25 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 61.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 63.

27 Para Anthony Giddens a globalização “pode ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa” (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. Título original: *The Consequences of the Modernity*. p. 69).

do Estado Constitucional Moderno, com sua pretensão de soberania”<sup>28</sup>.

O contexto de globalização é responsável pela gestação do conceito de sociedade mundial:

A sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relação de concorrência e, simultaneamente, de complementariedade. [...] Não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial. Também não se deve confundir o conceito de sociedade mundial com a noção controversa de “globalização”. [...] Antes cabe considerar a globalização como resultado de uma intensificação da sociedade mundial. Esta, que começa a desenvolver-se a partir do século XVI e consolida-se estruturalmente com o surgimento de “um único tempo mundial” na segunda metade do século XIX, em um processo de transformações paulatinas, que se torna finalmente irreversível, alcança um grau de desenvolvimento tão marcante, no fim do século XX, que aquilo já assentado no plano das *estruturas* sociais passou a ser dominante no plano da *semântica*: a sociedade passa a (auto-)observar-se e (auto)descrever-se como mundial ou global.<sup>29</sup>

No mesmo cenário, Wilson Engelmann fala de sociedade transnacional, assim descrita:

Na verdade, trata-se de uma nova sociedade, eminentemente marcada pela volatilidade de suas relações, a indeterminação de suas fronteiras e áreas de abrangência, a fragilização dos vínculos que caracterizam os modelos tradicionais de sociedade e a rápida modificação das regras do jogo (“normas jurídicas”) que orientam a atuação dos sujeitos envolvidos. Forma-se uma comunhão de interesses, oriundos de diversos Estados, sem uma preocupação muito centrada no aspecto social e a realização das necessidades humanas – foco do Estado Social – mas, pelo contrário, as forças estão voltadas ao particular (individual), a saber, prepondera o caráter econômico-lucrativo dos atores globais.<sup>30</sup>

A partícula “trans” significa “além de” ou “para além de”, e evidencia a superação de um *locus* determinado para as decisões a respeito de questões que dizem respeito a mais de um Estado ou organismo internacional, supranacional ou transnacional<sup>31</sup>.

Sobre esse tema, Joana Stelzer também explica:

A transnacionalização pode ser compreendida como fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultravalorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal. Enquanto globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado

28 CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55.

29 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 26-27.

30 ENGELMANN, Wilson. **A Crise Constitucional**: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. p. 234-235.

31 CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais**. p. 58.

como único; transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio.<sup>32</sup>

Assim, no mundo globalizado, o processo de tomada de decisões dos Estados nacionais deixa de desenvolver apenas nos seus limites territoriais (agora estreitos). Ao editar leis e definir políticas internas, os Estados são impelidos a tomar em consideração a posição de outros Estados, de agências internacionais e atores transnacionais, perdendo o monopólio da função de ditar regras.<sup>33</sup>

Eis, então, o contexto perfeito para o desenvolvimento da crise que atinge as principais categorias da modernidade.

A apontada crise pode ser analisada sob vários aspectos: crise conceitual, que atinge o poder do Estado, manifestado, na era Moderna, especialmente por meio da soberania; crise estrutural, traduzida na crise do Estado de Bem-Estar Social; crise constitucional ou institucional, que diz respeito ao papel da Constituição na contemporaneidade; crise funcional, a partir da qual se percebe a multiplicidade dos locais de poder, antes concentrados no Estado; e crise política ou de representação, que afeta diretamente a democracia representativa<sup>34</sup>.

A crise conceitual afeta o conceito de soberania, relacionado diretamente ao de Estado-Nação, próprio da Modernidade, em que o Estado tradicionalmente se apresentava “como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional”<sup>35</sup>.

Todavia, na era Pós-Moderna, as comunidades supranacionais (cujo exemplo mais emblemático é a União Europeia) e o poder das empresas multinacionais e dos organismos transnacionais<sup>36</sup>, impuseram uma nova lógica às relações entre os Estados e entre os centros de poder locais. As fronteiras, antes rígidas, passaram a ser permeáveis e flexíveis.<sup>37</sup> As estruturas de poder (locais, regionais, internacionais, supranacionais, transnacionais, públicas e privadas) se multiplicaram.

Gustavo Zagrebelsky resume a corrosão da soberania em quatro vertentes: o pluralismo político e social interno, que se opõe à própria ideia de soberania e de sujeição (no âmbito interno, a soberania traduz exatamente a ideia de sujeição às regras estatais); a formação de centros de poder alternativos que concorrem com o Estado nos campos

32 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). *Direito e Transnacionalidade*. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 21.

33 ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34.

34 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-27.

35 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 12.

36 As noções de supranacionalidade, multinacionalidade e transnacionalidade estão sendo usadas aqui de acordo com STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). *Direito e Transnacionalidade*. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 18-20.

37 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 12.

político, econômico, cultural e religioso; a progressiva institucionalização de contextos de dimensões supraestatais, que retiram dos Estados a disponibilidade de certos temas; e a atribuição de direitos reivindicáveis pelo indivíduos perante jurisdições internacionais em face dos Estados aos quais estão nacionalmente vinculados<sup>38</sup>.

Constatada a corrosão da noção de soberania, cumpre questionar:

Pues bien, se trata ahora de considerar si este ocaso lleva aparejado el retorno a la situación política pré-moderna de inseguridad e imposición por la fuerza, a la que se había intentado poner remedio mediante la construcción del Estado soberano, o si tras esta muerte se esconde en realidad el nacimiento, o la premissa para el nacimiento, de un nuevo derecho independiente del contexto unívoco representado por la soberanía estatal.<sup>39</sup>

O questionamento é pertinente à medida em que parece ser indiscutível que o modelo de Estado da modernidade “já não consegue dar conta da complexidade das (des)estruturas institucionais que se superpõem hoje”<sup>40</sup>.

De outra banda, a crise estrutural do Estado Contemporâneo enseja questionar se o Estado de Bem Estar Social ainda tem possibilidades de existir.

O Estado de Bem Estar Social agrega uma função social ao Estado – que até então era mínimo, pautado na igualdade formal dos indivíduos -, particularidade que lhe impõe uma característica interventiva-promocional. Desenvolveu-se a partir das lutas dos movimentos operários da primeira metade do século XX e definiu seus contornos após a Segunda Guerra Mundial<sup>41</sup>. Referências importantes nessa construção são as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. Contudo, sua forma nunca foi uniforme. Sua construção sempre foi um processo, no qual seus contornos se alteraram, reconstruíram e adaptaram. Sua versão atual é o Estado Democrático de Direito.<sup>42</sup>

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 instituiria 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.

Especificamente a respeito das crises que atingem o modelo de Estado de Bem Estar Social, José Luis Bolzan de Moraes aponta a fiscal, a estrutural e a filosófica. A crise fiscal-financeira enfatiza o custo das políticas públicas e está por trás das críticas

38 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. Título original: *Il diritto mite. Logge, diritti, giustizia*. p. 11.

39 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. p. 12.

40 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 15-16.

41 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

42 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

que propõem a flexibilização dos direitos sociais. As necessidades técnico-econômicas justificam, quer o aumento da carga fiscal, quer a redução dos custos por meio da redução da atividade estatal e dos direitos sociais<sup>43</sup>. A crise estrutural tem relação com a gestão do Estado de Bem-Estar Social, modelo em que se multiplicam as demandas, também simultaneamente mais complexas. Por fim, a crise filosófica diz respeito ao fundamento do Estado Social (a solidariedade), incompatível com o individualismo que marca a sociedade contemporânea<sup>44</sup>.

A crise institucional ou constitucional pode ser traduzida na fragilização da Constituição como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder.

A Constituição é o produto histórico de determinada sociedade. Não contém apenas um conjunto de normas de organização do Estado e de disciplina da produção do Direito, mas revela os valores substanciais compartilhados intersubjetivamente por uma coletividade. A Constituição forja e consolida o que Thiago Fabres de Carvalho chama de “memória partilhada” de um Estado, demonstrando que Estado é, como surgiu e quais valores o inspiram e formam a sua essência. A consequência visível da pós-modernidade para as Constituições está relacionada à perda gradativa da sua força normativa, “o que impossibilita a sua afirmação como reservatório de uma memória socialmente partilhada”<sup>45</sup>.

Isso, de um lado, é consequência da desterritorialização dos centros de poder, da incidência fragmentadora da globalização e do “surgimento dos sujeitos transnacionais que produzem outros locais de regulação”<sup>46</sup>. De outro, é resultado do processo de “colonização econômica” que submete os Estados Constitucionais às inconstâncias do mercado e da balança comercial<sup>47</sup>. José Luis Bolzan de Moraes fala no prevailecimento da lógica mercantil e no “processo de desconstitucionalização” promovido pelo neoliberalismo, sempre que o constitucionalismo é apontado como “um instrumento impeditivo do desenvolvimento econômico”<sup>48</sup>.

Essa perda do poder de regulação dos Estados acaba acarretando regressões no tratamento dos direitos humanos, visto que, no constitucionalismo moderno, a sua garantia acontecia por meio de Constituições escritas, rígidas e inflexíveis. Veja-se:

43 Conforme explica Alexandre Moraes da Rosa, a “maneira de se conseguir competitividade externa dá-se pela diminuição dos custos internos dos agentes de produção (empresas), principalmente nos custos do trabalho (*mero input*) e dos impostos” (ROSA, Alexandre Moraes da. *Direito Transnacional, Soberania e o discurso da Law and Economics*. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER. Joana (Org.). *Direito e Transnacionalidade*. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 76).

44 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 19-20.

45 CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 298.

46 ENGELMANN, Wilson. *A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado*. p. 226.

47 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21.

48 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22.

[...] todas as gerações de direitos humanos estão umbilicalmente ligadas, em maior ou menor grau, ao Estado. Seja como afirmação de garantias da proteção do indivíduo contra a interferência estatal na autonomia privada [...], seja como um leque de prestações materiais que pretendem garantir o bem-estar coletivo, nos moldes do Estado Social ou, ainda, como proteção e amparo dos direitos de natureza pós-material [...].<sup>49</sup>

Com efeito, é indissociável a “vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito”, lição que emerge já da Declaração Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, de cujo artigo 16 se extrai que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”<sup>50</sup>. Os direitos fundamentais se erigiam, assim, ao lado das diretrizes relativas à organização do poder, na “essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material”<sup>51</sup>. Ademais das funções de limitação do poder estatal (“função originária de defesa da liberdade individual”) e de critério de legitimação do poder e das normas, os direitos fundamentais passaram a integrar o sistema axiológico do Estado, informado que Estado é, e quais valores o informam. Ou seja, os direitos fundamentais passaram a constituir o “resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico)”, integrando, “ao lado dos princípios estruturais e organizacionais [...], a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa”<sup>52</sup>.

E, nesse cenário de perda da força normativa interna dos Estados, nota-se que “os valores sedimentados na Constituição, bem como os direitos humanos historicamente produzidos, não mais conseguem firmar-se como” um conjunto de valores que expressem o que determinado Estado é e para onde pode caminhar<sup>53</sup>.

A crise funcional, por sua vez, diz respeito à tradicional forma de funcionamento do Estado, fundada na estrutura tripartite das funções tipicamente estatais (legislativa, judiciária e executiva). No Estado contemporâneo, percebe-se a modificação do perfil clássico dessas funções, que se revela na ocupação de tarefas típicas de um Poder pelo outro, como acontece, por exemplo, no caso das Comissões Parlamentares de Inquérito e das Medidas Provisórias<sup>54</sup>.

49 CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 298.

50 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 67.

51 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 67-68.

52 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 70.

53 CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 299.

54 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 24.

Ademais, a multiplicidade dos *loci* de poder faz com que o Estado perca a concorrência para outros setores da sociedade em termos de “capacidade, bem como muitas vezes da legitimidade, de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos”<sup>55</sup>. Nesse contexto, o poder público passa a estar ao lado e muitas vezes abaixo de outras estruturas (privadas, semi-públicas, regionais, internacionais, supranacionais, transnacionais) 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>56</sup>.

Sobre a crise política, José Luis Bolzan de Moraes adverte que as entidades supranacionais, impulsionadas pela lógica do neoliberalismo, esvaziam

de poder as autoridades eleitas, deixando-as mesmo sem comporem um Poder de Estado, fragilizando o modelo democrático moderno, alicerçado nos pressupostos da decisão vinculante tomada por órgãos representativos do conjunto da comunidade interessada.<sup>57</sup>

Observa-se, assim, que o neoliberalismo reduz “o potencial regulatório do Estado-Nação” e “o processo de intercâmbio instantâneo de mercadorias, capitais, signos, símbolos e métodos de poder [...], permitem que a economia e o mercado substituam a política e o Estado enquanto instâncias privilegiadas da regulação social”<sup>58</sup>.

Assiste-se, assim, à “dilaceração dos instrumentos tradicionais de regulação política” determinada, especialmente pela “desnecessidade de vinculações territoriais da produção e dos investimentos”; pelo “reaparecimento da *Lex Mercatoria*”<sup>59</sup>, que acaba criando “um espaço jurídico e decisório próprio e autônomo, dotado de uma oficialidade intrinsecamente extra-estatal”; e pela “transnacionalização do direito paralelamente à transnacionalização das fontes econômicas”<sup>60</sup>. De fato, a influência dos organismos transnacionais na política interna dos Estados é tamanha que se transformaram em atores políticos e os desequilíbrios que podem gerar deixaram de ser controláveis no

55 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 24.

56 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 24.

57 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13, nota de rodapé n. 10.

58 CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 281.

59 “Atualmente, entende-se por *lex mercatoria* ‘o conjunto de normas acordadas explícitas ou implicitamente pelos grandes agentes econômicos, com independência dos poderes políticos, para regular suas relações recíprocas, para regar suas relações com os estados abertos e para determinar as políticas destes’” (SPENGLER, Fabiana Marion. Crise Funcional: morte ou transformação do Estado? In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 159. A obra citada na transcrição é a seguinte: CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 270). “Consequentemente, a *lex mercatoria* é direito criado diretamente pelo soberano privado supra-estatal, consistindo justamente em um direito extrajurisdicional de negociação contínua e permanente, por conseguinte é direito mutável, efêmero e permanentemente renovado: um *jogo jurídico inovador*, que se apóia nas lógicas contrapostas da expansão econômica e do controle da inovação a que estão submetidos os principais julgadores” (SPENGLER, Fabiana Marion. Crise Funcional: morte ou transformação do Estado? p. 159).

60 CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 283.

âmbito das instituições democráticas e por meio das práticas democráticas tradicionais.

Ademais, é evidente, no contexto atual, que o grande número de cidadãos que conquistou o direito de participar do jogo político inviabilizou a tomada de decisões, por todos, em assembleia, nos moldes do que ocorria na Grécia Antiga.

Outrossim, a complexidade dos temas que hoje constituem objeto de decisão política, “excluiu o cidadão – ocupado demais em prover o seu cotidiano – do jogo político”<sup>61</sup>. O cenário – de baixa adesão dos cidadãos aos temas políticos (apatia) –, esvazia a democracia e acaba por “fantomizá-la”, “tornando-a apenas um estereótipo formal”<sup>62</sup>, que não reflete processos reais de escolha. Nessa linha, Thiago Fabres de Carvalho fala na obsolescência dos mecanismos de representação tradicional, construídos no bojo do Estado Moderno e pensados, em sua origem, no Estado-Nação<sup>63</sup>. A conclusão não poderia ser diversa: o modelo da democracia representativa se tornou um instrumento incapaz de responder adequadamente às pretensões e demandas de uma sociedade complexa como é a pós-moderna<sup>64</sup>.

A crise política se manifesta, também, nos questionamentos em torno da utilidade da política como “forma de organização democrática da sociedade e estratégia de tratamento legítimo dos conflitos, articuladas com base no exercício da deliberação racional no espaço público”<sup>65</sup>.

A compreensão das crises expostas acima gera certo ceticismo quanto à utilidade do modelo moderno de Estado para fazer frente às demandas do mundo contemporâneo – globalizado, transnacional. Simultaneamente, provoca dúvidas quanto à possibilidade de existência “de formas e fórmulas outras que assegurem os fundamentos civilizatórios do processo democrático e das conquistas sociais”<sup>66</sup>. Nessa linha, a doutrina vem apresentando alternativas para um novo entendimento dos conceitos típicos da modernidade, as quais podem ser compreendidas como meios de propiciar que, no ambiente transnacional, se garanta a tutela dos direitos fundamentais.

#### 4. POSSIBILIDADES DE REPENSAR OS CONCEITOS TRADICIONAIS DA MODERNIDADE

O cenário de crise antes descrito impõe repensar as categorias centrais do Estado

61 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 25.

62 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 25.

63 CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 277.

64 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 25.

65 CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 277.

66 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 10.

moderno, especialmente as noções de Estado-Nação, soberania e de Constituição, a fim de que, adaptadas à realidade contemporânea (global e transnacional), possam garantir a tutela dos direitos fundamentais.

Ângela de Araújo da Silveira Espíndola anota que o contexto de crise não provoca o desaparecimento do Estado e tampouco a diluição do conceito de soberania. Porém, “ambos, interrompidos, redimensionam-se”<sup>67</sup>. A autora propõe, então:

O Estado-Nação há de ser colocado não sobre o tripé povo-território-soberania, mas antes pôr-se a serviço do sujeito, promovendo e protegendo em especial os direitos sociais e transindividuais. É preciso ultrapassar soluções simplistas (ou remédios temporários) que apelem para o liberalismo econômico, ou para regimes autoritários e ditatoriais, ou, ainda, para a globalização dirigida pelos países “mais soberanos”<sup>68</sup>.

A ideia é a de cooperação jurídica econômica e social entre os Estados, antes que de competição, veja-se:

Uma das alternativas que se tem colocado em destaque é a da teoria da Soberania compartilhada. A proposta pretende a criação de órgãos supranacionais através dos quais, por meio de um processo de integração, os Estados nacionais irão exercer, em conjunto, o poder. Não se trata de renunciar a Soberania. Na verdade, consiste em compartilhar a Soberania com outros Estados.<sup>69</sup>

Desde uma perspectiva mais ampla, Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar propõem os conceitos de Estado transnacional e de Direito transnacional. Não sustentam a criação de um “estado mundial ou de um superestado”, mas sim “a possibilidade de fundação de vários espaços públicos de governança, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento seriam submetidos às sociedades transnacionalizadas”<sup>70</sup>.

Nessa linha:

A nova ordem mundial, influenciada por diversos fatores decorrentes da intensificação do fenômeno da globalização, torna oportuna e necessária a discussão sobre a organização de espaços públicos transnacionais, que viabilizem a democratização das relações entre estados, relação esta fundada na cooperação e solidariedade com o intuito de assegurar a construção das bases e estratégias para a governança, regulação e intervenção transnacionais.<sup>71</sup>

67 ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 32.

68 ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 32.

69 ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 64.

70 CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 57.

71 CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 61-62.

Esses espaços – definidos por “pauta axiológica comum, naquelas questões que superem a capacidade operativa do Estado Constitucional Moderno”<sup>72</sup> – proporcionariam condições para que a globalização estivesse “submetida ao interesse da maioria das sociedades existentes, a partir de práticas de deliberação por consenso e de participação democráticas”<sup>73</sup>.

Sobre o Estado transnacional, tais autores anotam:

No Estado Transnacional, não haveria espaço para se falar em soberania na sua concepção clássica. As múltiplas relações existentes entre os Estados, a importância da atuação cooperativa destes em prol de uma pauta axiológica comum, bem como a complexidade dos novos desafios exigiria uma redefinição qualitativa e funcional para esta categoria.<sup>74</sup>

O Direito Transnacional “tenderia a apresentar as mesmas características axiológicas do Estado Transnacional”<sup>75</sup>. “O Direito Transnacional, assim como o Estado Transnacional, estaria também ‘desterritorializado’, o que é uma das características que molda o cenário transnacional”<sup>76</sup>.

O “Estado Transnacional superaria o Estado Constitucional Moderno – porém não negaria a sua existência – e se libertaria da armadilha territorial e da soberania moderna”<sup>77</sup>. No mesmo sentido, Marcos Leite Garcia anota que o Direito transnacional não implicaria “a total superação do Estado nacional, mas sim sua abertura para a resolução de problemas comuns inerentes a toda a família humana”, já que não se pode mais “pretender a superação de problemas globais e difusos de forma individual”<sup>78</sup>. Ademais, com “a transnacionalização dos direitos fundamentais o compromisso de um país periférico passaria a ser com toda a comunidade transnacional”<sup>79</sup>.

Ademais,

o Estado Transnacional não seria “internacional”, “comunitário” ou “supranacional”; também não seria um Estado mundial. O Estado Constitucional Moderno continuaria

72 CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 67.

73 CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 58.

74 CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 63.

75 CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 63.

76 CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 64.

77 CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 67.

78 GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 195.

79 GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 196.

existindo, mas como um modelo de colaboração e solidariedade transnacionais, compartilhando as funções para as quais tem se mostrado insuficiente. [...] o sistema de coordenadas políticas já não seria resultado da delimitação e do contraponto nacional, mas fluiriam ao longo dos eixos estabelecidos por pauta axiológica comum, naquelas questões que superem a capacidade operativa do Estado Constitucional Moderno.<sup>80</sup>

Em consonância com esse entendimento, pode-se referir, ainda, Wilson Engelmann, para quem o papel do Estado – que não deixa de ser importante – se redimensiona para fazer frente aos desafios do mundo globalizado:

A globalização provoca o surgimento de um novo Direito, com características regulativas próprias e nem sempre identificadas com as perspectivas do Direito estatal. A direção da sociedade, exercida pelo Estado por intermédio do seu Direito, é substituído pela regulação do Direito trazido pela sociedade transnacional. Com isso, o papel do Estado passa a um patamar secundário – de guia – mas, nem por isso, menos importante. Todavia, será um papel diferente.<sup>81</sup>

O mesmo autor destaca que a flexibilidade do texto constitucional constitui característica bastante relevante para enfrentar os desafios atuais. Assim, a Constituição passa a ser compreendida “como um compromisso das possibilidades, e não como um projeto rígido de ordenação”. Aquela ideia original do constitucionalismo moderno centrada na rigidez constitucional está ultrapassada, assim como a própria noção original do Estado Constitucional, na qual tal perspectiva foi pensada. No contexto da crise constitucional que caracteriza o mundo globalizado, a Constituição deve aparecer como um espaço aberto onde poderão se desenvolver possibilidades de proteção dos direitos fundamentais.<sup>82</sup>

Essa ordem jurídica flexível, sem fronteiras previamente delimitadas, propicia o surgimento de diálogos entre os diversos sujeitos da relação transnacional, os quais, segundo Wilson Engelmann, constituem a alternativa para a sobrevivência do Estado.<sup>83</sup>

Nessa linha dos diálogos, especificamente entre ordens jurídicas (locais, estatais, não-estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais), destaca-se o trabalho de Marcelo Neves e o conceito de transconstitucionalismo. O autor parte da constatação de que, em consequência da globalização e da crescente integração da sociedade mundial, muitos problemas relacionados aos direitos fundamentais e ao controle/limitação do poder “tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica

**80** CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). *Direito e Transnacionalidade*. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 67.

**81** ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 237.

**82** ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 254. Noutro momento, o autor também fala sobre a necessidade de “uma Constituição com contornos flexíveis, por isso, Constituição dúctil, no dizer de Zagrebelsky” (p. 265).

**83** ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 262-263.

estatal no âmbito do respectivo território”<sup>84</sup> E é em face dessa situação que introduz o conceito de transconstitucionalismo:

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatalismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais.<sup>85</sup>

Marcelo Neves considera os acoplamentos estruturais e a racionalidade transversal como mecanismos de conversa necessários para evitar a autodestruição das diversas ordens jurídicas que, quando em conflito entre si, defendem sua autonomia.<sup>86</sup> “Os acoplamentos estruturais constituem fundamentalmente mecanismos de *interpenetrações* concentradas e duradouras entre sistemas sociais”<sup>87</sup>. “É isso que permite a construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial”, ou seja, “o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas”<sup>88</sup>.

A partir do entrelaçamento que se verifica entre as diversas ordens jurídicas que se diferenciam funcionalmente e, ainda, territorialmente (estatais, supranacionais, transnacionais), Marcelo Neves questiona como definir as questões do transconstitucionalismo. A resposta perpassa por “desvincular a noção de direito constitucional do constitucionalismo clássico, ou seja, de um conceito de Constituição associada exclusivamente a um determinado Estado”<sup>89</sup>. E isso porque:

Não interessa primariamente ao conceito de transconstitucionalidade saber em que ordem se encontra uma Constituição, nem mesmo defini-la como privilégio do Estado. O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas.

Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco.<sup>90</sup>

Frente a esse contexto de emergência de problemas constitucionais perante ordens jurídicas diversas, Marcelo Neves constata que:

[...] não há mais uma Constituição-Hércules que possa solucioná-los. A fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrenta-los isoladamente a cada caso. Impõe-se, pois, um “diálogo” ou

84 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. XXI.

85 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. XXV.

86 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 34-35.

87 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 37.

88 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 38.

89 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 119-120.

90 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 121.

uma “conversação” transconstitucional. É evidente que o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Mas ele parece que tem sido a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna.<sup>91</sup>

Ademais, quando “questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável”.<sup>92</sup>

É importante perceber que Marcelo Neves não advoga o fim da ordem constitucional estatal, haja vista sua indiscutível utilidade para o tratamento dos problemas intraestatais, mas sustenta a necessidade de “abertura do direito constitucional para além do Estado, tendo em vista a transterritorialização dos problemas jurídico-constitucionais e as diversas ordens para as quais eles são relevantes”. Eis o campo propício ao transconstitucionalismo.<sup>93</sup>

Em se tratando de direitos humanos, o mesmo autor pontua:

[...] embora não se possa afastar o direito constitucional clássico do Estado, vinculado geralmente a um texto constitucional, o constitucionalismo abre-se para esferas além do Estado, não propriamente porque surjam outras constituições (não estatais) mas sim porque os problemas eminentemente constitucionais, especialmente os referentes aos direitos humanos, perpassam simultaneamente ordens jurídicas diversas, que atuam entrelaçadamente na busca de soluções. O transconstitucionalismo afigura-se, dessa maneira, com o direito constitucional do futuro, exigindo um maior grau de interdisciplinaridade.<sup>94</sup>

E, apesar de o transconstitucionalismo não se apresentar isento de problemas e limites, tem o mérito de reconhecer os “limites de observação de uma determinada ordem”<sup>95</sup>.

Marcelo Neves observa, por fim, que:

O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado. Essa situação não deve levar, porém, a novas ilusões, na busca de “níveis invioláveis” definitivos: internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta, supranacionalismo como panaceia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; localismo como expressão de uma eticidade definitivamente inviolável.<sup>96</sup>

91 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 122.

92 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 128-129.

93 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 131.

94 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 269.

95 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 298.

96 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 297.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, cujo relato está consubstanciado neste artigo, buscou investigar o seguinte problema: há possibilidades de tutela dos direitos fundamentais no mundo transnacional? A hipótese adotada foi a de uma resposta positiva e se confirmou ao longo da pesquisa.

Longe de pretender apresentar resposta completa e definitiva para a questão proposta, a análise das crises que caracterizam o Estado contemporâneo demonstrou a atualidade do tema e, bem assim, que conceitos-chave da modernidade não dão conta da complexidade das demandas de uma sociedade mundial ou, como preferem outros autores, transnacional, marcada pela desterritorialização dos problemas e pela pluralidade jurídica dos contextos em que surgem, especialmente os relacionados à efetividade dos direitos fundamentais.

Tais crises – examinadas sob os aspectos conceitual, estrutural, constitucional, funcional e de representação – impõem sejam repensadas as principais categorias da Modernidade, notadamente as de Estado, soberania e Constituição. Verificou-se, assim, que o Estado não desaparece, nem os conceitos clássicos a ele atrelados, mas é indispensável que sejam redimensionados. O Estado, apenas, deixa de ser o local privilegiado para a resolução de conflitos relacionados aos direitos fundamentais.

Nessa linha, as possibilidades perpassam pela noção de soberania compartilhada e de cooperação jurídica econômica e social entre os Estados; pelo desenvolvimento dos conceitos de Estado e de Direito transnacionais, apresentado, o primeiro, não como um Super-Estado, mas como espaços de governança, regulação e intervenção, definidos por uma pauta axiológica comum aos envolvidos; e pelo transconstitucionalismo, que assenta a necessidade de diálogo entre as diversas ordens jurídicas colocadas em conflito na sociedade globalizada (locais, estatais, não-estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais). O que o transconstitucionalismo propõe, é o desenvolvimento de uma racionalidade transversal por meio de acoplamentos estruturais, de modo a propiciar a conversação entre as diversas ordens jurídicas imbricadas em determinado problema relacionado aos direitos fundamentais.

Nenhuma das propostas está isenta de problemas. A questão da soberania compartilhada, por exemplo, parece muito mais apropriada ao ambiente supranacional que ao transnacional. Da mesma forma, a definição de uma pauta axiológica comum – pressuposto do Estado e do Direito transnacionais – exige o equacionamento prévio das disparidades de força existente entre os diversos atores que integram o espaço transnacional, como forma de garantir que demandas fundamentais dos mais fracos tenham condições de ser contempladas. Semelhante problema afeta o transconstitucionalismo. Conquanto se apresente como a alternativa mais rica – haja vista as possibilidades resultantes do intercâmbio e do entrelaçamento de experiências entre racionalidades diversas –, não se pode ignorar que há ordens jurídicas mais fortes que outras, que algumas, inclusive, estão imunes ao próprio direito internacional público, e que no âmbito de

outras, sedimentam-se práticas anticonstitucionais<sup>97</sup>.

De qualquer modo, os problemas apresentados não infirmam a hipótese inicialmente considerada, constituindo, antes, evidência de que, tratando-se de tutela dos direitos fundamentais, não se pode pretender buscar respostas definitivas. A busca deve ser por contextos abertos que pressuponham, primeiramente, a tutela dessa especial categoria de direitos.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2018.
- CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.
- ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Título original: *The Consequences of the Modernity*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-27.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 5.ed.rev.atual. Florianópolis: OAB/SC, 2001.
- ROSA, Alexandre Moraes da. Direito Transnacional, Soberania e o discurso da *Law and Economics*. In: **CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (Org.). Direito e Transnacionalidade**. 1.ed. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 73-96.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed.rev.atual.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SPENGLER, Fabiana Marion. Crise Funcional: morte ou transformação do Estado? In: **MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 125-168.
- STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: **CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana(org.). Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 15-53.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia**. Título original: *Il diritto mite. Logge diritti giustizia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

97 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 280-286.

# A DIFÍCIL MISSÃO DE COMPATIBILIZAR A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE COM OS DEMAIS INTERESSES DOS ESTADOS (NAÇÕES)

Nataniel Martins Manica<sup>1</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução; 2. Meio ambiente como Direito Humano Fundamental; 3. O meio ambiente não respeita fronteiras; 4. A proteção ao meio ambiente, os interesses econômicos e o desenvolvimento sustentável; 5. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar as dificuldades de uma proteção adequada e eficaz ao meio ambiente nos tempos atuais onde o poder econômico e interesses individuais de cada país se sobrepõem aos demais. O esboço inicia-se pelo exame da importância da proteção ao meio ambiente e da necessidade de que esta proteção seja realizada por todos os estados soberanos, uma vez que danos ambientais não respeitam fronteiras. Após, passa-se ao aprofundamento da dificuldade que se encontra na proteção ao meio ambiente em um sistema mundial que se privilegia os interesses individuais de cada nação bem como se curva aos interesses econômicos. Ao final, conclui-se, como a proteção ao meio ambiente pode conviver havendo o diálogo entre as nações bem como se limitando os interesses meramente econômicos.

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tem havido mudanças drásticas no meio em que vivemos. Estas mudanças alteram a nossa própria forma de pensar e conceber a vida. Tecnologia, cultura, comunicação e diminuição das fronteiras estão avançando em progressão geométrica.

Nos dias atuais as comunicações entre pessoas de qualquer parte do mundo se tornaram quase que instantâneas. Da mesma forma, a facilidade de acesso ao transporte de bens e pessoas revolucionou todos os mercados nos diversos nichos de produção.

No entanto, tem-se visto também uma escalada no aumento da produção industrial visando o lucro e o consumo, isto tudo conjugado com um aumento da população mundial.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade do Vale do Itajaí, em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público (2009). Email: nataniel@pge.sc.gov.br

Isto traz consequências ao meio ambiente em que vivemos, e mais, percebeu-se que as alterações no meio ambiente, em regra, não afetam apenas aqueles que a alteraram, mas todo o globo, logo, a proteção ao meio ambiente não pode ser tratada como um problema isolado de cada país, mas sim um problema de âmbito mundial.

O avanço da globalização, com o consequente estreitamento das relações humanas nos colocou em uma encruzilhada, cuja via da preservação ambiental para manutenção de um planeta equilibrado e saudável deve ser obrigatória, sobretudo ante o perigo de uma catástrofe global em função de agressões ao meio natural.

Ocorre que os interesses individuais e econômicos de cada nação ainda formam uma barreira para que haja um consenso mundial para a proteção ao meio ambiente.

Assim, sem a pretensão de esgotar de modo profundo e definitivo esse complexo tema, a intenção da presente análise é lançar elementos para uma meditação, fomentando o surgimento de debate que retrate o atual estágio da proteção ambiental, no âmbito desta sociedade que se denomina pós-moderna.

O problema central a ser enfrentado permeia a seguinte indagação: pode haver um diálogo e um ponto de convergência entre os interesses individuais e econômicos das nações e a proteção ao meio ambiente?

Para embasar as visões apresentadas e subsidiar o próprio ponto de vista deste artigo, foram utilizados livros, artigos científicos e dados coletados na rede mundial de computadores, sendo objetivo da pesquisa responder à questão acima.

O estudo justifica-se pela importância de se conceber a diminuição das fronteiras e a expansão das relações de produção e consumo, ensejando reflexões sobre o futuro da nossa própria existência como habitantes do planeta.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o indutivo, através das técnicas do Referente, da Categoria e da Pesquisa Bibliográfica, tendo como consequência, a elaboração de um artigo claro e conciso.

## **2. MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL**

Inicialmente cabe deixar claro que o conceito de meio ambiente suplanta o do simples meio ambiente natural, uma vez que o ser humano, considerado como indivíduo ou coletividade, é agente transformador e elemento integrante do mundo natural; assim, não pode o meio ambiente ser considerado como algo extrínseco e exterior à sociedade humana, indo além dos seus componentes físicos bióticos e abióticos e não se restringindo ao conjunto de recursos naturais e ecossistemas <sup>2</sup>.

O conceito de meio ambiente também supera a denominação de que é um bem público, tendo em vista que não é só do Estado, mas também da coletividade, o dever

---

2 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. p. 114.

de defendê-lo e preservá-lo, bem como de pensar nas gerações futuras.

Ao tratar da definição de meio ambiente, Hugo Nigro Mazzilli destaca que:

O conceito legal e doutrinário é tão amplo que nos autoriza a considerar de forma praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, como base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis ns. 6.938/81 e 7.347/85. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio que as abriga ou lhes permite a subsistência.<sup>3</sup>

Segundo Paulo Affonso Leme Machado (2002, p. 46): “Os bens que integram o meio ambiente planetário, como a água, o ar e o solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra”.<sup>4</sup>

No tocante ao conceito de direitos fundamentais, como assevera Flávia Piovesan, citando Louis Henkin:

Os direitos considerados fundamentais incluem não apenas limitações que inibem a interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem obrigações governamentais de cunho positivo em prol da promoção do bem-estar econômico e social, pressupondo um Governo que seja ativo, interventor, planejador e comprometido com os programas econômico-sociais da sociedade que, por sua vez, os transforma em direitos econômicos e sociais para os indivíduos.<sup>5</sup>

Neste sentido ainda se traz a lição de Dirley da Cunha Júnior:

Os direitos humanos fundamentais não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes que obrigam e vinculam os Estados no plano interno e externo.<sup>6</sup>

Por sua vez o direito ao meio ambiente e o seu reconhecimento como um direito fundamental do ser humano surgiu ao mundo com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada pela ONU em 1972, na cidade de Estocolmo, a qual deu origem ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Como resultado das discussões dessa conferência, foi elaborada a “Declaração de Estocolmo”, conjunto de 26 proposições denominadas Princípios.

No Princípio 1 e 2 dessa Declaração proclama-se:

3 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 142-143.

4 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.46.

5 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 223.

6 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 144

1 – O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

2 – Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.<sup>7</sup>

A Declaração de Estocolmo foi a consagração do meio ambiente como um direito fundamental do ser humano, essencial para dignidade da vida humana e que deve ser preservado não só para os atuais, como para os futuros habitantes do planeta.

A partir da Declaração de Estocolmo Sobre o Ambiente Humano (1972), anunciou-se no plano internacional o direito fundamental de todos os homens ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar.

No âmbito do Brasileiro a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 previu expressamente, no art. 225, que as pessoas têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”<sup>8</sup>

A norma constitucional, portanto, assegurou expressamente um dever fundamental de defesa e proteção do meio ambiente, com missão de assegurar não só às presentes gerações, mas também às futuras, um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O direito fundamental correlato, previsto na mesma regra matriz, propugna um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. Não um meio ambiente qualquer, mas com qualidade, em função de uma qualidade de vida.

Segundo José Afonso da Silva, há dois objetos de tutela ambiental, um imediato, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, sintetizada pela expressão “qualidade de vida”<sup>9</sup>

Considerando que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de todos, a sua natureza jurídica se encaixa no plano dos direitos difusos, já que se trata de um direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato.

Ademais, a proteção ambiental está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que desses últimos (como, por exemplo, saúde, moradia, alimentação, educação, etc), em patamares desejáveis constitucionalmente, está necessariamente

7 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano (1972)**. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em 10 fev 2018.

8 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 02 de fev. 2018.

9 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81.

vinculado a condições ambientais favoráveis à terra.<sup>10</sup>

### 3. O MEIO AMBIENTE NÃO RESPEITA FRONTEIRAS

O termo “*fronteira natural*”, de forma simplificada, significa aquele espaço ou limite político, administrativo e legal que separa dois povos, duas nações, dois países.

Trata-se, portanto de uma “linha imaginária” que divide duas nações soberanas.

Ocorre que o meio ambiente não respeita fronteiras geográficas, muito menos as fronteiras políticas, logo, alterações ambientais podem ser suficientes para causar impactos ambientais em dois ou mais estados (nações).

É preciso ter em mente que a proteção ao meio ambiente não pode ser pensada de forma individual por cada Estado (nação), pois como já mencionado, as alterações provocadas ao meio ambiente podem ser sentidas por vários países distintos.

Como exemplo pode-se citar a contaminação de um rio, a qual não afeta apenas um local específico, mas toda a extensão do leito daquele rio, que por vezes pode banhar vários países. Outros exemplos são o corte desenfreado de florestas e a poluição causada pela produção industrial que não atingem apenas aquele ecossistema diretamente afetado, mas pode prejudicar todo o planeta, pois são apontados por especialistas ambientais como uns dos principais fatores do aquecimento global.

Assim leciona Fensterseifer:

Para além das fronteiras nacionais! Uma das características mais marcantes da degradação e poluição ambiental diz respeito à sua globalidade, ou seja, não há fronteiras nacionais capazes de conter a degradação ambiental no âmbito territorial do Estado nacional. Na grande maioria das questões ambientais, que tem como paradigma o aquecimento global, a ação poluidora impetrada na dimensão espacial de determinado Estado nacional projeta as suas consequências para além das fronteiras nacionais, causando dano ambiental para outras sociedades e Estado nacionais.<sup>11</sup>

As alterações no meio ambiente, em regra, não afetam apenas aqueles que a alteraram, mas todo o globo, logo, a proteção ao meio ambiente não pode ser tratada como um problema isolado de cada país, mas sim um problema de âmbito mundial.

Assim, como o meio ambiente físico não respeita as fronteiras impostas pelos Estados, há emergência não apenas de um Direito Internacional Ambiental, mas também de um diálogo e uma interação entre os países para que haja uma proteção global ao meio ambiente.

A concretização da proteção ambiental e a efetividade das regras que tratam

<sup>10</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008. p. 74.

<sup>11</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008. p. 137.

sobre a matéria somente serão alcançadas na medida em que diversos fatores, conjugados, sejam levados em consideração: como a relação do meio ambiente com a economia, a educação ambiental e a relação da proteção ambiental nos níveis nacional e internacional. Isto porque, o meio ambiente é algo que permeia as atividades humanas regulares, como o consumo, alimentação e meios de transporte, além de desconhecer as fronteiras nacionais, sendo necessários esforços conjugados para alcançar um objetivo comum, por meio de políticas públicas eficazes.

A proteção ao meio ambiente vive reflexos da globalização. Neste sentido Espindola traz:

Ora, se de fato a humanidade vive em uma sociedade mundializada, globalizada, em que as fronteiras perdem nitidez; se de fato a humanidade está frente ao enfraquecimento da Soberania estatal ou ao redimensionamento do Estado; então se torna sustentável a tese de que a humanidade caminha rumo a uma identidade mundial, em que todos são ao mesmo tempo daqui e de toda parte e de lugar algum. De certo modo, a globalização prega um processo de uniformização do mundo.<sup>12</sup>

Ocorre que para que haja uma proteção efetiva ao meio ambiente é necessário que os países deixem de lado seus interesses individuais e passem a agir de uma forma interligada e homogênea.

Neste ponto é que nasce o problema.

Os interesses individuais de cada país não são os mesmos. Grande parte das causas que afetam o meio ambiente está relacionada com o mercado, como o desenvolvimento e utilização dos meios de produção, transportes, bens de consumo e etc. No entanto, cada Estado soberano, em regra, possui e defende interesses diversos.

Ademais, a aplicação de uma norma única e que atenda os interesses de todas as nações esbarra ainda na “soberania” de cada país.

Mesmo que sendo polêmico o conceito de soberania “relativo, histórico e cada vez mais posto em questão em razão das condições políticas ocidentais atuais”<sup>13</sup>, e mesmo podendo ser considerada como valor ultrapassado no mundo atual<sup>14</sup>, fato é que a Soberania resiste a uma “morte prematura anunciada”<sup>15</sup>.

Nessa linha, Pinto Ferreira afirma que:

Não se pode compreender o Estado sem a noção de Soberania. Uma Soberania absoluta evidentemente não existe, pois vários Estados soberanos se interdependem e se autolimitam. Evidentemente, em contrapartida, não se pode pretender a liquidação e a dissolução do dogma da Soberania [...]<sup>16</sup>

12 ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. MORAIS, José Luis Bolzan de (org). In: **O Estado e Suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 31.

13 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Constituição, Soberania e Mercosul. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 21, 1998, p. 28.

14 FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.52.

15 MIRANDA, Napoleão. Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional. In: **Revista CEJ**. Brasília: n. 27, out./dez. 2004, p.87.

16 PINTO FERREIRA. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, Vol. 69, 1977, Verbete, p. 386.

Ao contrário do que muitos defendem o Estado continua forte, sendo que, nem as empresas transnacionais e muito menos as instituições supranacionais, dispõem de força normativa para impor, sozinhas, dentro de cada território, sua vontade política ou econômica<sup>17</sup>.

Assim, além da difícil (utópica) missão de fazer com que as nações deixem de lado parcela de sua soberania para juntos trabalharem em uma solução conjunta que solucione ou apaziguem as mazelas que afligem ao meio ambiente, confrontamos ainda com os diversos interesses econômicos envolvidos e que se contrapõem a defesa do meio ambiente.

#### **4. A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE, OS INTERESSES ECONÔMICOS E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Para a aplicação efetiva da proteção ambiental, se faz necessário a integração do conceito de desenvolvimento econômico à utilização sustentável dos recursos naturais, de forma que as duas matérias sejam vistas como complementares e não como antagônicas. Essa relação entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental também aduz a ideia de abrandamento de fronteiras e da intervenção do Direito Internacional.

Com a era da globalização, as relações econômicas são hoje mundiais, sendo dominadas por grandes empresas multinacionais, que permeiam espaços de mais de um Estado. Nas sociedades atuais, a evolução das relações sociais globalizadas favorece o entendimento dualístico dos conceitos de local e global, enfatizando a relação dialética entre essas duas esferas. As relações sociais locais são definidas por eventos e atores que operam no âmbito global, mas essas ações globais não teriam importância sem sua concretização na esfera local.

Dentro desta perspectiva, o meio ambiente contribui para a globalização do Direito Internacional ao permitir que assuntos de regulamentação interna do Estado (como meios de transporte e fiscalização industrial) passem a fazer parte da agenda externa dos Estados. Essa interferência do Direito Internacional no Direito interno nem sempre é bem vista pelos Estados, já que assuntos sensíveis como energia, por exemplo, tendem a ser tratados de forma mais protecionista pelos governos locais. Neste contexto, afirma Guido Soares que:

Da mesma forma que o tema proteção internacional dos Direitos Humanos, para sua eficácia, tende a ser intrusivo, tudo indicaria que a proteção internacional do meio ambiente também possa ter essa característica; o tema, em ambos os campos, é polêmico, sobretudo quando reivindicações de proteção do meio ambiente podem servir de coberta a políticas intervencionistas de natureza comercial internacional, a pretexto de salvar o meio ambiente.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 46.

<sup>18</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2003.

O desenvolvimento econômico deve estar obrigatoriamente interligado ao meio ambiente, devendo, ambos, receberem tratamento em conjunto, evitando-se políticas desvinculadas, já que fazem parte de um sistema intrincado de causa e efeito. Deteriorando-se o meio ambiente não tem como se manter o desenvolvimento, como também ao se ignorar as consequências da destruição ambiental, pelo crescimento econômico irracional, dificulta-se a implementação da proteção ambiental.

Ocorre que o desenvolvimento econômico coloca em choque o ambiente e a economia, podendo assim dizer que o ambiente e a economia têm vivido em tensão e até mesmo em antagonismo.

A economia vem afetando cada vez mais o ecossistema a nossa volta, e isso causa o sacrifício dos recursos naturais, espécies vegetais e animais que antes existiam em abundância, hoje estão ameaçadas de extinção, devido a poluição, invasão de habitats para o crescimento econômico, captura, venda ilegal, exploração exagerada, entre outros, os quais valem mais que um simples prédio construído pelo homem, causando assim mais males do que bens.

No entanto, quando há a contraposição entre a função econômica e a ecológica e cabe ao Estado a escolha entre elas, infelizmente a escolha pelo econômico tem prevalecido, geralmente escondendo o interesse de grandes grupos ou empresas, sob a bandeira do desenvolvimento.

Sobre o poder econômico e a influência que o consumismo tem sobre a sociedade atual descreve Santos:

Neste mundo globalizado, a competitividade, o consumo, a confusão dos espíritos constitui baluartes do presente estado de coisas. A competitividade comanda nossas formas de ação. O consumo comanda nossas formas de inação. E a confusão dos espíritos impede o nosso entendimento do mundo, do país, do lugar, da sociedade e de cada um de nós mesmos.<sup>19</sup>

Observa-se ainda que quando falamos em nações em diferentes estágios de desenvolvimento percebemos que há interesses distintos envolvidos. Assim, países em desenvolvimento tendem a se preocupar mais com o lado econômico do que com a proteção ambiental, já os países desenvolvidos, preocupam-se mais com a proteção ao meio ambiente.

A própria Conferência Internacional de Estocolmo, em 1972, foi marcada pela oposição de países em desenvolvimento, incluindo inclusive o Brasil, em acatarem às diretrizes internacionais de controle à poluição. A justificativa dada foi que a pior poluição era a pobreza, sendo necessário o desenvolvimento econômico.

Por sua vez, como bem mencionado por Marquesi, não se pode admitir, contudo, sob o pretexto de implicações ambientais, a política praticada pelas nações industrializadas tendente a restringir a ação governamental no desenvolvimento econômico.

---

19 SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 46.

Essa política não tem outro objetivo que não o de proteger os interesses das grandes empresas estrangeiras, ávidas de manter a hegemonia econômica, como se elas próprias não tivessem devastado seu território, à maneira dos norte-americanos, sob cujo poder dezenas de nações indígenas foram dizimadas.<sup>20</sup>

O que se busca, então, nos dias de hoje, é o desenvolvimento sustentável, aquele viável economicamente, justo socialmente e correto ambientalmente, levando em consideração não só as nossas necessidades atuais, mas também as das gerações futuras, tanto nas comunidades em que vivemos quanto no planeta como um todo.

Nesse sentido, Leonardo Boff vaticina sobre a idealização equivocada na utilização dos recursos ambientais como se fossem infinitos, o que leva a uma situação insustentável da vida no planeta. E, em continuidade, assevera sobre a necessidade de mudanças de hábitos de consumo, informados pela Educação, e da necessidade urgente de se desenvolver a dimensão ética em cada indivíduo no cuidado com o planeta<sup>21</sup>.

A partir do reconhecimento de que se o mundo capitalista está ancorado nas necessidades ilimitadas e que, em contrapartida, não há mais tempo para deixar de admitir que os recursos naturais são esgotáveis, ganhou destaque a preocupação com a positivação do Direito ambiental, nas esferas material e processual e sua elevação à condição de princípio fundamental, inclusive da ordem econômica nacional, visto que, se a existência humana estiver em risco, nada mais faz sentido.

O desenvolvimento econômico é também um direito fundamental, mas precisa fazer-se de forma sustentável, porque os valores fundamentais devem coexistir de forma equitativa. No momento em que um valor fundamental é preterido, descriteriosamente, o desequilíbrio começa a ser gerado e passa a corroer as vigas do próprio sistema:

O desenvolvimento econômico concebido, tão simplesmente, pela viabilização do acúmulo do capital, do avanço tecnológico a qualquer custo e mediante a ilusória pretensão de que tais recursos tecnológicos impediriam que a humanidade, um dia, viesse a padecer em razão de um colapso dos recursos que a natureza é capaz de ofertar, devem ceder espaço ao ideal do desenvolvimento sustentável.

No entanto ainda vislumbramos uma luta constante entre o poder econômico, voltada para uma sociedade de consumo e havida por conquistas no campo econômicas e que na sua grande maioria deixa a proteção ao meio ambiente em um segundo plano, como se fossem situações antagônicas, sem perceber que, na verdade, há sim como haver crescimento econômico de forma sustentável.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que cada vez mais o mundo acorda para a necessidade de uma proteção efetiva ao meio ambiente. Ocorre que infelizmente ainda estamos longe de

20 MARQUISI, Roberto Wagner. *Direitos Reais Agrários & Função Social*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 104.

21 BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra*. 14. ed. Petrópolis, Vozes, 2008, p.133-134.

um consenso entre os países de qual a melhor forma de se concretizar esta proteção de forma efetiva.

O entendimento da proteção ambiental, sob o prisma de um dever fundamental, gera uma nova abordagem acerca da tutela dos direitos fundamentais, mitigando o enfoque exclusivo de oposição desses direitos em face dos entes estatais.

No entanto, mesmo havendo interesses individuais de cada nação, a proteção ao meio ambiente pode existir, desde que haja um diálogo entre os países, bem como não pode haver apenas a intenção de se atender aos interesses meramente econômicos.

A nova ordem mundial relaciona-se especificamente com o trabalho em redes de cooperação e administração de conflitos entre diversos agentes estatais, tendo em vista a emergência de problemas que vão além das fronteiras dos respectivos Estados<sup>22</sup>.

Deve-se ter em mente que o meio ambiente não respeita fronteiras, as alterações ambientais podem ser suficientes para causar impactos ambientais em dois ou mais estados (nações), por este motivo a proteção ao meio ambiente deve ser realizada por todos, de forma conjunta.

Este diálogo entre as nações é essencial. No entanto é importante que não haja a imposição de países ricos e desenvolvidos sobre os demais, pois a responsabilidade é de todos e a proteção ao meio ambiente não pode ser pensada de forma individual por cada ente envolvido.

Não se defende que se deixem de lado os interesses econômicos e o desenvolvimento das nações, no entanto estes devem caminhar em conjunto com a proteção ao meio ambiente, e isso é sim possível.

Mesmo que haja algum sacrifício inicial deve-se pensar a longo prazo, para gerações futuras, pois o desenvolvimento econômico de hoje, sem a preocupação com um meio ambiente saudável e de qualidade pode ser a derrocada futura dos países.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 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 02 fev 2018.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. 14 ed. Petrópolis, Vozes, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno** (Trad.). Carlo Coccioli e Márcia Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

22 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: wmfMartins Fontes, 2016, p. 33.

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUISI, Roberto Wagner. **Direitos Reais Agrários & Função Social**. Curitiba: Juruá, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. ref. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- MIRANDA, Napoleão. Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional. **In: Revista CEJ**. Brasília: n. 27, pp. 86-94, out./dez. 2004.
- MORAIS, José Luis Bolzan de (org). **O Estado e Suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: wmfMartins Fontes, 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano (1972)**. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 10 fev 2018.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- PINTO FERREIRA. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: [s.n], 1977, Vol. 69.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Constituição, Soberania e Mercosul. **In: Revista de Informação Legislativa**, Brasília/Senado Federal, n. 139, p. 283-309, 1998.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2003.



# DIGNIDADE DO HOMEM: FUNDAMENTO DA LIBERDADE, DA ÉTICA HUMANISTA E DO JUÍZO MORAL

Reinaldo Pereira e Silva<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A dignidade do homem; 3. Ética e moral; 3.1. A ética sob o enfoque sincrônico; 3.2. A ética sob o enfoque diacrônico; 4. Ética autoritária e ética humanista; 4.1. Ética humanista: a perspectiva do formalismo e a perspectiva material; 5. A lei de Hume; 6. A sinderese; 7. O juízo moral: reafirmando uma advertência; 7.1. Os elementos integrantes da ação humana; 7.2. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** Trata-se de artigo que se propõe a analisar o atributo da dignidade como qualidade intrínseca a todos os homens e indisponível, o que exige, no plano da ética, que a cada homem, pelo simples fato de fazer parte da humanidade, seja reconhecido o status de pessoa e, em decorrência, seja destinado sempre o tratamento de fim em si mesmo, jamais de meio apenas.

## 1. INTRODUÇÃO

No pensamento do século XVIII, pessoa humana, entendida como ser em relação, e indivíduo humano, entendido como existência abstratamente singularizada, eram considerados noções antípodas<sup>2</sup>. Hoje, poucos discordam de que entre indivíduo e pessoa não cabe a distinção per oppositionem, pois ambas as noções se acham reunidas no mesmo homem, como duas indissociáveis e concretas qualificações<sup>3</sup>. A inerência entre a individualidade do ser humano e a qualidade de pessoa humana se constata não apenas no fato de o indivíduo humano, porque inserido no âmbito da humanidade, expressar sua intrínseca dignidade por meio da realidade ontológica de pessoa, mas também no fato de a pessoa humana, enquanto ser em relação, pressupor a realidade existencial das singularidades. Para Erich Fromm, “o homem é ‘ele’ e é ‘todos’; é um indivíduo com suas peculiaridades e, nesse sentido, único e, ao mesmo tempo, é representante de todas as características da espécie humana”<sup>4</sup>. Cada indivíduo

1 Doutor em Direito. Professor da Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Estado.

2 “Considerar o homem só e em si é enfrentar apenas parte da realidade. Este foi o grande erro do século XVIII que não via senão o homem abstrato” (DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1921. p.22).

3 Cf. COTTA, Sérgio. *Persona*. In: MORTARI, Costantino; SANTORO-PASSARELLI, Francesco (org.). *Enciclopedia del diritto*. v. XXXIII. Milano: Giuffrè, 1983. p.162-3

4 FROMM, Erich. *Ética y psicoanálisis*. Tradução de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.51

humano é expressão simultânea de si mesmo e da humanidade, trazendo consigo um chamado que aparentemente o lança para além de suas fronteiras: o abrir-se para os outros homens<sup>5</sup>. Em verdade, segundo José Ortega y Gasset, “antes de cada homem dar-se conta de si mesmo, teve a experiência básica de que há os que não são o ‘eu’, os ‘outros’; ou seja, o homem, a nativitate, queira ou não, goste ou não, é altruísta”<sup>6</sup>. As individualidades, portanto, significativamente se plenificam no plano da humanidade, isto é, na concepção do homem como pessoa humana, como ser em relação; e as relações humanas não se realizam senão pressupondo, como condição de possibilidade, as individualidades e suas singularidades.

## 2. A DIGNIDADE DO HOMEM

O homem é a única criatura cuja realidade não consiste em ser, mas em eleger seu próprio ser<sup>7</sup>. Isto porque o homem é uma criatura “não acabada, não conclusa, ‘imperfeita’ no sentido etimológico da palavra, com uma indefinição que é a imagem finita da infinitude”<sup>8</sup>. Na famosa *De hominis dignitate*, Giovanni Pico della Mirandola ensina que “não é a casca que faz a planta, mas sua natureza insensível; não é o couro que faz a jumenta, mas a alma sensual; não é a forma circular que faz o céu, mas a reta razão; nem é a separação do corpo que faz o anjo, mas a inteligência espiritual”. E conclui advertindo que ao homem Deus conferiu sementes de toda a espécie e germes de toda a vida, “e segundo a maneira de cada um os cultivar assim estes nele crescerão e darão seus frutos”<sup>9</sup>. Desse modo, não se limita o *Conte di Concordia e della Mirandola* a afirmar que o homem é livre para determinar seu próprio ser, mas que, predestinado a fazê-lo por meio da razão, somente assim se torna o que deve ser, e nisto, segundo o autor, consistiria sua dignidade. A bem da verdade, em que pese a importância que tem a liberdade para a realização competente do juízo moral, o homem não é uma criatura digna porque é livre para se tornar o que deve ser, mas é livre para eleger seu próprio ser em razão de sua intrínseca dignidade, que é o que lhe confere a condição de integrante da humanidade, humanidade que o homem não deve usar, no exercício

5 Cf. MARÍAS, Julián. **A perspectiva cristã**. Tradução de Diva Ribeiro de Toledo Piza. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.94-95; MOUNIER, Emmanuel. **Le personalisme**. France: Presses Universitaires, 1950. p.128

6 GASSET, José Ortega y. **El hombre y la gente**. t. I. Madrid: Revista de Occidente, 1972. p.147

7 GASSET, José Ortega y. **El hombre y la gente**. t. I. Madrid: Revista de Occidente, 1972. p.43 e 68. Cf., ainda, BOFF, Leonardo. **Teologia do cativo e da libertação**. Petrópolis: Vozes, 1985. p.83-85

8 Cf. MARÍAS, Julián. **A perspectiva cristã**. Tradução de Diva Ribeiro de Toledo Piza. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.32 e 93-94. “O caráter inconcluso do homem não se limita à condição sucessiva e biográfica do indivíduo, mas afeta as diversas formas de humanidade. Toda detenção, todo imobilismo, é uma infidelidade à condição humana” (MARÍAS, Julián. **A perspectiva cristã**. Tradução de Diva Ribeiro de Toledo Piza. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.49).

9 “O suma liberalidade de Deus Pai, ó suma e admirável felicidade do homem! Ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer. As bestas, no momento em que nascem, trazem consigo do ventre materno tudo aquilo que depois terão. Os espíritos superiores ou desde o princípio, ou pouco depois, foram o que serão eternamente. Ao homem nascente o Pai conferiu sementes de toda a espécie e germes de toda a vida, e segundo a maneira de cada um os cultivar assim estes nele crescerão e darão seus frutos. Se vegetais, tornar-se-á planta. Se sensíveis, será besta. Se racionais, elevar-se-á a animal celeste. Se intelectuais, será anjo e filho de Deus, e se, não contente com a sorte de nenhuma criatura, se recolher no centro da sua unidade, tornado espírito uno com Deus, na solitária caligem do Pai, aquele que foi posto sobre todas as coisas estará sobre todas as coisas” (MIRANDOLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998. p.52-55).

de sua liberdade, senão como um fim em si. Segundo Emmanuel Kant, “a humanidade, na pessoa de cada homem, deve ser sagrada porque o homem é o sujeito da ética e também do que é em si santo”<sup>10</sup>. A dignidade, como atributo próprio de todo integrante da humanidade, é condição para o exercício da liberdade, mas a liberdade como efetividade não é condição para o reconhecimento da dignidade do homem. Com efeito, ainda que não pudesse exercer sua liberdade, como de fato ocorre, por exemplo, nas primeiras fases da vida ou como consequência de algumas enfermidades, o homem não perderia por isto sua condição de pessoa porque o atributo da dignidade lhe é inerente e independente de eventuais vulnerabilidades.

### 3. ÉTICA E MORAL

Ensina Henrique Cláudio de Lima Vaz que o termo ética “é uma transliteração dos dois vocábulos gregos *ethos* (com eta inicial) e *ethos* (com épsilon inicial). A etimologia do vocábulo *ethos* (com eta inicial) designa a morada humana<sup>11</sup>. A metáfora da morada indica justamente que, a partir do *ethos*, o domínio da *physis* (o reino da necessidade) torna-se habitável para o homem. Na célebre sentença de Heráclito de Êfeso, “o *ethos* é o gênio protetor do homem” (*ethos anthrôpo daimôn*)<sup>12</sup>. Já a etimologia do vocábulo *ethos* (com épsilon inicial) diz respeito “ao comportamento que resulta de um constante repetir-se dos mesmos atos”<sup>13</sup>. Aqui *ethos* se assemelha ao vocábulo moral, porquanto, denotando uma constância no agir, manifesta-se socialmente como costume. A moral – em latim *mores* – também designa os costumes, ou melhor, os costumes específicos de cada povo<sup>14</sup>. Logo, “há muitas morais, tantas quantos os estilos de morada”<sup>15</sup>. Segundo Leonardo Boff, a ética somente existe no singular, porque nunca está pronta e acabada, enquanto a moral está sempre no plural, porque corresponde às manifestações históricas da ética<sup>16</sup>. Na verdade, a ética, porque também remete à reflexão filosófica sobre os fundamentos da moral, importa em uma pluralidade de teorias éticas mais ou menos contraditórias entre si<sup>17</sup>.

10 KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.121. Cf., também, KLEIN, Zívia. *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1968. p.33-34. Em sendo um atributo a priori, é a dignidade que torna o homem condição de toda vida moral e de toda vida jurídica. Como qualidade humana intrínseca e indisponível, a dignidade é atributo de todos os homens e exige que a cada homem, pelo simples fato de ser homem, seja reconhecido o status de pessoa e, em decorrência, seja destinado sempre o tratamento de fim em si mesmo, jamais de meio apenas. Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões sobre a pré-compreensão constitucional: a dignidade do homem como condição de possibilidade de sentido*. Revista Sequência, Florianópolis, n.50, jul. 2005, p.206-209

11 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de filosofia II*. São Paulo: Loyola, 1988. p.12. No mesmo sentido, TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução do grupo de doutorandos em filosofia da Universidade do R.S. Petrópolis: Vozes, 1996. p.35-36; D'AGOSTINO, Francesco. *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. p.50. “Se alguém me ama, observará a minha palavra e meu Pai o amará; nós viremos a ele e faremos nele a nossa morada” (Jo 14, 23).

12 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de filosofia II*. São Paulo: Loyola, 1988. p.13

13 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de filosofia II*. São Paulo: Loyola, 1988. p.14

14 Cf. MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB/SC, 2000. p.65

15 Cf. BOFF, Leonardo. *A água e a galinha: Uma metáfora da condição humana*. Petrópolis: Vozes, 1997. p.90-96; DUSSEL, Enrique. *Ética comunitária*. Tradução de Jaime Clasen. Petrópolis: Vozes, 1994. p.117

16 BOFF, Leonardo. *Ethos mundial*. Brasília: Letraviva, 2000. p.34

17 Cf. DURAND, Guy. Coordonnées de base de l'éthique. In: *Laval théologique et philosophique, Laval*, v. 50, n. 3, oct. 1994, p.468; LAGARRIGUE, Jacques; LEBE, Guy. Éthique ou morale? Recherche et Formation, Lyon, v. 24, n. 1, 1997, p.121-130

### 3.1. A ÉTICA SOB O ENFOQUE SINCRÔNICO

A ética em relação à moral pode ser compreendida sob dois diferentes enfoques: o sincrônico e o diacrônico<sup>18</sup>. Para Giorgio Del Vecchio, na relação sincrônica entre ética e moral, a ética é apreendida como “uma idéia segundo a qual a atividade humana deve ser regulada”, desdobrando-se em duas “ordens de valoração do operar”: uma restrita aos atos humanos considerados relativamente a seu sujeito ativo (ordem subjetiva) e outra circunscrita aos atos humanos confrontados com as ações dos outros sujeitos (ordem objetiva). No primeiro caso, tem-se a ordem moral, no segundo, a ordem jurídica<sup>19</sup>. Como se percebe, sob o enfoque sincrônico, a ética e a moral formam um mesmo sistema; a ética é então percebida no seu momento estático.

Enrique Dussel, na primeira parte de sua ética da libertação, aborda sob o enfoque sincrônico a relação entre ética e moral, asseverando que, se o aspecto de conteúdo, que fica delimitado pelo critério da verdade prática (universalidade intensiva), funda o princípio material da ética, o aspecto formal da moral, em relação ao critério de validade, estabelece o princípio procedimental de universalidade (extensivo ou intersubjetivo). Dessa maneira, se no âmbito do critério material há o conhecimento da verdade dos argumentos (conteúdo da ética); no âmbito do critério formal há o conhecimento de sua validade (procedimento moral). Com efeito, o conteúdo da ética, que fundamenta a verdade prática, está relacionado à produção, à reprodução e ao desenvolvimento da vida de cada homem. Em alemão, “*material* (com ‘a’) significa ‘material’, como conteúdo, oposto a ‘formal’; enquanto *materiell* (com ‘e’) significa ‘material’, de matéria física, oposto a mental ou espiritual”. O critério material, isto é, a delimitação do conteúdo da ética, abrange a produção da vida humana nos níveis vegetativo ou físico – material (com “e”) -, contendo (material com “a”) as funções superiores da mente, assim como a sua reprodução nas instituições e nos valores culturais e o seu desenvolvimento no quadro das instituições ou culturas reprodutivo-históricas da humanidade<sup>20</sup>. Por outro lado, o procedimento moral, que se transforma no substrato de sua própria validade intersubjetiva, restringe-se ao reconhecimento do outro e de si mesmo como sujeitos morais iguais numa “comunidade de comunicação”<sup>21</sup>.

18 Para aprofundar os enfoques sincrônico e diacrônico, SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini et alli. São Paulo: Cultrix, 1999. p.107-117 e 163; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p.110; GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto: fondamenti teorici**. Milano: Giuffrè, 2010. p.433-436

19 DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960. p.215 e 220-1; DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p.355-6. Doutrina Mário Bigotte Chorão que “a moral considera a conduta ‘de dentro para fora’ ou a partir da origem, tratando os atos humanos do ponto de vista interno do sujeito e em função da perfeição deste. Ao invés, o direito rege e julga os atos humanos ‘de fora para dentro’ ou em referência ao ponto de chegada, isto é, no seu aspecto externo, enquanto têm incidência na realização objetiva do justo. A sua perspectiva é a exterioridade. Compreende-se, assim, que o dever jurídico possa ser cumprido qualquer que seja o ânimo do agente e que só constituam objeto do direito deveres compatíveis com essa possibilidade. Daí o falar-se da eventual ‘amoralidade subjetiva’ do direito” (CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1991. p.52).

20 DUSSEL, Enrique. Ética da libertação. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2000. p.635-636.

21 DUSSEL, Enrique. Ética da libertação. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2000. p.169-215.

### 3.2. A ÉTICA SOB O ENFOQUE DIACRÔNICO

Sob o enfoque diacrônico a ética pode assumir diferentes mas não contraditórias tarefas face à moral, dentre elas, o “abrir-se ao impulso vital”, na perspectiva de Henri Bergson, a crítica da moral vigente, na visão de Enrique Dussel, especificamente na segunda parte de sua ética da libertação, e a indicação da ordem moral ideal, segundo Max Scheler, Erich Fromm e, em certo sentido, Giorgio Del Vecchio<sup>22</sup>. Nas variantes dessa abordagem, a moral não forma um sistema com a ética, sendo esta então percebida em constante movimento.

O “abrir-se ao impulso vital”, verdadeira função diacrônica da ética, corresponde ao reconhecimento da eficiência de uma das “leis da energia da história”, de que fala Jacques Maritain, lembrando que, “enquanto a pátina do tempo e a passividade da matéria degradam naturalmente a energia da história (lei da degradação), as forças criadoras peculiares ao espírito e à liberdade fazem elevar-se de mais a mais a qualidade desta energia (lei da superelevação)”<sup>23</sup>. Henri Bergson é um dos mais expressivos teóricos do impulso vital, conformado naquilo que ele denomina de “moral aberta”, isto é, a ética do amor pela humanidade. Diferentemente da “moral fechada”, que impõe à forma que eventualmente apresenta o *status* de definitividade (“pressão social”), a “moral aberta” é uma exigência de movimento; é mobilidade em princípio (“ímpeto de amor”)<sup>24</sup>. Aquela caracteriza “um conjunto de hábitos que correspondem simetricamente, no homem, a certos instintos do animal; é menos que inteligência. Esta, porque se nutre no ‘princípio gerador da espécie humana’, é intuição e emoção; é mais que inteligência”<sup>25</sup>. Na verdade, a “moral fechada” é a moral própria de uma sociedade em que os homens se entrosam mutuamente, indiferentes aos demais homens, sempre prontos a atacar ou defender-se; já a “moral aberta” é uma ética da “aspiração” porque traz consigo, ainda que implicitamente, o “sentimento de progresso”, tornando atuante o legado da “fraternidade universal” e dos seus desdobramentos: a igualdade de direitos entre os homens e a inviolabilidade da pessoa humana<sup>26</sup>.

22 “Existe, ao lado do direito relativo e variável, uma moral relativa e variável: a moralidade positiva. Mas, se se aceita que, acima desta moral relativa e variável, condicionada historicamente como o direito positivo, existe um princípio moral absolutamente transcendente, uma moral imutável e absoluta, tem-se, conseqüentemente, de aceitar um direito absoluto e invariável” (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p.365-366).

23 MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. Tradução de Afrânio Coutinho. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967

24 Na moral aberta, “não se trata apenas de uma expansão de conteúdo: é a qualidade da moral que neste caso se altera, são valores radicalmente diferentes que estão na base das atitudes morais. É, portanto, uma nova forma ética, que ultrapassa o plano da justificativa intelectual para a moderação dos interesses individuais” (SILVA, Franklin Leopoldo e. *Bergson: intuição e discurso filosófico*. São Paulo: Loyola, 1994. p.290).

25 “A intuição constitui fenômeno espiritual e, por isso, revela e cria” (UBALDI, Pietro. *A nova civilização do terceiro milênio*. Tradução de FUNDAPU. Brasília: Fundação Pietro Ubaldi, 1982. p.353-355).

26 BERGSON, Henri. *As duas fontes da moral e da religião*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p.30, 43, 45-9, 52-3, 64 e 221. “Há uma moral estática, que existe de fato, em dado momento, em dada sociedade. Ela se fixa nos costumes, nas idéias e nas instituições; seu caráter de obrigatoriedade reduz-se, em última instância, à exigência, pela natureza, da vida em comum (‘pressão’). Há, por outro lado, uma moral dinâmica, que é impulso, e que se liga à vida em geral, criadora da natureza que criou a exigência social (‘aspiração’)” (BERGSON, Henri. *As duas fontes da moral e da religião*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p.223).

Se “o princípio material da ética é a produção, a reprodução e o desenvolvimento da vida de cada homem”<sup>27</sup>, o simples fato de sempre haver vítima (isto é, o homem carente de vida em alguma dimensão), na vigência de determinada moral e nas suas consequências, justifica a necessidade de sua crítica constante<sup>28</sup>. Eis outra importante tarefa diacrônica conferida à ética. A vítima é um vivente humano e tem exigências próprias não cumpridas na reprodução da moral vigente. A existência da vítima é então a refutação material da verdade do sistema moral que a origina. Daí porque, no plano da ética, “o ponto de partida da crítica é a relação que se produz entre a negação da corporalidade, expressa no sofrimento das vítimas, e a tomada de consciência desta negatividade”<sup>29</sup>. Em outras palavras, “o ponto de partida é a vítima, o outro, não porém simplesmente como outra ‘pessoa-igual’ na ‘comunidade de comunicação’, mas ética e inevitavelmente como outro em algum aspecto negado-oprimido (*principium oppressionis*) e afetado-excluído (*principium exclusionis*)”<sup>30</sup>. A primeira condição de possibilidade da crítica é, então, o reconhecimento da igualdade da vítima, mas sob uma dimensão específica: “como ser vivente, em sua vulnerabilidade traumática”<sup>31</sup>. Para Enrique Dussel, “é criticável tudo o que não permite viver” e, em primeiro lugar, a moral que causa a vitimação<sup>32</sup>. Assim, a obrigação ética de transformar a realidade que causa vítima parte da perversidade de sua própria existência (é “mau” que haja vítima)<sup>33</sup>, da responsabilidade de cada homem pela realização da vida do outro e do cumprimento do dever da crítica<sup>34</sup>.

A indicação da ordem moral ideal, tarefa que, sob o enfoque diacrônico, também pertence à ética, pressupõe a adequada compreensão da moral do “senso comum”, isto é, de um sistema de regras de conduta cuja hierarquia das qualidades valorativas varia de acordo com as preferências que animam cada época da história humana<sup>35</sup>. Na “moral do senso comum”, não há nada que se assemelhe a uma verdadeira hierarquia de valores. Ocorre que tal hierarquia existe independentemente da época histórica, como se propõe a demonstrar a ética sob o enfoque diacrônico. Assim, deve-se distinguir o que

27 Cf., além das referências já assinaladas, DUSSEL, Enrique. Arquitectonica de la ética de la liberacion (sobre las éticas materiales y las morales formales). Reflexão. In: **Revista quadrimestral do Instituto de Filosofia**, Campinas, PUC, ano XXII, n. 71, 1998, p.68

28 É possível estabelecer uma distinção entre a moralidade positiva e a moralidade crítica. A moralidade positiva de uma sociedade é aquela compartilhada no interior dessa mesma sociedade, podendo ser considerada uma «moralidade convencional». A moralidade crítica é o avesso do convencionalismo, afastando-se da moralidade positiva na medida em que a questiona profundamente, inclusive colocando em xeque os seus pretensos benefícios à sociedade.

29 DUSSEL, Enrique. Ética da libertação. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2000. p.313

30 DUSSEL, Enrique. Ética da libertação. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2000. p.421

31 Assevera Paulo Freire que “a libertação dos oprimidos é libertação de homens e não de ‘coisas’. Por isto, se não é autolibertação – ninguém se liberta sozinho -, também não é libertação de uns feita por outros” (FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.53).

32 DUSSEL, Enrique. Ética da libertação. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2000. p.373 e 380

33 BOFF, Leonardo. **Teologia do cativo e da libertação**. Petrópolis: Vozes, 1985. pp.39-41

34 DUSSEL, Enrique. Ética da libertação. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2000. p.381-382

35 SCHELER, Max. Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.51-52

tem validade social de “bom” e de “mau” do que são os valores “bem” e “mal”; em outras palavras, os juízos sociais de valor acerca do “bem” e do “mal” não se confundem com a matéria mesma do valor<sup>36</sup>. De acordo com Max Scheler, o valor “bem” – em sentido absoluto<sup>37</sup> – é aquele que se manifesta no ato de realização daquele valor que é o mais alto; pelo contrário, o valor “mal” é o que se manifesta no ato de realização do valor mais baixo. Trata-se de uma “evidência intuitiva de preferências”. Assim, é eticamente bom o ato realizador que coincide, pela matéria de valor intuída<sup>38</sup>, com o valor que foi “preferido” e se opõe ao que foi “postergado”. Eticamente mau é o ato que, de acordo com a mesma intuição, se opõe ao valor que foi “preferido” e coincide com o valor que foi “postergado”<sup>39</sup>. Para se evidenciar o caráter não relativista dessa explicação, cumpre acentuar que os atos de preferir e de postergar não são “bons” ou “maus”; porque se trata de atos de conhecimento, não atos de vontade<sup>40</sup>. Unicamente o ato realizador, pelo qual se elege o valor intuído, é que se pode qualificar de “bom” ou “mau”<sup>41</sup>. Tal perspectiva ética<sup>42</sup> é *a priori* frente a todos os conteúdos da experiência, mesmo porque tais conteúdos é que se regem por valores materiais<sup>43</sup>.

Na esteira da abordagem diacrônica da relação entre ética e moral também se apresenta o magistério de Erich Fromm, para quem “os homens são semelhantes porque compartilham a situação humana e as dicotomias existenciais que lhes são inerentes (por exemplo, a desarmonia com a sua natureza, a consciência da morte, a sede do absoluto etc.); e são únicos pelo modo específico com que resolvem o seu problema humano. A infinita diversidade das personalidades é em si uma das características da

36 SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.79-80

37 “Algo é absoluto, em qualquer de suas acepções e possíveis intensidades, na medida concreta em que, de um modo ou de outro, tem intimidade, isto é, repousa em si mesmo” (GRANADOS, Tomás Melendo. *Sobre el hombre y su dignidad*. Persona y bioética, Sabana, año 2, n. 6, feb./mayo 1999, p.75).

38 Com bastante frequência, ao invés de “intuir”, Max Scheler fala em “perceber sentimentalmente valores”, que é algo diferente do “querer” e também não se confunde com a tendência. A respeito, SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.68, 75, 103, 107 e 133; WOJTYLA, Karol. *Max Scheler e a ética cristã*. Tradução de Diva Toledo Pisa. São Paulo: Editora Universitária Champagnat, 1993. p.22. “A ‘percepção sentimental’ não está unida exteriormente a um objeto de maneira imediata ou por intermédio de uma representação, mas o sentimento se dirige, primariamente, a uma classe própria de objetos: os valores. Trata-se de um acontecimento pleno de sentido e capaz de cumprimento. Por essa razão, todo ‘perceber sentimentalmente valores’ é compreensível; ao contrário, os puros estados de sentimento são simplesmente comprováveis e explicados casualmente” (SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.29).

39 SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.55

40 “Mediante um ato especial de conhecimento do valor, chamado ‘preferir’, se apreende a superioridade de um valor sobre o outro. A superioridade de um valor é dada necessária e originariamente tão somente no ‘preferir’. O ‘preferir’ se realiza sem nenhum ‘tender’, ‘eleger’, nem ‘querer’. Assim, ainda que a superioridade de um valor seja dada no ‘preferir’, essa superioridade é uma relação inerente à essência dos valores mesmos”. O que significa dizer que “é algo absolutamente invariável a hierarquia dos valores”. Cf. SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.130-131

41 WOJTYLA, Karol. *Max Scheler e a ética cristã*. Tradução de Diva Toledo Pisa. São Paulo: Editora Universitária Champagnat, 1993. p.82-83; SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.75

42 Tal perspectiva ética é denominada “ética material de valores”.

43 SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.74

existência humana”<sup>44</sup>. Nesse contexto, “se a ética constitui um corpo de normas para lograr resultados excelentes na execução da arte de viver, os seus princípios mais gerais devem derivar da natureza da vida em geral e da existência humana em particular”. A natureza de toda a vida, em termos genéricos, se manifesta na preservação e na afirmação da própria existência, a exemplo do “instinto de auto conservação”. O que significa dizer que o primeiro dever ético do homem é estar vivo. Ocorre que “estar vivo” não é um preceito estático. Na verdade, existência e desdobramento de suas potencialidades específicas são a mesma coisa. O primeiro dever ético do homem, melhor entendida a premissa antecedente, consiste no desdobramento de suas potencialidades de acordo com as leis de sua natureza. Para Erich Fromm, “o homem não é uma folha em branco sobre a qual a cultura pode escrever o seu texto; ele é uma entidade carregada de energia e estruturada em formas específicas que, ao adaptar-se, reage em formas também específicas, frente aos condicionamentos externos”<sup>45</sup>. Dessa maneira, à ética se atribui o papel de investigadora da natureza humana, indicando, a partir de um quadro sempre incompleto e aberto ao aperfeiçoamento, a ordem moral ideal.

#### 4. ÉTICA AUTORITÁRIA E ÉTICA HUMANISTA

A ética autoritária se fundamenta em duas ordens de consideração: a) no plano formal, nega-se a capacidade de todo homem de ascender à compreensão do “bem” e do “mal” por si mesmo, reconhecendo tal capacidade apenas à autoridade; b) no plano material, resolve-se a questão da bondade e da maldade considerando, preponderantemente, os interesses da própria autoridade. Segundo Erich Fromm, “tanto o aspecto formal quanto o aspecto material da ética autoritária se manifestam na gênese do juízo ético da criança”<sup>46</sup>. A ética humanista, da mesma forma que a ética autoritária, também se fundamenta em duas ordens de consideração: a) no plano formal, defende o princípio de que somente o homem, por si mesmo, pode ascender à compreensão do “bem” e do “mal”; b) no plano material, a natureza humana é que é considerada como o parâmetro para se resolver a questão da bondade e da maldade. Para Erich Fromm, “uma das características da natureza humana é que o homem encontra a sua perfeição unicamente em relação de solidariedade com os outros homens”<sup>47</sup>. A palavra perfeição deriva do latim *perfectus, perfecta, perfectum*, que designa a qualidade do que está concluído, completo,

44 FROMM, Erich. **Ética y psicoanálisis**. Tradução de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.63. “O homem é o único animal para quem sua própria existência constitui um problema que deve resolver e do qual não pode escapar” (FROMM, Erich. **Ética y psicoanálisis**. Tradução de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.53).

45 FROMM, Erich. **Ética y psicoanálisis**. Tradução de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.32

46 “A criança adquire um sentido de distinção entre o ‘bem’ e o ‘mal’ como resultado das reações cordiais ou hostis das pessoas que ocupam um lugar de importância em sua vida” (FROMM, Erich. **Ética y psicoanálisis**. Tradução de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.22).

47 FROMM, Erich. **Ética y psicoanálisis**. Tradução de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.26. “Característica essencial da pessoa humana é a auto transcendência; é próprio do homem não se satisfazer com aquilo que pensa, quer, faz, realiza, mas também com aquilo que é e assim, incessantemente, se lança sempre para mais adiante e, possivelmente, mais para o alto, em direção a uma atuação mais completa de si mesmo” (MONDIN, Battista. A metafísica da pessoa como fundamento da bioética. In: LADUSÁNS, Stanislavs (org.). Questões atuais de bioética. São Paulo: Loyola, 1990. p.171).

acabado. *Perfectum* é o particípio passado do verbo *perficere*, que significa terminar, acabar de fazer. A perfeição de um ser é o seu estado de concluído dentro da categoria a que esse ser pertence. Como cada ser, em termos de categoria, é definido pela sua natureza, a natureza de um ser nada mais é do que a sua essência. O homem perfeito é o homem realizado de acordo com a sua própria natureza, cuja essência não é inventada, mas sim descoberta ao longo de toda a história da humanidade<sup>48</sup>.

No plano formal, a ética autoritária é uma ética heterônoma e a ética humanista, uma ética autônoma. Se autonomia é dar-se a sua própria lei, isso significa que tal projeto abre, por primeiro, uma interrogação sobre o conteúdo da própria lei que se pretende dar (plano material). Essa interrogação comporta sempre a possibilidade do erro; entretanto, como adverte Cornelius Castoriadis, “não há proteção contra essa possibilidade pela instauração de uma autoridade externa, movimento duplamente sujeito ao erro e que conduz, simplesmente, à heteronomia”<sup>49</sup>. No plano material, o conteúdo da ética autoritária é sempre subjetivo<sup>50</sup>, já o conteúdo da ética humanista, em se envolvendo com a investigação sobre a própria natureza humana, pode apresentar tanto princípios práticos subjetivos (“máximas”) quanto princípios práticos objetivos (“leis práticas”)<sup>51</sup>. Diz-se então que o eixo principal da ética autoritária é a “atividade improdutiva do homem”. Definida a “produtividade” como a capacidade do homem para empregar suas forças e realizar as potencialidades que lhe são congênitas<sup>52</sup>, a atividade improdutiva é aquela baseada na submissão a uma autoridade, tanto em seu aspecto formal (heteronomia) quanto em seu conteúdo (relativismo). Em contrapartida, o eixo principal da ética humanista é a atividade produtiva do homem, que compreende o mundo e o transforma de acordo com sua natureza<sup>53</sup>.

#### 4.1. ÉTICA HUMANISTA: A PERSPECTIVA DO FORMALISMO E A PERSPECTIVA MATERIAL

Sabendo que toda ética, seja autoritária, seja humanista, pode ser investigada tanto no plano formal quanto no material, interessa, neste tópico, demonstrar como ambos os planos se relacionam na ética humanista a partir de duas diferentes

48 TELLES Júnior, Goffredo. *Ética. Do mundo da célula ao mundo da cultura*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.224-227

49 “A única limitação verdadeira que pode comportar um projeto de autonomia (em outras palavras, a democracia) é a autolimitação, que só pode ser, um última análise, tarefa e obra dos indivíduos educados para e pela democracia” (CASTORIADIS, Cornelius. *Feito e a ser feito. As encruzilhadas do labirinto* – V. Tradução de Lílian do Valle. Rio de Janeiro: DP&A, 1999. p.221).

50 “O grande defeito do relativismo ético consiste em afirmar que todas as culturas são equivalentes, que nenhuma cultura é superior a nenhuma outra e que, portanto, não existe progresso cultural” (BUNGE, Mario. *Ética, ciência y técnica*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1996.. p.71).

51 Princípios práticos são subjetivos, ou máximas, quando a determinação da vontade é considerada pelo sujeito como verdadeira só para a sua vontade; são, por outro lado, objetivos, ou leis práticas, quando a determinação é válida para a vontade de todo ser racional. A respeito, KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d . p.31

52 FROMM, Erich. *Ética y psicoanálisis*. Tradução de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.99

53 FROMM, Erich. *Ética y psicoanálisis*. Tradução de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. pp.103-104

perspectivas filosóficas: a perspectiva do formalismo e a perspectiva material. A perspectiva do formalismo da ética humanista possui sua maior expressão em Emmanuel Kant, o teórico da “razão pura prática”, para quem o alcance de uma “legislação universal”, na qual a razão humana determina por si mesma a vontade, impõe a “abstração” de toda a matéria. Como desdobramentos dessa orientação, “ou um ser racional não pode conceber os seus princípios subjetivamente práticos, isto é, as suas máximas, como sendo ao mesmo tempo leis universais, ou, de forma inversa, deve admitir que a simples forma dos mesmos, segundo a qual eles se capacitam para uma legislação universal, reveste esta de característico conveniente e apropriado”<sup>54</sup>. A legislação é então reconhecida como o único princípio de determinação da vontade, independentemente de seu conteúdo. Daí porque a eticidade da conduta humana corresponde ao fato de que a legislação determine imediatamente a vontade. Caso não ocorra a exclusividade dessa determinação, pode a conduta humana encerrar a legalidade, não a eticidade<sup>55</sup>. Mas se a legislação se abstrai da matéria, não existe nela mais do que a forma legisladora. Para Emmanuel Kant, “a forma legisladora é a única coisa que pode dar à vontade livre um princípio de determinação”<sup>56</sup>. Assim, agir por dever é operar conforme a lei, e a vontade que age dessa maneira, movida apenas pelo dever, é uma vontade boa. Em outras palavras, “a lei determina imediatamente a vontade, sendo a ação conforme essa lei boa por si mesma; logo, uma vontade cuja máxima é sempre conforme essa lei é absolutamente boa sob todos os aspectos, também contendo a condição suprema de todo o bem: o sumo bem”<sup>57</sup>.

Eis a lei fundamental da “razão pura prática”: “age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal”<sup>58</sup>. A razão pura, em si mesma prática, aqui resulta imediatamente legisladora, e a vontade, independentemente de condicionamentos empíricos, resta determinada mediante a simples forma da legislação<sup>59</sup>. Ocorre que, admitido o formalismo legislativo como a condição da universalidade, os próprios exemplos dados por Emmanuel Kant se mostram inconsistentes, como o “argumento da promessa”. Afirma Emmanuel Kant

54 KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.37

55 Cf. KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.75. “A boa vontade não é boa pelo que efetivamente realiza, não é boa pela sua adequação para alcançar determinado fim; é boa somente pelo querer, ou seja, é boa em si mesma” (KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.38).

56 KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.39

57 KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.66 e 104. “Se a ação é boa só como meio para alguma outra coisa, o imperativo que a determina é hipotético; mas se a ação é representada como boa em si, isto é, como necessária numa vontade conforme em si mesma com a razão, então o imperativo é categórico” (KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.63-4).

58 KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.46 e 70; KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.40. Admite Emmanuel Kant que, “ainda que deva subsistir a matéria da máxima, não deve ela, contudo, ser a condição da mesma, porque assim não serviria de lei” (KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.44).

59 Na ética kantiana, de acordo com Jacques Maritain, “o que faz o valor moral do ato não é a bondade de seu conteúdo, e sim a sua conformidade com a universalidade formal do ‘tu deves’ puro e primordial, originariamente vazio de todo conteúdo” (MARITAIN, Jacques. **A filosofia moral**. Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1973. p.130).

que, considerando que “A” faça uma promessa a “B” disposto a não cumpri-la se assim lhe aprouver, tal máxima não pode querer se tornar universal, porque ela impede a existência de promessas. Suponha-se, retruca Adolfo Sánchez Vázquez, “que ‘A’ prometa a ‘B’ vê-lo em horário determinado para tratar de assunto importante, e que, inesperadamente, precise acudir a um amigo que sofreu um acidente. ‘A’ não pode cumprir a promessa e, portanto, não pode manter a universalidade da máxima ‘cumpre o que promete’; contudo, nem por isso o não cumprimento da promessa poderia ser reprovado nesse caso, mas exatamente o contrário”. Resta claro na contrariedade de Adolfo Sánchez Vázquez que a grande falha do argumento de Emmanuel Kant está no fato de “não levar em consideração um conflito de deveres e a necessidade material de estabelecer uma ordem de prioridade entre eles”. Cumprindo rigorosamente o formalismo legislativo kantiano, ter-se-á de decidir a favor da ação realizada por mero dever, independentemente do mal que acarreta<sup>60</sup>.

Com base no que acima se expôs, posto que se entenda porque, para Emmanuel Kant, apenas uma lei formal, uma lei que não prescreve à razão mais do que a forma de uma “legislação universal”, pode dar sustento a uma ética humanista, não se deve desconhecer que o verdadeiro fundamento da “razão pura prática” é a dignidade da pessoa humana, uma vez que a “legislação universal” encontra justificação na autonomia da vontade do homem. Na “ordem dos fins”<sup>61</sup>, Emmanuel Kant reconhece que “o homem (e com ele todo ser racional) é um fim em si mesmo, isto é, não pode nunca ser utilizado somente como meio por alguém (nem mesmo por Deus), sem ao mesmo tempo ser um fim, e que a humanidade, na pessoa de cada homem, deve ser sagrada, porque o homem é o sujeito da ética e também do que é em si santo”<sup>62</sup>. Estando fundamentado na dignidade da pessoa humana, o objeto da “razão pura prática”, que é o “sumo bem”, pressupõe três postulados: a imortalidade da alma, a liberdade humana e a existência de Deus. O primeiro postulado é derivado da condição praticamente necessária da adequação da durabilidade da personalidade no infinito ao cumprimento integral da legislação. Na verdade, como a correlação completa da vontade à legislação constitui a santidade, ou seja, uma perfeição para a qual nenhum homem está capacitado ao longo de sua existência, deve-se admitir um “progresso ao infinito”. O segundo postulado decorre da necessária suposição da independência do mundo sensível e da faculdade da determinação da vontade. E o terceiro postulado se impõe na suposição do sumo bem independente<sup>63</sup>.

60 VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Tradução de João Dell’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997. p.164-165

61 KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.85

62 KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.121. “Age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio” (KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.78-9).

63 KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.58; KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.116 e 122; KLEIN, Zivia. **La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1968. p.85

É sintomático perceber que as formulações menos discutíveis de Emmanuel Kant remetem necessariamente a um conteúdo: “sê pessoa e respeita os outros como pessoas” é vazio sem uma idéia não formal da pessoa<sup>64</sup>. Esse conteúdo, para Cornelius Castoriadis, “é a autonomia e o imperativo prático é: torna-te autônomo, e (não: respeita os outros como seres autônomos, o que de novo implica uma concepção formal e estática da autonomia, mas) contribui, tanto quanto possas, para o devir autônomo dos outros”<sup>65</sup>. A autonomia não é “a desinserção em relação à efetividade (como pretende a autonomia kantiana), mas a transformação lúcida da efetividade (de si mesmo e dos outros) a partir dessa mesma efetividade. A partir não significa que a efetividade forneça as causas, ou as normas. A autonomia é a auto posição de uma norma, a partir de um efetivo conteúdo de vida, e em relação com este conteúdo”<sup>66</sup>. A autonomia consiste “em se dar a sua própria lei” e a “lei é a forma, é o universal a reger as particularidades que lhe são relativamente indiferentes”, e a “forma é determinado-determinante, é em si mesma universal”. A autonomia, portanto, “é a auto constituição do vivente como vivente – não em relação à sua matéria”. O ser-vivente cria “o nível de ser que se chama vida, e a infinidade de modos de seres e de leis que lhe concernem”. O vivente se põe como auto finalidade, “e isto implica sempre uma intenção mínima, ao menos a intenção de se auto conservar; implica, também, uma certa avaliação daquilo que ele se apresenta; e implica, ainda, um modo de ser afetado, e a afetação de um valor ao que é representado”<sup>67</sup>.

Nicolai Hartmann, mesmo reconhecendo que “o grande mérito do formalismo kantiano é o combate ao empirismo na ética e ao casuismo que daí decorre, ou seja, a rejeição do subjetivismo cético” (ou o relativismo ético)<sup>68</sup>, ressalta que, na ética material, “a consciência que o sujeito tem dos valores é não apenas material – no sentido em que a sua intuição vem sempre acompanhada da intuição de seu conteúdo – mas é também objetiva – pois a sua determinação independe deste ou daquele sujeito concreto”<sup>69</sup>. Somente na perspectiva material da ética humanista a problemática da fundamentação consiste na correspondência do critério meramente descritivo (o “ser” em sentido material e objetivo, como a vida humana e os seus valores) e do critério normativo (o “dever ser”)<sup>70</sup>. Se o “ser” do homem, em primeiro lugar, corresponde à sua vida, a responsabilidade sobre seus atos é uma consequência não só da consciência,

64 A respeito, KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.87

65 CASTORIADIS, Cornelius. *Autonomie: l'éthique*. In: BUSINO, Giovanni (org.). **Autonomie et autotransformation de la société**. Genève: Librairie Droz, 1989. p.498

66 CASTORIADIS, Cornelius. **Feito e a ser feito. As encruzilhadas do labirinto – V**. Tradução de Lílian do Valle. Rio de Janeiro: DP&A, 1999. p.64-6

67 CASTORIADIS, Cornelius. **Feito e a ser feito. As encruzilhadas do labirinto – V**. Tradução de Lílian do Valle. Rio de Janeiro: DP&A, 1999. p.217-9

68 “O relativismo dos valores éticos se apoia, em geral, sobre a absolutização das avaliações de certa época e do círculo cultural a que pertence o investigador em questão, ou seja, sobre a estreiteza e a cegueira do horizonte dos valores” (SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.82).

69 HARTMANN, Nicolai apud ADEODATO, João Maurício. O problema de uma ética jurídica material. Nomos. In: **Revista do curso de mestrado em direito da UFC**, Fortaleza, v. XIII/XIV, n. 1/2, jan./dez. 1994/1995, p.99

70 DEL VECCHIO, Giorgio. **Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico**. Milano: Giuffrè, 1963. p.17-21

mas da autoconsciência. O homem é o único ser vivo auto responsável. A eticidade de sua vida é a auto responsabilidade sobre a sua permanência em vida: *ante festum*, como condição absoluta *a priori*, porque a vida já está aí, para constituir-se pela auto responsabilidade como ação e projeto ético; *in festum*, porque não se pode deixar de haver-se com a vida e no reconhecer-se a si mesmo e reconhecer o outro como *alter ego* vivente; e *post festum*, isto é, como memória do que se fez como desenvolvimento ou destruição da vida. E, em segundo lugar, o “ser” do homem, enquanto vivente, é constituído desde a origem pela relação com o outro. Aquele que atua humanamente sempre tem como conteúdo de seu ato alguma mediação para a produção, a reprodução ou o desenvolvimento auto responsável da vida de cada homem numa comunidade de vida, tendo por referência última toda a humanidade. Em sendo o humano uma referência simultânea à humanidade, a corresponsabilidade é uma consequência ética. O “dever ser”, portanto, fundamenta-se (racional, prático-material e reflexivamente) sobre o “há vida humana”, a partir do “ser-vivente” do sujeito humano. Aliás, ser sujeito significa que o próprio “ser” do homem é entregue a si mesmo a partir da responsabilidade intersubjetiva com um “dever ser”, e isto de maneira necessária e simultânea, já que do “ser-vivente” do homem se infere a exigência do “dever ser” da própria vida<sup>71</sup>.

## 5. A LEI DE HUME

Costuma-se opor à ética material objetivista a chamada “lei de Hume”<sup>72</sup>, cuja importância consiste na consideração segundo a qual de uma série de afirmações acerca de como as coisas são, isto é, de proposições descritivas, não se pode deduzir nenhuma assertiva acerca de como os homens devem comportar-se, isto é, nenhuma proposição prática<sup>73</sup>. O que significa dizer que das afirmações relativas à dignidade da pessoa humana não se seguem logicamente proposições de índole ética: “o elemento deontico que está nestas últimas não se encontra nas primeiras e, portanto, sua presença é gratuita e injustificada”. Em outras palavras, acredita-se que “a razão é incapaz de ditar uma norma universal válida para todos os homens, sendo a sua função meramente descritiva, isto é, que tudo o que ela é capaz de fazer consiste em descrever o dado”<sup>74</sup>. No entanto, conforme esclarece Carlos I. Massini-Correas, o raciocínio que propõe o objetivismo ético é um raciocínio entimemático<sup>75</sup>, ou seja, é um raciocínio que pressupõe certas premissas deonticas que outorgam

71 DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2000. p.134, 138-141 e 211

72 Tal lei é atribuída a David Hume e se infere de seu *Treatise on Human Nature*, amparando-se em conhecida regra lógica segundo a qual a conclusão de um silogismo não pode conter nada que não se encontre de antemão em suas premissas.

73 A bem da verdade, “a ciência é um organismo dinâmico composto não apenas de proposições, mas também de propostas e atos guiados por critérios mediante os quais os investigadores científicos procuram satisfazer certos objetivos” (BUNGE, Mario. *Ética, ciência y técnica*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1996. p.30 e 35).

74 HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p.99

75 Raciocínio entimemático é o raciocínio em que o silogismo apresenta uma só premissa, dando-se por subentendida a segunda.

deonticidade à conclusão<sup>76</sup>. A bem da verdade, “a intuição da natureza humana por si mesma não leva a algo como um dever. Ela apenas contém tendências. Sua produtividade se limita a fazer surgir os impulsos, que se revelam à razão. Somente quando distanciada por meio da reflexão, a natureza humana pode ao mesmo tempo ser reconhecida e transformar-se em uma fonte de discernimento ético”<sup>77</sup>. Dessa maneira, não há qualquer oposição entre a ética material objetivista e a chamada “lei de Hume”, porquanto a relação entre o ser da dignidade humana e o dever ser expresso nas máximas e nas leis práticas não é uma relação lógico-formal, “é uma relação de fundamento”<sup>78</sup>.

Desfeito o mal entendido acerca da “lei de Hume”, importa reassentar que, no plano da ética material objetivista, designa-se como *a priori* o conjunto das “unidades significativas ideais e as proposições que, prescindindo de toda classe de posição dos sujeitos que as pensam e de sua real configuração natural, e prescindindo de toda índole de posição de um objeto sobre o qual sejam aplicáveis, chegam a ser dadas por si mesmas no conteúdo de uma intuição imediata”<sup>79</sup>. Trata-se de uma “intuição de essências”, ou uma “intuição fenomenológica”, porquanto o que é intuído como essência, ou como conexão de tais essências, “não pode nunca ser anulado pela observação e pela indução, nem nunca pode ser melhorado ou aperfeiçoado”. Para Max Scheler, conforme antecedentemente demonstrado, o “perceber sentimental”, isto é, a intuição, possui o seu próprio conteúdo *a priori*, que é “tão independente da experiência indutiva como são as leis do pensamento”<sup>80</sup>. Ainda segundo Max Scheler, “as essências e suas conexões são dadas antes de toda experiência, são dadas *a priori*, e as proposições que nelas encontram o seu cumprimento são *a priori* verdadeiras”<sup>81</sup>. Convém, contudo, adotar a lição do teórico do personalismo ético *cum grano salis*, de modo a não empregar a expressão ética “objetivamente válida” como

76 MASSINI-CORREAS, Carlos I. Acerca del fundamento de los derechos humanos. In: MASSINI-CORREAS, Carlos I. (org.). *El jusnaturalismo actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p.199-200 e 206-207

77 SPAEMANN, Robert. *Felicidade e benevolência*. Ensaio sobre ética. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p.263

78 KALINOWSKI, Georges. Sobre la relación entre el hecho y el derecho. In: MASSINI-CORREAS, Carlos I. (org.). *El jusnaturalismo actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p.145 e 158-159. Para Georges Kalinowski, “as normas primeiras e suas conseqüências próximas constituem a lei chamada natural, sendo a natureza humana o fator que permite captar direta ou indiretamente a sua verdade” (KALINOWSKI, Georges apud BALLESTER, Manuel. El fundamento de las normas morales segun Georges Kalinowski. In: *Sapientia*, Buenos Aires, año XLIX, n. 193-194, 1994, p.324). Em termos jurídicos, pode-se dizer que “entre a pessoa humana e a sua apreensão pelo direito se dá uma relação de ‘dever ser’ e também uma vinculação ontológica. Isto significa que a pessoa humana deve ser, também, pessoa em sentido jurídico, e que a pessoa em sentido jurídico é uma realidade, um modo de ser da pessoa humana” (LACAMBRA, Luis Legaz y. *Derecho y libertad*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1952. p.193).

79 SCHELER, Max. Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.83; VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. Tradução de João Dell’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997. p.118-121

80 Defendendo o apriorismo do emocional e se opondo à falsa unidade entre apriorismo e racionalismo, Max Scheler doutrina que a “ética emocional”, à diferença da “ética racional”, não é necessariamente “empirismo”, no sentido de um intento de deduzir os valores éticos a partir da observação e da indução. Cf. SCHELER, Max. Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.103

81 SCHELER, Max. Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.83-5 e 103

sinônimo de ética “absoluta”, pelo menos não na inteireza de seu conteúdo<sup>82</sup>. Com efeito, como a ética “objetivamente válida” se encontra aberta à experiência de vida, cumpre distinguir em seu conteúdo o que é imutável, no que tem de divino, e o que é variável, no que tem de humano<sup>83</sup>.

## 6. A SINDERESE

No horizonte da integralidade, em que transita a ética humanista, material e objetivista, a intuição fenomenológica<sup>84</sup>, também conhecida como “sinderese”<sup>85</sup>, corresponde à “franja que envolve a inteligência humana”, de que fala Henri Bergson<sup>86</sup>, ou, de acordo com Max Scheler, à “percepção sentimental” que possibilita a todo homem distinguir o evanescente do perene, o que passa do que permanece, enfim, os valores eternos dos valores efêmeros. Segundo Giorgio Del Vecchio, “existem no espírito do homem certezas que transcendem os dados da experiência e, ao contrário destes dados, possuem o caráter de universalidade e de absolutidade”<sup>87</sup>. A sinderese é uma percepção ética primordial, por si mesmo evidente, uma modalidade de consciência intuitiva que “caminha no próprio sentido da vida”<sup>88</sup>. Muito embora haja dificuldades, todo homem sinceramente aberto à verdade pode chegar ao conhecimento dos valores que permitem afirmar que a verdadeira convivência entre os homens deve fundamentar-se na dignidade e na igualdade de direitos que lhe corresponde<sup>89</sup>. Alceu Amoroso Lima, recorrendo a Santo Tomás de Aquino, chama a sinderese de *scintilla conscientiae*, destacando que, “assim como a centelha é a parte mais sutil que escapa do fogo, assim também a sinderese é a parte superior da razão”<sup>90</sup>.

82 FROMM, Erich. *Ética y psicoanálisis*. Tradução de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.28

83 LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao direito moderno*. Rio de Janeiro: Agir, 1978. p.101

84 SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.221; WOJTYLA, Karol. *Max Scheler e a ética cristã*. Tradução de Diva Toledo Pisa. São Paulo: Editora Universitária Champagnat, 1993. p.66-67

85 O Catecismo da Igreja Católica ensina que “a dignidade da pessoa humana implica e exige a retidão da consciência moral. A consciência moral compreende a percepção dos princípios éticos (sinderese), (...) e o juízo realizado sobre atos concretos a praticar ou já praticados. (...) Chama-se prudente o homem que faz suas opções de acordo com este juízo”. Cf. parágrafo 1780. “La dignité de la personne humaine implique et exige la rectitude de la conscience morale. La conscience morale comprend la perception des principes de la moralité (“syndérèse”), (...) et le jugement porté sur les actes concrets à poser ou déjà posés. (...) On appelle prudent l’homme qui choisit conformément à ce jugement”.

86 BERGSON, Henri. *As duas fontes da moral e da religião*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p.223

87 DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960. p.204 e 220

88 BERGSON, Henri. *A evolução criadora*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p.233-234

89 Cf. JOÃO PAULO II. *Evangelium Vitae*, 2. “A vida é sempre um bem. Esta é uma intuição cuja razão profunda o homem é chamado a compreender. A vida que Deus dá ao homem é muito mais do que uma existência no tempo. É tensão para uma plenitude de vida; é germe de uma existência que ultrapassa os próprios limites do tempo: Deus criou o homem para a incorruptibilidade, e fê-lo à imagem da sua própria natureza” (JOÃO PAULO II. *Evangelium Vitae*, 34).

90 LIMA, Alceu Amoroso. *Os direitos do homem e o homem sem direitos*. Petrópolis: Vozes, 1999. p.53-56. “Na ordem prática, é a sinderese, essa intuição sutil, que permite ao homem perceber os princípios universais da lei, que constituem propriamente a natureza do direito natural e dos quais também vai depender toda a segurança da vida humana” (LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao direito moderno*. Rio de Janeiro: Agir, 1978. p.94-95).

## 7. O JUÍZO MORAL: REAFIRMANDO UMA ADVERTÊNCIA

Quando se propõe a realização do juízo moral sobre a ação humana, deve-se atentar para o fato de o homem não se reduzir a um incógnito ponto de partida de ações, nem a qualquer espécie de conexão de ações. As ações se concretizam, deixando de ser abstrações, “na medida em que pertencem à essência desta ou daquela pessoa humana”. Assim, em cada ação plenamente concreta se fala da pessoa humana inteira<sup>91</sup>. O juízo moral, tratando da pessoa humana inteira, é um juízo que nunca falha, porquanto, ainda que externamente vacile, não vacila no âmbito da consciência (*gewissen*)<sup>92</sup>. Em decorrência dessa característica, que define a noção de responsabilidade, inclusive pelo outro, não se pode confundir, como já afirmado, a pessoa eticamente capaz<sup>93</sup> com a pessoa humana na sua mais profunda acepção, porque, se a capacidade é um pressuposto do juízo moral, não o é da dignidade do homem, já que capazes e incapazes são igualmente dignos<sup>94</sup>. Com efeito, a capacidade pressuposta pelo juízo moral de uma ação humana compreende duas classes de autonomia: a autonomia da intuição do “bem” e do “mal” e a autonomia do “querer”. À primeira autonomia se opõe a heteronomia do “querer” sem intuição, o chamado “querer cego”; à segunda autonomia se contrapõe a heteronomia do “querer forçado”, o chamado “contágio volitivo”<sup>95</sup>. Sem jamais desconsiderar o *status* de pessoa do incapaz e o respeito que é devido à sua dignidade, cumpre afirmar que apenas as ações da pessoa humana cuja capacidade se condiciona a esse duplo sentido de autonomia podem se sujeitar a um juízo moral.

### 7.1. OS ELEMENTOS INTEGRANTES DA AÇÃO HUMANA

Para Giorgio Del Vecchio, o homem deve agir “não como meio das forças da natureza, mas como ser autônomo, com qualidades de princípio e de fim; não como impulsionado pela ordem dos motivos, mas como dominador deles; não como

Cf., também, GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Direito natural**. Visão metafísica & antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p.183-5

91 Cf. SCHELER, Max. Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.172-175

92 Consciência provém do termo latino *cum-scientia*, o qual remete a um conhecimento (*scientia*) simultâneo (*cum*) de dois elementos: o ato humano e a lei que regula tal ato. Cf. BALLESTER, Manuel. El fundamento de las normas morales segun Georges Kalinowski. In: **Sapientia**, Buenos Aires, año XLIX, n. 193-194, 1994. p.323. “Um homem pode usar de todos os recursos para justificar ação contrária à lei, alegando que o fez por erro involuntário ou simples inadvertência, coisas que, por outro lado, nem sempre é possível evitar; pode, ainda, encontrar-se em uma situação desagradável, arrastado por uma necessidade natural e, contudo, declarar-se inocente; não obstante isso, pensará sempre que o advogado que pleitear em seu favor não pode, de modo algum, sufocar em si o acusador, caso tenha tão somente a consciência de que no tempo que praticou a injustiça se encontrava em pleno uso de sua liberdade” (KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p.94). No mesmo sentido, MONREAL, Eduardo Novoa. **Qué queda del derecho natural?** Reflexiones de un jurista cristiano. Santiago: Benavides López, 1967. p.281

93 A pessoa eticamente incapaz é aquele homem que, pelas mais variadas razões, se encontra em situação de vulnerabilidade.

94 SCHELER, Max. Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.279-281

95 “O pressuposto fundamental de todas as ações dotadas de predicado de valor ético é unicamente que estas sejam ações autônomas da pessoa humana” (SCHELER, Max. Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.297-298).

pertencendo ao mundo sensível, mas como partícipe do mundo inteligível; não como indivíduo empírico (*homo phaenomenon*), determinado pelas paixões, mas como ‘eu racional’ (*homo noumenon*), independente delas; enfim, o homem deve agir com a consciência do absoluto e do universal de seu ser e, portanto, de sua identidade substancial com o ser de todo outro homem”<sup>96</sup>. As ações humanas, na definição de Tomás Antônio Gonzaga, são “tudo quanto se faz por virtude de um princípio anímico”; chamam-se internas as ações que a alma humana faz e nela mesma se acabam, como o amar e o sentir, e externas, as que a alma humana faz e passam a exercitar-se pelas forças do corpo, como o andar e o ferir<sup>97</sup>. Em sendo a pessoa humana tanto um corpo espiritualizado quanto um espírito encarnado<sup>98</sup>, ela vale por aquilo que é e não pelas escolhas que porventura faz. No entanto, em cada escolha que faz, a pessoa humana emprega aquilo que é, a sua existência e a sua essência, o seu corpo e o seu espírito<sup>99</sup>. Daí porque o juízo moral não se realiza adequadamente mediante uma abordagem monolítica, que menospreza o absoluto e o universal no homem (sua intrínseca dignidade), mas congrega um conjunto de elementos da ação: (a) o objeto (conteúdo da vontade); (b) a finalidade (disposição de ânimo); (c) as circunstâncias (meios); e (d) as consequências (resultados), com o que a ação, deixando de ser uma abstração, se integra à essência humana<sup>100</sup>.

Há quem, por apego formalista, reduza sobremaneira a incidência do juízo moral, fazendo dele o mero confronto da ação humana com normas de conteúdo convencional. Adverte Enrique Dussel que a norma pode ser verdadeira praticamente, válida normativamente ou factível; no entanto, só à ação humana em sua complexidade – e em referência ao sujeito ético – pode atribuir-se bondade<sup>101</sup>. Só a ação, na condição da pessoa, visa ao desabrochar plenificante da própria pessoa<sup>102</sup>. Se se quer realmente alçar o bem, o juízo moral da ação humana, de maneira não monolítica, é tarefa imprescindível; o seu descaso denuncia, claramente, o compromisso com o mal. Aristóteles já alertara que “se pode errar de muitas maneiras (pois o mal pertence ao indeterminado, e o bem, ao determinado), porém acertar só de uma (e, por isso, uma coisa é fácil e a outra é difícil, fácil errar o objetivo e difícil acertar); e por essas razões também são próprios do vício o excesso e a carência, e a virtude é o meio termo: somente há uma maneira de ser bom, muitas de

96 DEL VECCHIO, Giorgio apud MONREAL, Eduardo Novoa. **Qué queda del derecho natural?** Reflexiones de un jurista cristiano. Santiago: Benavides López, 1967. p.282

97 GONZAGA, Tomás Antônio. **Tratado de direito natural. Obras Completas.** v. II. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1957. p.35

98 MONREAL, Eduardo Novoa. **Qué queda del derecho natural?** Reflexiones de un jurista cristiano. Santiago: Benavides López, 1967. p.280

99 SGRECCIA, Elio. Il dibattito attuale in bioetica. In: PIETRO, Maria Luisa di; SGRECCIA, Elio (org.). **Bioetica ed educazione.** Milano: Editrice la Scuola, 1997. p.24

100 Cf. DURAND, Guy. Coordonnées de base de l'éthique. In: **Laval théologique et philosophique, Laval,** v. 50, n. 3, oct. 1994. p.479

101 DUSSEL, Enrique. Ética da libertação. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2000. p.281

102 SEVERINO, Antônio Joaquim. **A antropologia personalista de Emmanuel Mounier.** São Paulo: Saraiva, 1974. p.106

ser mau”<sup>103</sup>. Em seguida, esquadrinhar-se-ão os quatro elementos da ação humana, anteriormente indicados, iniciando pelo “conteúdo da vontade” e concluindo com a análise dos “resultados” da ação.

Se o querer um dado objeto é o conteúdo primário da vontade (a), pressuposta está a “percepção sentimental” – positiva ou negativa – do valor de que é depositário tal objeto. Enquanto “unidade fenomênica”, a ação é a vivência da realização do objeto no “agir”. Não sendo o valor uma consequência do “querer” (disposição de ânimo), a relação entre o querer um dado objeto e o agir não representa, de nenhum modo, um relação de meio e fim, já que o “querer” e o “agir” se fundamentam mutuamente de modo intuitivo<sup>104</sup>. Na verdade, “o ‘querer’ da pessoa (b) não pode ser melhor ou pior que a pessoa de cujo ‘querer’ se trata”<sup>105</sup>. Um bom exemplo do que até aqui se falou pode ser visto no Evangelho de São Matheus<sup>106</sup>, quando discorre sobre uma ação eticamente boa por seu próprio conteúdo objetivo – uma esmola, uma oração ou um dia de jejum – que se torna eticamente má devido à disposição de ânimo da pessoa que age, quando com semelhante ação pretende simplesmente sobressair aos olhos dos demais<sup>107</sup>. Entretanto, a disposição de ânimo (b) não pode ser reduzida ao “sentimento”, nem o sentimento constituir-se o determinante do juízo ético. Nesse equívoco incorre David Hume<sup>108</sup>, para quem “a moralidade define a virtude como qualquer ação ou qualidade espiritual que comunica ao espectador um sentimento agradável de aprovação”<sup>109</sup>. Trata-se de uma compreensão relativista do juízo moral, porquanto se acredita que “os fins últimos das ações humanas não podem em nenhum caso ser explicados pela razão, mas recomendam-se inteiramente aos sentimentos e afecções da humanidade, sem qualquer dependência das faculdades intelectuais”<sup>110</sup>. Da mesma forma, a disposição de ânimo não pode ser reduzida à simples intenção, pois, como ressalta Emmanuel Kant, “boas intenções insertas em uma má disposição de ânimo produzem tão somente pura aparência”<sup>111</sup>.

**103** ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de María Araujo e Julián Marias. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1999. p.26

**104** SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.178 e 184-185

**105** SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.313

**106** Mt 6, 1-18

**107** A respeito, WOJTYLA, Karol. *Max Scheler e a ética cristã*. Tradução de Diva Toledo Pisa. São Paulo: Editora Universitária Champagnat, 1993. p.88

**108** Cf. TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução do grupo de doutorandos em filosofia da Universidade do R.S. Petrópolis: Vozes, 1996. p.69

**109** HUME, David. *Uma investigação sobre os princípios da moral*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Editora da UNICAMP, 1995. p.178

**110** HUME, David. *Uma investigação sobre os princípios da moral*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Editora da UNICAMP, 1995. p.183-4

**111** KANT, Emmanuel apud SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.166. Para Max Scheler, com quem se deve concordar parcialmente, “a disposição de ânimo é aquela faculdade de dirigir-se a vontade ao valor mais alto em cada caso, incluindo em si uma matéria de valor independente do resultado, de toda a experiência, e também de todos os graus posteriores do ato volitivo” (SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.163-4 e 213). “Se é certo o princípio segundo o qual a evidência da existência de uma disposição de ânimo é independente da ação volitiva por ela determinada, não é menos certo que uma autêntica

A disposição de ânimo (b), correspondendo ao “querer um dado objeto”, expressa a finalidade da ação humana<sup>112</sup>. No entanto, “o emprego de meios (c) adequados não pode entender-se no sentido de que todos os meios sejam bons para alcançar uma finalidade que os justifique. Um fim elevado não justifica o uso dos meios mais baixos, como aqueles que levam a tratar os homens como meros instrumentos”<sup>113</sup>. Em outras palavras, “os meios precisam estar de acordo com a natureza dos fins e, portanto, para fins éticos os meios precisam ser éticos também. Se a finalidade da ética é a realização do bem, os meios precisam ser bons, sem o que não há ética, uma vez que as ações realizadas em vista de um certo fim já fazem parte do próprio fim a ser atingido, são o caminho para ele”<sup>114</sup>. Há situações em que a ação comporta um duplo efeito: o fim visado e um efeito colateral. Isto não significa uma desarmonia entre os meios e os fins. Desde que existam adequação e proporção entre os meios e a finalidade da ação, os efeitos colaterais, ainda quando previstos, podem ser tolerados. Pio XII já afirmara, sendo confirmado por João Paulo II, que é lícito suprimir a dor por meio de narcóticos, mesmo com a consequência de limitar a consciência e abreviar a vida, “se não existem outros meios e se, naquelas circunstâncias, isso em nada impede o cumprimento de outras obrigações religiosas e morais”. É que, nesse caso, a morte não é querida, embora, por motivos razoáveis, se corra o seu risco: pretende-se simplesmente aliviar a dor de maneira eficaz, recorrendo aos analgésicos. Contudo, “não se deve privar o moribundo da consciência de si mesmo, sem motivo grave; quando se aproxima a morte, as pessoas devem estar em condições de satisfazer as aludidas obrigações, e devem sobretudo poder preparar-se com plena consciência para o encontro definitivo com Deus”<sup>115</sup>.

Como a ação humana também se define pelo fato de gerar efeitos (d), sua apreensão pela consciência se realiza mediante uma “tríplice propriedade: 1) de tudo centrar parcialmente à sua volta; 2) de poder centrar-se cada vez mais sobre si mesma; e 3) de ser levada, por esta própria supercentração, a reunir-se a todos os outros centros que a rodeiam”<sup>116</sup>. Daí porque toda ética é ética da responsabilidade, já que o juízo moral não prescinde da análise dos efeitos da ação<sup>117</sup>, ao contrário do que sugere Max Weber<sup>118</sup>. Assim, ainda que necessária, uma ética da convicção

disposição de ânimo, em contraposição a uma ficção enganosa, determina forçosamente uma ação volitiva que lhe corresponda” (SCHELER, Max. *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948. p.169).

112 Considera-se “a dignidade o primeiro princípio do sistema jurídico porque a pessoa humana é o horizonte último do direito, ou seja, sua finalidade” (FABRE-MAGNAN, Muriel. *La dignité en droit: un axiome*. In: *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, Bruxelles, v. 58, n. 1, 2007, p.18).

113 VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Tradução de João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997. p.61-63

114 CHAUI, Marilena. Público, privado, despotismo. In: *NOVAES, Adauto (org.). Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p.354

115 JOÃO PAULO II. *Evangelium Vitae*, 65

116 CHARDIN, Pierre Teilhard de. *O fenômeno humano*. Tradução de Léon Bourdon e José Terra. Porto: Tavares Martins, 1970. p.284

117 SPAEMANN, Robert. *Felicidade e benevolência*. Ensaio sobre ética. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p.192

118 “Deve haver clareza quanto ao fato de que toda conduta eticamente orientada pode ser guiada por uma de duas máximas fundamentalmente e irreconciliavelmente diferentes: a conduta pode ser orientada para uma

com reta disposição de ânimo (Max Weber fala em “ética das últimas finalidades”), porque não é suficiente, deve integrar-se a uma ética da responsabilidade (que cumpra com o princípio da factibilidade *a posteriori*, quanto aos efeitos previsíveis técnica, política ou economicamente), que é igualmente necessária, mas não suficiente<sup>119</sup>. A respeito da correspondência entre a disposição de ânimo (b) e as suas consequências (d), cumpre advertir que, “se o valor normativo de uma regra de geometria é independente dos casos concretos em que se realiza, uma regra ética, ao contrário, só tem valor quando leva em conta esses casos”<sup>120</sup>. Tal advertência se coaduna com o ensinamento do Mestre Eckhart, segundo o qual “o homem jamais deve julgar tão bem sua ação, mesmo que a tenha feito perfeitamente, a ponto de se tornar desligado das obras e seguro de si mesmo e de reduzir sua razão à ociosidade. Deve-se medir continuamente com estas duas forças, a razão e a vontade, a fim de lograr o melhor em sumo grau; desse modo, encontra-se decididamente armado contra todo e qualquer dano; assim não perde nada em cada coisa, cresce ininterruptamente e em alto grau”<sup>121</sup>.

## 7.2. À GUIA DE CONCLUSÃO

Identificar diferenças inconciliáveis entre a “ética das últimas finalidades” e a “ética da responsabilidade” é um grave equívoco. Conforme já se acentuou, para que não se menospreze o absoluto e o universal no homem (sua intrínseca dignidade), o juízo moral deve levar em conta um conjunto de elementos da ação: (a) o objeto (conteúdo da vontade); (b) a finalidade (disposição de ânimo); (c) as circunstâncias (meios); e (d) as consequências (resultados), sem o que tratará de mera abstração. À guisa de conclusão, vale lembrar os diferentes argumentos usados por Bernhard Häring e Joseph Fletcher em conhecida discussão pública sobre as consequências da observância do dever moral de “não mentir”. Joseph Fletcher, na oportunidade, apresentou a diferença entre os “batistas mentirosos”, os quais, por meio de mentiras razoáveis, querem evitar as outras graves dificuldades, e os “batistas não mentirosos”, os quais afirmam que a verdade deve ser sempre dita, pouco importando o que possa daí decorrer para os outros. Joseph Fletcher, que é anglicano, então concluiu: “eu pertenço aos batistas mentirosos”. Bernhard Häring, adotando outra linha de análise, ponderou: “eu não faço tal distinção. A minha escolha é se eu pertenço aos católicos inteligentes ou aos católicos não inteligentes”. Em seguida, apresentou o caso das

ética das últimas finalidades, ou para uma ética da responsabilidade. Isto não é dizer que uma ética das últimas finalidades seja idêntica à irresponsabilidade, ou que a ética da responsabilidade seja idêntica ao oportunismo sem princípios. Naturalmente ninguém afirma isso. Há, porém, um contraste abissal entre a conduta que segue a máxima de uma ética dos objetivos finais – isto é, em termos religiosos, ‘o cristão faz o bem e deixa os resultados ao Senhor’ – e a conduta que segue a máxima de uma responsabilidade ética, quando então se tem de prestar contas dos resultados previsíveis dos atos cometidos” (WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1979. p.144).

119 DUSSEL, Enrique. Ética da libertação. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2000. p.278-9

120 Cf. LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução ao direito moderno**. Rio de Janeiro: Agir, 1978. p.100

121 MESTRE ECKHART. **Conversações espirituais**. O Livro da Divina Consolação e outros textos seletos. Tradução de Raimundo Vier et alli. Petrópolis: Vozes, 1999. p.110

freiras que, durante a Segunda Guerra Mundial, tinham cuidado, na Alemanha, de muitas crianças debilitadas. Por ordem de Adolf Hitler, vieram ao orfanato os SS e lhes perguntaram: “quantas crianças vocês têm com retardo mental?” Em alguns casos, as freiras, com muito embaraço, responderam à pergunta em termos matemáticos, e as crianças foram conduzidas para as câmaras de gás. Outras freiras responderam simplesmente: “não temos crianças assim”. Concluindo, Bernhard Häring esclareceu que “esta era a verdadeira resposta para a pergunta que lhes tinha sido feita, pois elas não tinham crianças que quisessem enviar às câmaras de gás. Com um inteligente senso de responsabilidade, elas perceberam que não somente as palavras, mas também os diferentes contextos, podem mudar a substância de uma comunicação. Interpretaram o contexto da presença dos SS, a sua intenção, o clima político do momento, e responderam corretamente o que, de fato, lhes estava sendo perguntado: se tinham crianças para as câmaras de gás”<sup>122</sup>.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. O problema de uma ética jurídica material. *Nomos*. In: **Revista do curso de mestrado em direito da UFC**, Fortaleza, v. XIII/XIV, n. 1/2, jan./dez. 1994/1995.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Maria Araujo e Julián Marias. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1999.
- BALLESTER, Manuel. El fundamento de las normas morales segun Georges Kalinowski. In: **Sapientia**, Buenos Aires, año XLIX, n. 193-194, 1994.
- BERGSON, Henri. **A evolução criadora**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- \_\_\_\_\_. **As duas fontes da moral e da religião**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**: Uma metáfora da condição humana. Petrópolis: Vozes, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Ethos mundial**. Brasília: Letraviva, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Teologia do cativo e da libertação**. Petrópolis: Vozes, 1985.
- BUNGE, Mario. Ética, ciencia y técnica. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1996.
- CASTORIADIS, Cornelius. Autonomie: l'éthique. In: **BUSINO, Giovanni (org.). Autonomie et autotransformation de la société**. Genève: Librairie Droz, 1989.
- \_\_\_\_\_. Feito e a ser feito. **As encruzilhadas do labirinto – V**. Tradução de Lillian do Valle. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.
- CHARDIN, Pierre Teilhard de. **O fenómeno humano**. Tradução de Léon Bourdon e José Terra. Porto: Tavares Martins, 1970.
- CHAUÍ, Marilena. Público, privado, despotismo. In: **NOVAES, Adauto (org.). Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1991.
- COTTA, Sérgio. Persona. In: **MORTARI, Costantino; SANTORO-PASSARELLI, Francesco (org.). Enciclopedia del diritto**. v. XXXIII. Milano: Giuffrè, 1983.

122 HÄRING, Bernhard. **Moral personalista**. Tradução de Márcio Fabri dos Santos. São Paulo: Paulinas, 1974. p.185-6

- D'AGOSTINO, Francesco. **Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.
- \_\_\_\_\_. **Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico**. Milano: Giuffrè, 1963.
- \_\_\_\_\_. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1921.
- DURAND, Guy. Coordonnées de base de l'éthique. In: **Laval théologique et philosophique**, Laval, v. 50, n. 3, oct. 1994.
- DUSSEL, Enrique. Arquitectonica de la ética de la liberacion (sobre las éticas materiales y las morales formales). Reflexão. In: **Revista quadrimestral do Instituto de Filosofia**, Campinas, PUC, ano XXII, n. 71, 1998.
- \_\_\_\_\_. Ética comunitária. Tradução de Jaime Clasen. Petrópolis: Vozes, 1994.
- \_\_\_\_\_. Ética da libertação. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2000.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. La dignité em droit: un axiome. In: **Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques**, Bruxelles, v. 58, n. 1, 2007,
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- FROMM, Erich. **Ética y psicoanálisis**. Tradução de Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- GASSET, José Ortega y. **El hombre y la gente**. t. I. Madrid: Revista de Occidente, 1972.
- GONZAGA, Tomás Antônio. **Tratado de direito natural. Obras Completas**. v. II. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1957.
- GRANADOS, Tomás Melendo. **Sobre el hombre y su dignidad**. Persona y bioética, Sabana, año 2, n. 6, feb./mayo 1999.
- GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto: fondamenti teorici**. Milano: Giuffrè, 2010.
- GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Direito natural**. Visão metafísica & antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- HÄRING, Bernhard. **Moral personalista**. Tradução de Márcio Fabri dos Santos. São Paulo: Paulinas, 1974.
- HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Editora da UNICAMP, 1995.
- KALINOWSKI, Georges. Sobre la relación entre el hecho y el derecho. In: **MASSINI-CORREAS, Carlos I. (org.). El jurnaturalismo actual**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- \_\_\_\_\_. Sobre la relación entre el hecho y el derecho. In: **MASSINI-CORREAS, Carlos I. (org.). El jurnaturalismo actual**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- KLEIN, Zivia. **La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1968.

- LACAMBRA, Luis Legaz y. **Derecho y libertad**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1952.
- LAGARRIGUE, Jacques; LEBE, Guy. *Éthique ou morale? Recherche et Formation*, Lyon, v. 24, n. 1, 1997.
- LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução ao direito moderno**. Rio de Janeiro: Agir, 1978.
- \_\_\_\_\_. **Os direitos do homem e o homem sem direitos**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- MARÍAS, Julián. **A perspectiva cristã**. Tradução de Diva Ribeiro de Toledo Piza. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARTAIN, Jacques. **A filosofia moral**. Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1973.
- \_\_\_\_\_. **Os direitos do homem e a lei natural**. Tradução de Afrânio Coutinho. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.
- MASSINI-CORREAS, Carlos I. Acerca del fundamento de los derechos humanos. In: **MASSINI-CORREAS, Carlos I. (org.). El jusnaturalismo actual**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.
- MESTRE ECKHART. **Conversações espirituais**. O Livro da Divina Consolação e outros textos setetos. Tradução de Raimundo Vier et alii. Petrópolis: Vozes, 1999.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998.
- MONDIN, Battista. A metafísica da pessoa como fundamento da bioética. In: **LADUSÂNS, Stanislavs (org.). Questões atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 1990.
- MONREAL, Eduardo Novoa. **Qué queda del derecho natural?** Reflexiones de un jurista cristiano. Santiago: Benavides López, 1967.
- MOUNIER, Emmanuel. **Le personalisme**. France: Presses Universitaires, 1950.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini et alii. São Paulo: Cultrix, 1999.
- SCHELER, Max. Ética. **Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético**. t. I. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. **A antropologia personalista de Emmanuel Mounier**. São Paulo: Saraiva, 1974.
- SGRECCIA, Elio. Il dibattito attuale in bioetica. In: **PIETRO, Maria Luisa di; SGRECCIA, Elio (org.). Bioetica ed educazione**. Milano: Editrice la Scuola, 1997.
- SILVA, Franklin Leopoldo e. **Bergson: intuição e discurso filosófico**. São Paulo: Loyola, 1994.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. A dignidade do homem como fundamento para o juízo moral. In: **BALTHAZAR, Ubaldo César (org.). Direito, políticas públicas e sociedade. Homenagem ao professor Luiz Carlos Cancelier de Olivo**. Florianópolis: Insular, 2018.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: LTr, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Reflexões sobre a pré-compreensão constitucional: a dignidade do homem como condição de possibilidade de sentido**. Revista Sequência, Florianópolis, n.50, jul. 2005.
- SPAEMANN, Robert. **Felicidade e benevolência**. Ensaio sobre ética. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- TELLES Júnior, Goffredo. Ética. Do mundo da célula ao mundo da cultura. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Tradução do grupo de doutorandos em filosofia da Universidade do R.S. Petrópolis: Vozes, 1996.
- UBALDI, Pietro. **A nova civilização do terceiro milênio**. Tradução de FUNDÁPU. Brasília: Fundação Pietro Ubaldi, 1982.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Escritos de filosofia II**. São Paulo: Loyola, 1988.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Tradução de João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1979.

WOJTYLA, Karol. **Max Scheler e a ética cristã**. Tradução de Diva Toledo Pisa. São Paulo: Editora Universitária Champagnat, 1993.

# A DINÂMICA COOPERATIVO-COMPETITIVA DO FEDERALISMO BRASILEIRO: REFLEXOS NO DIREITO E NAS POLÍTICAS URBANÍSTICAS

Sérgio Laguna Pereira<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Resumo; 1. Introdução; 2. O modelo de Estado federal; 3. A dinâmica cooperativo-competitiva do federalismo brasileiro; 4. A competência urbanística na Constituição Federal de 1988; 5. Um novo modelo de atuação cooperativa em matéria urbanística; 6. Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é analisar, à luz do sistema de repartição de competências previsto na Constituição Federal de 1988, quais são os desafios que se colocam diante da formulação de políticas públicas em âmbito urbanístico. Considerando a qualificação do direito urbanístico como hipótese de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, bem como a competência dos Municípios atinente à elaboração do plano diretor municipal, da ordenação do solo e outros assuntos de interesse local, busca-se identificar os parâmetros que devem reger as relações interfederativas nessa matéria. Apoiada em base lógico-investigativa orientada pelo método indutivo, a pesquisa se utiliza de pesquisa bibliográfica para concluir acerca da necessidade da pactuação e da institucionalização de instâncias de governança aptas a viabilizar, no âmbito do direito urbanístico, uma atuação coordenada e cooperativa de todos os entes federativos.

## 1. INTRODUÇÃO

Para lidar com a organização político-territorial do poder, a Constituição de 1988, ao adotar uma concepção federal de Estado, concebeu um arranjo institucional substancialmente complexo.

Em primeiro lugar, a atual Constituição rompeu com a tradição dual do federalismo brasileiro (que historicamente somente se compunha de União e Estados-membros), incluindo um terceiro nível governamental nessa estrutura; elevou o Município à condição de ente federativo. Além disso, previu técnicas inovadoras de repartição de competências: além da competência privativa de cada ente, ela dispôs sobre a competência concorrente – em que à União compete a edição de normas gerais,

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Advocacia Pública pela AVM Faculdades Integradas e Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Procurador do Estado de Santa Catarina. E-mail: laguna@pge.sc.gov.br

enquanto aos Estados-membros se reserva a legislação suplementar – e sobre a competência comum – em que os entes de todos os níveis devem atuar cooperativamente em uma mesma matéria. Previu, ainda, a competência municipal para legislar e atuar em assuntos de interesse local.

Em suma, estabeleceu-se, na Constituição Federal de 1988, um verdadeiro “condomínio legislativo”, que demanda a atuação dos entes estatais de todos os níveis, ora de maneira privativa, ora de maneira articulada, seja por coordenação ou por cooperação.

O propósito do presente estudo é analisar a dinâmica cooperativa-competitiva do arranjo federativo adotado pela Constituição Federal de 1988, com ênfase nos desafios que, em razão disso, são verificados no âmbito do direito urbanístico. Procurar-se-á identificar quais são os parâmetros básicos que devem reger a relação entre os entes federativos na formulação de políticas públicas urbanísticas, seja sob a perspectiva vertical – na relação da União com os Estados e Municípios -, seja sob a perspectiva horizontal – na relação entre entes de mesmo nível.

Na primeira seção, serão destacados os elementos caracterizadores do modelo de Estado Federal, suas razões determinantes e o modo de organização político-territorial de poder propugnado. Na segunda seção, haverá um exame mais específico da dinâmica cooperativo-competitiva do federalismo brasileiro, tanto em nível vertical quanto horizontal, ressaltando-se como se dá a repartição de competências e as conexões entre entes autônomos e não hierarquizados. Mais adiante, na terceira seção, traz-se à análise a competência legislativa em matéria urbanística, demonstrando-se que ela exige a atuação das três esferas federativas. Por fim, na quarta seção, serão investigados os parâmetros que devem reger a relação entre os entes federativos em sua atuação legislativa e de formulação de políticas públicas no âmbito urbanístico.

Recorrendo à pesquisa bibliográfica, o presente trabalho terá base lógico-investigativa apoiada no método indutivo<sup>2</sup>, tendo sido utilizadas, ainda, as técnicas do referente<sup>3</sup>, da categoria<sup>4</sup> e do conceito operacional<sup>5</sup>.

## 2. O MODELO DE ESTADO FEDERAL

Os Estados nacionais têm assumido duas formas básicas de organização: o Estado Unitário e o Estado Federal. No primeiro caso, há um poder central que concentra todo

2 **MÉTODO INDUTIVO**: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em “pesquisar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed.rev. 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. 13 ed.rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, 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. 13 ed.rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, 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. 13 ed.rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 39).

o poder político; no segundo, há a conjugação de vários centros de poder autônomos. Alguns autores afirmam existir uma terceira forma de organização – o Estado Regional -, que não seria tão centralizado quanto o unitário, sem consistir, no entanto, em uma forma suficientemente descentralizada para ser caracterizado como Estado Federal. Seriam exemplos dessa forma intermediária a Espanha e a Itália.<sup>6 7</sup>

“O sistema federal é uma forma inovadora de lidar-se com a organização político territorial do poder, na qual há um compartilhamento matricial da soberania e não piramidal, mantendo-se a estrutura nacional”<sup>8</sup> Daí porque é possível se afirmar que, em substância, o “arranjo federal é uma parceria, estabelecida e regulada por um pacto, cujas conexões internas refletem um tipo especial de divisão do poder entre os parceiros, baseada no reconhecimento mútuo da integridade de cada um e no esforço de favorecer uma unidade especial entre eles”<sup>9 10</sup>

De acordo com Luiz Fernando Abrucio,

O princípio da soberania compartilhada deve garantir a autonomia dos governos e a interdependência entre eles. (...) os níveis intermediários e locais detêm a capacidade de autogoverno como em qualquer processo de descentralização, com grande raio de poder nos terrenos político, legal, administrativo e financeiro, mas sua força política vai além disso. A peculiaridade da federação reside exatamente na existência de direitos originários pertencentes aos pactuantes subnacionais – sejam estados, províncias, cantões ou até municípios, como no Brasil. Tais direitos não podem ser arbitrariamente retirados pela União e são, além do mais, garantidos por uma Constituição escrita, o principal contrato fiador do pacto político-territorial.<sup>11</sup>

A forma federal é assumida em razão de inúmeros fatores. Estão entre eles razões de geografia e de formação cultural da sociedade. Isto ocorre porque um território muito

6 STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 177

7 “O Estado Unitário acha-se submetido a um processo de renovação estrutural, que decorre da ampliação do grau de descentralização, para alcançar as formas mais avançadas de regionalismo. O Estado Unitário com descentralização regional, como ele se encontra organizado na Constituição da República Italiana de 1947, e na Constituição da Espanha Monárquica de 1978, representa o ensaio de nova forma estatal – o Estado Regional -, tipo intermediário, que se localiza nas fronteiras do Estado Unitário e do Estado Federal” (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed., atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 271)

8 ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do Governo Lula. **In: Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005. p. 42

9 ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do Governo Lula. **In: Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005. p. 43

10 “Pode-se caracterizar a experiência federativa a partir da criação de um Estado único, a partir da União, cuja base jurídica é uma Constituição – de regra escrita e rígida, não havendo direito de secessão, ou seja, o vínculo associativo é indissolúvel. Ainda, a soberania pertence e é desempenhada pelo Estado Federa – a União -, apesar de uma distribuição de competências feita por via constitucional com poderes próprios a cada um dos entes federados, que dispõem, ainda, de rendas próprias de cada esfera para poder fazer face aos encargos de que são titulares. O poder político é partilhado entre os governos federal e estaduais – e, se for o caso, as demais unidades federativas, tais como os municípios – e uma repartição bicameral no legislativo federal, onde é necessária a participação dos componentes da estrutura federal para a definição de seus comportamentos. Deve-se ressaltar, além disso que a cidadania é atribuída pelo Estado Federal – pela União. A federação aparece como bloqueio à concentração autoritária do poder, em face da descentralização de poder que fomenta. Há uma transferência de atividades do centro para a periferia. Dessa forma, federação e democracia têm uma tendência simétrica, embora tal não seja uma contingência inexorável (...).” (STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 178)

11 ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do Governo Lula. **In: Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005. p. 43

grande normalmente resulta em diferenças culturais, sociais, econômicas, políticas e mesmo étnicas, demandando governos atentos às peculiaridades locais.<sup>12</sup>

Os Estados multinacionais e os grandes espaços territoriais reclamam a solução federal para manter o convívio das nações culturalmente diversificadas e o exercício do poder nos territórios continentais. (...) o federalismo não é exclusivamente um processo estrutural, um conjunto de normas de organização e de competências. É, também, um processo histórico e dinâmico.<sup>13</sup>

As competências, em um Estado Federal, podem ser repartidas de diferentes modos, podendo apontar para um modelo mais centralizador, ou prever uma distribuição mais ampla de poderes aos Estados-membros.<sup>14</sup> Se houver inclinação pela concentração do poder central, tem-se o denominado federalismo centrípeto, também conhecido como federalismo por agregação ou associação; se, por outro lado, a opção for por um modelo em que se atribui protagonismo ao poder dos entes subnacionais, ter-se-á a configuração de um federalismo centrífugo (ou por segregação). Mas há ainda a via intermediária de concepção federal tendente a prever “o equilíbrio entre as forças contraditórias da unidade e da diversidade, do localismo e do centralismo”: nesse caso, emerge o federalismo de equilíbrio.<sup>15 16</sup>

O modelo federal de Estado não é um fim em si mesmo, mas apenas um arranjo institucional destinado a garantir uma maior eficácia da atuação estatal. Daí porque, como contrapartida às atribuições que se outorga a cada ente – seja ele central, regional ou local –, devem ser asseguradas as condições necessárias, inclusive financeiras, para o exercício de suas funções. Parte-se da premissa de que “um tratamento localizado dos serviços públicos seria mais eficaz, em face das peculiaridades locais”.<sup>17</sup>

O Brasil se constituiu, indubitavelmente, como um Estado Federal. A Constituição Federal de 1988, no seu art. 1º, estabeleceu que a República Federativa do Brasil é formada pela “união indissolúvel” de Estados, Distrito Federal e Municípios.<sup>18</sup> No art. 18, estabelece que a organização político-administrativa compreende União, Estados,

12 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p.802

13 HORTA, Raul Machado. Formas Simétrica e Assimétrica do Federalismo no Estado Moderno. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 26, n. 1, pp. 85-102, jan/mar. 1998. p. 102

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 799

15 HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed., atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. pp. 274-275

16 “A lógica de descentralização assume variação peculiar em cada espaço-tempo, apresentando-se, sobretudo, na forma de técnica de arranjo político ou de (re)desenho institucional do modelo federativo no plano constitucional, hipótese em que se tem em vista a distribuição do poder ou o (re)equilíbrio de forças dos diversos entes integrantes do pacto, por demanda ou por lógica inversa, mediante distribuição de competências, responsabilidades e poder político-econômico.” (PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. O federalismo brasileiro e a lógica cooperativa-competitiva. In: **PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coordenadoras). Consórcios Públicos: Instrumentos do Federalismo Cooperativo**. pp. 31-57. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 36)

17 LEITE, Fábio Augusto de Castro Cavalcanti Montanha. Análise do Federalismo anti-cooperativo brasileiro pós-Constituição de 1988: uma reformulação necessária. In: **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 3, n. 2, pp. 281-306, set. 2016. p. 285

18 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.

Distrito Federal e Municípios, todos autônomos.<sup>19</sup>

Conforme assinala Paulo Bonavides, a Constituição Federal de 1988, de “modo decisivo, inédito e inovador”, inseriu o município na organização político-administrativa da República, criando uma terceira esfera de autonomia, promovendo, desse modo, verdadeiro rompimento com a tradição dual do federalismo brasileiro.<sup>20 21</sup>

A Constituição Federal de 1988, além disso, elevou a forma federativa de Estado à condição de cláusula pétrea. No art. 60, § 4º, inciso I, estabeleceu que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado. Consoante destaca Raul Machado Horta, trata-se de uma proteção ampla e substancial; não apenas se impede a validade de emenda à Constituição tendente a abolir a forma federativa, mas se proíbe a própria tramitação de matéria que tenha esse fim. E destaca: “Nessa tendência ou nessa inclinação abolitória introduziu-se a forma oblíqua, o procedimento dissimulado, a técnica de escamoteação, visando alcançar, numa ou outra hipótese, o objetivo vedado da abolição”.<sup>22</sup>

Nos arts. 21 a 25, 30 e 32 da Constituição Federal de 1988 é estabelecida a distribuição das competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.<sup>23</sup> Há as competências privativas de cada um, assim como há a previsão das hipóteses de competências comuns e concorrentes, em que ocorre um compartilhamento de atribuições e deveres, casos em que deve haver uma atuação cooperativa e complementar entre as diferentes esferas. Pode-se afirmar que há, assim, um programa político-normativo que vincula os “órgãos estatais aos ditames constitucionais no âmbito das atribuições e competências delineadas para cada esfera federativa estatal”.<sup>24</sup>

### 3. A DINÂMICA COOPERATIVO-COMPETITIVA DO FEDERALISMO BRASILEIRO

A adequada coordenação entre as esferas de governo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – deve pressupor um equilíbrio entre as formas de cooperação

19 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 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: 21 out. 2018.

20 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 357

21 “Muitos sustentam que, a partir da Constituição de 1988, os Municípios passaram a gozar do *status* de integrantes da Federação (...). Embora seja essa a corrente predominante, há ponderosas razões em contrário. Veja-se que é típico do Estado Federal a participação das entidades federadas na formação da vontade federal, do que resulta a criação do Senado Federal, que, entre nós, não tem, na sua composição, representantes de Municípios. Os Municípios tampouco mantêm um Poder Judiciário, como ocorre com os Estados e com a União. Além disso, a intervenção nos Municípios situados em Estado-membro está a cargo deste. Afinal, a competência originária do STF para resolver pendências entre entidades componentes da Federação não inclui as hipóteses em que o Município compõe um dos pólos da lide”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 815)

22 HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed., atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. pp. 418-419

23 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 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: 21 out. 2018.

24 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A Competência Constitucional Legislativa em Matéria Ambiental: à luz do “federalismo cooperativo ecológico” consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro. **In: Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 71, pp. 55-116, jul/set. 2013. p. 57

e de competição. Ao passo que muitas das competências estão compartilhadas entre mais de um ente federativo, devendo ser exercidas de modo conjugado e articulado, o caráter dinâmico do processo de delimitação material dos âmbitos de competência de cada um produz uma tendência conflitiva.

Daí toda federação ter de combinar formas benignas de cooperação e competição. No caso da primeira, não se trata de impor formas de participação conjunta, mas de instaurar mecanismos de parceria que sejam aprovados pelos entes federativos. O *modus operandi* cooperativo é fundamental para otimizar a utilização de recursos comuns, como nas questões ambientais ou problemas de ação coletiva que cobrem mais de uma jurisdição (caso dos transportes metropolitanos); para auxiliar governos menos capacitados ou mais pobres a realizarem determinadas tarefas e para integrar melhor o conjunto de políticas públicas compartilhadas, evitando o jogo de empurra entre os entes. Ainda é peça chave no ataque a comportamentos financeiros predatórios, que repassam custos de um ente à nação, como também na distribuição de informação sobre as fórmulas administrativas bem-sucedidas, incentivando o associativismo intergovernamental.<sup>25</sup>

Como no modelo do Estado Federal há mais de uma “ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos”.<sup>26</sup> O instrumento que se presta a essa finalidade é justamente a repartição de competências.

Conforme destacam Luiz Fernando Abrucio e Márcia Miranda Soares, no modelo federativo há dois tipos básicos de relacionamento intergovernamental: o competitivo e o cooperativo.

O primeiro atribui ênfase na separação entre os níveis de governo, aproximando-se do federalismo norte-americano. Há uma competição política que exerce controle entre os entes, impedindo avanços de caráter autoritário; além disso, incentiva inovação nas políticas públicas, possibilitando um experimentalismo democrático, e previne uma excessiva sobreposição de funções e espaço político, o que garante maior autonomia.

O relacionamento cooperativo, por outro lado, tem inspiração nos modelos alemão e australiano. Confere ênfase a um maior entrelaçamento entre as esferas de governo, a fim de que o compartilhamento de tarefas possibilite uma interação entre os entes federativos. Nessa perspectiva, torna-se imprescindível mecanismos que viabilizem ações conjuntas nas políticas, garantindo a representação e participação de todos os entes federados.<sup>27</sup>

A dinâmica de interação entre os entes pode ser classificada também sob a perspectiva da coordenação e da cooperação, o que se relaciona com as técnicas de repartição de competência utilizadas em cada caso, ou seja, das competências concorrentes e comuns.

A função de coordenação consiste em um modo diferente de atribuição e exercício

25 ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do Governo Lula. In: *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005. p. 44

26 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 799

27 ABRUCIO, Luiz Fernando; SOARES, Márcia Miranda. *Redes Federativas no Brasil: Cooperação Intermunicipal no Grande ABC*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 38-42

conjunto de competências, no qual os integrantes da federação possuem relativa participação. Trata-se de procedimento no qual todos buscam um resultado comum, materializado através da técnica da repartição de competências concorrentes previstas no art. 24 da Constituição Federal de 1988.

A função de cooperação, por sua vez, requer a atuação conjunta dos entes federados, ou seja, todos devem exercer suas competências conjuntamente. Significa dizer que não há prevalência de nenhuma das esferas de poder sobre outra, resultando em responsabilidades igualmente comuns. O pressuposto da coordenação e a estreita interdependência que existe entre inúmeras matérias e programas de interesse comum, correspondendo, na prática, às chamadas competências comuns previstas no art. 23 da Constituição de 1988. O que caracteriza a cooperação é o fato de que embora a decisão seja conjunta, a execução dos atos ocorre individualmente, cada ente executa suas ações, podendo estas, entretanto, serem realizadas também conjuntamente.<sup>28</sup>

Ao se colocar o modelo federativo brasileiro em perspectiva, pode-se vislumbrar as dificuldades do arranjo institucional que devem ser problematizadas.

De um lado, a Constituição Federal de 1988 se utiliza de técnicas avançadas de distribuição de competências, que, por terem atribuído aos entes subnacionais funções em áreas importantes, haveriam de predispor-los a se engajar no desenvolvimento de políticas públicas relevantes.<sup>29</sup>

Por outro lado, entretanto, produziu-se uma espécie de “federalismo compartimentalizado”, em que não havia incentivos para o compartilhamento de tarefas e a atuação consorciada”. Como explicam Maria Coeli Simões Pires e Jean Nogueira, isso produziu um “jogo de empurra” entre as esferas de governo, principalmente no terreno das políticas públicas, já que em uma Federação o entrelaçamento cooperativo dos níveis de governo é a regra básica na produção e no gerenciamento de programas públicos, especialmente na área social”.<sup>30</sup>

A chave da questão, portanto, é o equilíbrio e a coordenação. Sem eles, o arranjo institucional pode resultar em caminhos opostos e extremos, dificultando, sobremaneira, a “execução de políticas efetivas e que gerem benefícios distribuídos”. Como advertem Breno Longobucco e Matheus Novais,

[...] de um lado, podem-se vislumbrar relações intergovernamentais baseadas num modelo hierárquico de submissão e cooptação, sob as bases de um autoritarismo; de

28 CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. Autonomia municipal e Estatuto da Metrópole: significados. In: **Revista Direito e Política**, São Paulo, v. 22, pp. 109-143, jan/dez. 2015. p. 127

29 “O deslocamento de matérias da competência exclusiva da União para o da legislação comum, a ser objeto de dupla atividade legislativa, a da União no domínio da legislação de normas gerais e a do Estado na complementação da legislação federal, representa um reforço quantitativo e qualitativo da competência estadual para legislar. Cada Estado-Membro afeiçoa às necessidades de seu ordenamento a legislação federal de normas gerais, desde que essa legislação não se torne exaustiva e integral. É da natureza da legislação de normas gerais a não exaustividade de seus preceitos, de forma a permitir o seu preenchimento na via da legislação complementar estadual. A ampliação do campo da legislação comum é particularmente adequada ao federalismo de dimensão continental, como o brasileiro, no qual as unidades federadas não se apresentam homogêneas e, ao contrário, exibem flagrantes disparidades de estrutura econômica, social, financeira e administrativa.” (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed., atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 282)

30 PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. O federalismo brasileiro e a lógica cooperativa-competitiva. In: **PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coordenadoras). Consórcios Públicos: Instrumentos do Federalismo Cooperativo**. pp. 31-57. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 46

outro, vigora uma situação de separação, compartimentalização entre os níveis de governo, o que pode gerar uma competição interestadual e/ou intermunicipal, culminando em políticas descoordenadas e desajustadas.<sup>31</sup>

Afigura-se importante afirmar, não obstante, o caráter cooperativo do federalismo brasileiro. Ainda que os entes federativos gozem de relativa autonomia, e que estejam caracterizados por diferenças sociais, econômicas, culturais e políticas, as quais coexistem em um ambiente institucionalmente confuso e por vezes conflitante,<sup>32</sup> deve-se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 previu que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem atuar de forma conjugada e articulada, notadamente nas competências comuns e concorrentes (arts. 23 e 24), promovendo a redução das desigualdades regionais, o que constitui, a propósito, um dos objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3º, III).<sup>33 34</sup>

Essa atuação cooperativa, em primeiro lugar, deve se operar no plano vertical, na relação interfederativa que envolve o ente de maior abrangência e o ente de abrangência regional ou local. A União e os Estados, e estes e os Municípios, devem cooperar entre si no planejamento e execução das políticas públicas que lhe sejam comuns.

Não se pode olvidar, todavia, o dever de cooperação no plano horizontal, na relação interfederativa entre entes de igual nível. Os Estados ou os Municípios entre si também devem cooperar, eventualmente pactuando e institucionalizando novas instâncias de governança que otimizem esforços e recursos.

Por fim, o dever de cooperação não compreende apenas atos comissivos, ou seja, o engajamento efetivo nas políticas públicas que devam ser planejadas e executadas de modo articulado. Ele se estende também ao dever dos entes federados de se absterem de adotar medidas que possam inviabilizar políticas públicas que estejam a cargo de outra esfera de governo.

#### 4. A COMPETÊNCIA URBANÍSTICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Já se disse que, segundo ensina Raul Machado Horta, a “repartição de competências é a técnica que, a serviço da pluralidade dos ordenamentos do Estado federal,

31 LONGOBUCCO, Breno; NOVAIS, Matheus Guimarães. A concepção jurídica das regiões metropolitanas no Brasil: um estudo sobre o modelo institucional e o arcabouço legal da Região Metropolitana de Belo Horizonte. In: **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, ano 15, n. 53, p. 119-139, jul/set. 2014. p. 122

32 MOREIRA, Allan Gomes. O Federalismo Cooperativo Brasileiro e o Problema do Planejamento Orçamentário: os repasses do FPE aos Estados-membros. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 121, pp. 335-357, mar/abr. 2015. p. 345

33 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 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: 21 out. 2018.

34 “A Constituição Federal de 1988 não interrompeu a política de desenvolvimento regional do federalismo cooperativo. Contemplou na União a competência para ‘elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social’ (art. 21, IX). A competência para elaborar planos nacionais e regionais de desenvolvimento constitui uma das formas ativas do federalismo cooperativo, inaugurado na Constituição de 1946, em procedimentos fragmentários, para atingir instrumentos de atuação mais consistentes na Constituição de 1988.” (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed., atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 422)

mantém a ‘unidade dialética de duas tendências contraditórias: a tendência à unidade e a tendência à diversidade.’<sup>35</sup>

*A legislação concorrente* encerra apreciável conjunto de matéria legislativa, para ser objeto da atividade da União, dos Estados e do Distrito Federal, observadas as regras que a Constituição estabeleceu (art. 24, §§ 1º, 2º, 3º, 4º). *Na legislação concorrente*, cabe à União estabelecer normas gerais e aos Estados deferiu-se a competência de legislação suplementar, que poderá tornar-se competência legislativa completa, na ausência de lei federal de normas gerais.<sup>36</sup>

Nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal de 1988, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito urbanístico.<sup>37</sup> Isto significa que, em matéria urbanística, à União compete a edição de normas gerais, enquanto aos Estados fica assegurado a edição de legislação suplementar.

Aos Municípios, além das cláusulas gerais que lhe atribuem competência para “legislar sobre assuntos de interesse local” e “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (art. 30, I e II), há a previsão expressa de sua competência para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII); “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (art. 30, IX); e estabelecer a política de desenvolvimento urbano, em diretrizes fixadas em lei, tendo “por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182).

Quanto à competência municipal, merece destaque, ainda, a competência para editar o plano diretor, o qual constitui um importante protagonista, pois a ele é conferido o *status* de “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”.<sup>38 39</sup>

A União, no exercício de sua competência, editou a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, também conhecida como Estatuto da Cidade, que “regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”.<sup>40</sup> De acordo com esse diploma normativo, compete à União “legislar sobre

35 HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed., atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 218.

36 HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed., atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. pp. 424-425

37 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 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: 21 out. 2018.

38 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 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: 21 out. 2018.

39 O plano diretor, em sua vertente política, tem a função de atuar como verdadeiro instrumento de intervenção social, “reconhecendo a cidade como espaço de realizações da sociedade e prescrevendo caminhos para o seu desenvolvimento justo e sustentável”. (FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih. Plano Diretor e Inclusão Social no Espaço Urbano. In: **Revista de Direitos Difusos**, Rio de Janeiro, v. 46, pp. 29-39, mai/ago. 2008. p. 29). Daí porque se diz que, mais do que um instrumento técnico, o plano diretor consubstancia um “instrumento sociopolítico em que se define o conteúdo para o exercício de direitos individuais de propriedade imobiliária urbana”. (SANTOS, Juliana Cavalcanti dos. A função social da propriedade urbana sob o ponto de vista do Estatuto da Cidade. In: **ALVIM, José Manoel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (Org.). Estatuto da Cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 573)

40 BRASIL. **Lei n. 10.257**, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.

normas gerais de direito urbanístico” (art. 3º, I), bem como dispor sobre “normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”; prevê, ainda, que a União deve “instituir diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana”, assim como “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”. O Estatuto da Cidade, ainda, traz disposições gerais sobre os instrumentos da política urbana, sobre o conteúdo mínimo do plano diretor a ser editado pelos Municípios e sobre modos de efetivar a gestão democrática urbana.

Como se observa, há um verdadeiro “condomínio legislativo” em matéria urbanística, sendo atribuídas funções a todos os entes da Federação. O objetivo primordial da política urbana, não obstante, não é apenas delimitar posições jurídicas exigíveis do Estado, relativas a direitos subjetivos específicos. Ela tem relação com a própria estruturação do ambiente urbano como um todo,<sup>41</sup> visando à concretização de um direito fundamental à cidade. Os direitos fundamentais – em especial os econômicos, sociais e culturais – não são efetivados em abstrato, mas eles devem ser materializados no tempo e no espaço, ou seja, no meio urbano. Portanto, a efetiva apropriação do espaço urbano pelos cidadãos, de forma democrática e sustentável – visando atender à presente e às futuras gerações –, é condição para a efetividade dos direitos fundamentais.<sup>42</sup>

Nessa ordem de ideias, o programa constitucional urbanístico se estrutura em três vertentes: planejamento urbano, gestão democrática e solidarismo. No que tange aos dois primeiros aspectos, trata-se de deveres impostos ao Poder Público, o qual deve promover o planejamento urbano mediante um processo democratizado. Por outro lado, no que tange ao solidarismo, reconhece-se que há uma dimensão da estruturação urbana que demanda um comprometimento e uma atuação dos próprios cidadãos, que devem compatibilizar suas iniciativas sociais e econômicas com as diretrizes de desenvolvimento definidas no plano diretor.<sup>43</sup>

O grande desafio que se coloca, nesse quadro, é desenvolver um arranjo institucional que contribua para a atuação coordenada e cooperativa dos entes federativos em matéria urbanística, aprimorando as relações intergovernamentais nas suas interações. Veja-se que a complexidade da matéria se torna ainda maior quando se percebe que a

41 REISDORFER, Guilherme F. Dias. Definição e concretização do direito à cidade: entre direitos e deveres fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, ano 3, v. 19, p.177-197, jul/ago. 2015. p. 178

42 O direito à cidade não constitui um conceito fechado. Ele diz respeito a um conjunto de necessidades humanas relacionadas à estruturação do espaço urbano; é um feixe de posições jurídicas de direito fundamentais. Trata-se, portanto, de uma construção histórica, própria de cada tempo e lugar. Embora muitos relacionem o direito à cidade com o direito à moradia, a isso ele não se restringe. Ele pressupõe o atendimento de condições mais amplas e não relacionadas a posições jurídicas individuais específicas. Logo, a realização do direito à cidade passa pela construção de um ambiente urbano sadio para a coletividade, que não realize apenas direitos individuais dos moradores, mas sim um conjunto de direitos coletivos como infraestrutura urbana, serviços essenciais e meio ambiente equilibrado.

43 REISDORFER, Guilherme F. Dias. Definição e concretização do direito à cidade: entre direitos e deveres fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, ano 3, v. 19, p.177-197, jul/ago. 2015. p. 179

competência nessa área é atribuída, em perspectiva vertical, aos três níveis federativos – União, Estados e Municípios; além disso, em perspectiva horizontal, é muito comum que, em regiões de grande aglomeração urbana, tal como regiões metropolitanas, a atuação cooperativa deve ocorrer entre entes federativos de mesmo nível (vários Municípios), dentre os quais normalmente se verificam desigualdades econômicas, sociais e geográficas significativas.

## 5. UM NOVO MODELO DE ATUAÇÃO COOPERATIVA EM MATÉRIA URBANÍSTICA

De acordo com lição de Eros Roberto Grau, o direito “não é uma simples representação da realidade social, externa a ela, mas, sim, um nível funcional do todo social”. Assim, o direito “atua também como instrumento de mudança social, interagindo em relação a todos os demais níveis – ou estruturas regionais – da estrutura social global”.<sup>44</sup>

No âmbito urbanístico, portanto, constitui tarefa relevante para o direito a formulação de um novo arranjo institucional “que arrefeça as autonomias e integre, de fato, horizontal e verticalmente, os atuais entes”.<sup>45</sup> Há que se almejar um aprimoramento das relações intergovernamentais, uma vez que,

[...] nos Estados Federais, onde convivem a autonomia dos governos subnacionais e a necessária interdependência e unidade que decorre do pacto constitucional federativo, a criação de instrumentos de articulação intergovernamental não é somente uma necessidade, mas condição estruturante, em função da recorrente demanda por comunicação, cooperação e colaboração entre governos autônomos e, ao mesmo tempo, interdependentes.<sup>46</sup>

Conforme observa Paula Ravanelli Losada, deve-se valorizar a estrutura federativa de organização do Estado, dotando-a de flexibilidade, “institucionalizando e pactuando novas instâncias de governança regional e modelos de concertação territoriais, com geometria variável, diversos objetivos compartilhados entre esferas de governo e participação de uma grande variedade de atores públicos, sociais e privados”.<sup>47</sup>

Para a formulação de um novo modelo, o primeiro aspecto a ser considerado é a democratização da gestão urbana. Nos termos do art. 29, XII, da Constituição Federal de 1988, há a previsão de “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”,<sup>48</sup> o que constitui um indicativo bastante claro a respeito do dever constitucional

44 GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 19-20

45 CAPOBIANCO, Antônio Marcos. Relações Intergovernamentais na metrópole – adequação institucional para a ação. In: **Revista de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, ano 50, n. 253, pp. 36-45, mai/jun. 2005. p. 38

46 LOSADA, Paula Ravanelli. O Comitê de Articulação Federativa: Instrumento de Coordenação e Cooperação Intergovernamental de Políticas Públicas no Brasil. In: **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, São Paulo, n. 21, pp. 40-60, dez/jan. 2009. p. 41

47 LOSADA, Paula Ravanelli. O Comitê de Articulação Federativa: Instrumento de Coordenação e Cooperação Intergovernamental de Políticas Públicas no Brasil. In: **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, São Paulo, n. 21, pp. 40-60, dez/jan. 2009. pp. 41-42

48 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 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: 21 out. 2018.

de pluralização do processo de elaboração das políticas públicas urbanísticas.<sup>49</sup>

Essa democratização deve ser reconhecida ao nível institucional – integrando e levando em consideração todos os entes estatais que tenham interesse na elaboração dessas políticas.<sup>50</sup> Isso significa dizer, em perspectiva vertical, que os entes de maior abrangência, como a União e os Estados, devem levar em consideração os interesses locais dos Municípios na formulação de suas políticas, estabelecendo, para tanto, um diálogo institucional permanente. Por outro lado, em perspectiva horizontal, os Municípios vizinhos, notadamente em regiões metropolitanas, também devem estabelecer mecanismos de governança que lhe permitam formular políticas em conjunto, evitando atritos e otimizando recursos e soluções.<sup>51</sup>

A coordenação federativa pode realizar-se, em primeiro lugar, por meio de regras legais que obriguem os atores a compartilhar decisões e tarefas – definição de competências no terreno das políticas públicas, por exemplo. Além disso, podem existir fóruns federativos, com a participação dos próprios entes – como os senados em geral – ou que eles possam acionar na defesa de seus direitos – como as cortes constitucionais. A construção de uma cultura política baseada no respeito mútuo e na negociação no plano intergovernamental é outro elemento importante. A forma de funcionamento das instituições representativas, tais como os partidos e o Parlamento, pode favorecer certos resultados intergovernamentais.<sup>52</sup>

De acordo com Manuel Castells e Jordi Borja,

[...] é preciso criar estruturas metropolitanas de planificação territorial e estratégia, de programação conjunta dos investimentos de desenvolvimento urbano e de gestão dos serviços de âmbito supramunicipal. O governo metropolitano deve ser entendido como uma relação contratual ou consorcial entre administrações e não como uma relação hierárquica, embora seus acordos sejam impostos a todos. O governo do território metropolitano não pode corresponder a um único nível do Estado, e sim a todos (central, estadual, municipal). Paralelamente, a grande cidade deve ser descentralizada por

49 Aliás, não é por outra razão que o Estatuto da Cidade, no art. 40, § 4º, prevê expressamente que, no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, deve ser garantida a promoção de audiências públicas e debates, participação da população e de associações dos vários segmentos da comunidade, bem como publicidade e acesso quanto a documentos e informações produzidos. (BRASIL. **Lei n. 10.257**, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.)

50 “Trata-se da análise do problema da coordenação intergovernamental, isto é, das formas de integração, compartilhamento e decisão conjunta presentes nas federações. Essa questão torna-se bastante importante com a complexificação das relações intergovernamentais ocorrida em todo o mundo nos últimos anos. Isso se deveu à convivência de tendências conflituosas e de intrincada solução”. (ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do Governo Lula. **In: Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005. p. 41)

51 Conforme relata Paula Ravanelli Losada, nos últimos anos, “A descentralização política, administrativa e fiscal foi igualmente acompanhada da tentativa de democratizar o plano local. Chama a atenção à instituição de canais de participação na gestão pública, que integrou novos atores sociais na formulação e execução de políticas públicas, tanto pela instituição dos conselhos setoriais de políticas sociais, previstos na Constituição de 1988, como pela criação de novos mecanismos de participação na gestão pública, cujo exemplo mais conhecido é o Orçamento Participativo. Porém, as conquistas da democratização não apagam os problemas dos governos locais brasileiros. (LOSADA, Paula Ravanelli. O Comitê de Articulação Federativa: Instrumento de Coordenação e Cooperação Intergovernamental de Políticas Públicas no Brasil. **In: Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, São Paulo, n. 21, pp. 40-60, dez/jan. 2009. p. 49)

52 ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do Governo Lula. **In: Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005. pp. 45-46

distrito ou localidades, tanto no nível político como no nível administrativo.<sup>53</sup>

E prosseguem dizendo que:

A reivindicação histórica de autonomia local que caracteriza o municipalismo, a exigência de levar mais longe os processos de descentralização política e administrativa da cultura democrática moderna e a atribuição de recursos públicos superiores no exercício adequado de suas competências não são, atualmente, o bastante. O governo local capaz de dar resposta aos atuais desafios urbanos e de construir um projeto de cidade, assim como de liderá-lo, tem de ser um governo promotor.

A autonomia local tem sido entendida como a proteção legal à capacidade de auto-organização, às competências exclusivas e específicas, ao direito de agir em todos os campos de interesse geral da cidadania e à disponibilidade de recursos próprios não condicionados. O princípio legitimador da autonomia é o da proximidade, o que permite estabelecer uma relação direta e imediata da organização representativa e da estrutura administrativa com o território e a população. O princípio da proximidade continua sendo válido assim como a reivindicação da autonomia local. [...] A questão da autonomia não está, portanto, superada. Porém, os tempos atuais exigem o estabelecimento de algo mais, pois cidade e governo local já não são o mesmo que antes.<sup>54</sup>

Nesse contexto, deve ser reconhecida a necessidade de se estabelecer um novo tipo de relação do nível municipal com as administrações públicas de abrangência superior. Mesmo que se reconheça a autonomia municipal, o exercício das competências urbanísticas demanda uma cooperação interadministrativa em áreas como transporte público, promoção econômica do território, políticas de meio ambiente e de combate à pobreza, entre outros. “Os contratos urbanos estão destinados a se converterem num novo paradigma de relacionamento entre administrações públicas”.<sup>55</sup> Isto se dá porque, “no âmbito metropolitano, o governo do território exige, quase sempre, ir além da relação contratual, sem que isto redunde, necessariamente, na criação de um novo governo local ou departamental que elimine ou submeta os governos municipais”.<sup>56</sup>

Já adotando essa nova perspectiva, a União editou recentemente a Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que instituiu o Estatuto da Metrôpole.<sup>57</sup> O referido diploma normativo traz parâmetros interessantes e adequados à indução de políticas públicas cooperativas entre os entes federados.

O Estatuto da Metrôpole dispõe, em primeiro lugar, sobre um modelo de governança interfederativa com vistas à “implantação de um processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum”,<sup>58</sup> ao

53 CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. As cidades como atores políticos. In: *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 45, pp. 153-174, jul. 1996. p. 164

54 CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. As cidades como atores políticos. In: *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 45, pp. 153-174, jul. 1996. pp. 158-159

55 CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. As cidades como atores políticos. In: *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 45, pp. 153-174, jul. 1996. p. 159

56 CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. As cidades como atores políticos. In: *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 45, pp. 153-174, jul. 1996. p. 159

57 BRASIL. **Lei n. 13.089**, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.

58 Art. 7º, I, do Estatuto da Metrôpole (BRASIL. **Lei n. 13.089**, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <[183](http://</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

“estabelecimento de um sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas”,<sup>59</sup> à “participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e de tomada de decisão”,<sup>60</sup> bem como à “compensação por serviços ambientais ou outros serviços prestados pelo Município à unidade territorial urbana”.<sup>61</sup>

Prevê, além disso, instrumentos próprios para esse novo modelo, do que se destaca os planos de desenvolvimento urbano integrado aprovado em lei estadual, planos setoriais interfederativos, fundos públicos, operações urbanas consorciadas, zonas para aplicação compartilhada de instrumentos urbanísticos, convênios de cooperação, contratos de gestão, parcerias público-privadas e compensação por serviços ambientais ou de outra natureza.<sup>62</sup>

Dentre os princípios de regem o Estatuto da Metrópole, colaciona-se o da prevalência do interesse comum sobre o local,<sup>63</sup> o do compartilhamento de responsabilidades para a promoção do desenvolvimento urbano integrado, o da autonomia dos entes da Federação, o da observância das peculiaridades regionais e locais, o da gestão democrática da cidade, o da efetividade no uso dos recursos públicos e o da busca do desenvolvimento sustentável.<sup>64</sup>

Pode-se considerar, portanto, que o Estatuto da Metrópole, embora consista em diploma normativo direcionado à situação particular das regiões metropolitanas, constitui referência relevante para a formulação e implementação de um novo modelo de governança interfederativa, para o planejamento urbano integrado, otimização de recursos que concorrem para as políticas públicas urbanísticas e para a busca do desenvolvimento sustentável.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista das questões suscitadas no presente estudo, pôde-se verificar que o modelo de Estado Federal constitui um arranjo institucional ainda em construção. Ele

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.).

59 Art. 7º, III, do Estatuto da Metrópole (BRASIL. **Lei n. 13.089**, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.).

60 Art. 7º, V, do Estatuto da Metrópole (BRASIL. **Lei n. 13.089**, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.).

61 Art. 7º, VII, do Estatuto da Metrópole (BRASIL. **Lei n. 13.089**, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.).

62 Art. 9º do Estatuto da Metrópole (BRASIL. **Lei n. 13.089**, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.).

63 Dentre todos os princípios enumerados no Estatuto da Metrópole, esse é o de viés mais questionável. Conforme ensina Luciola Cabral, “as bases para qualquer sistema de cooperação devem ser horizontais e não verticais, não deve haver, de fato, prevalência do interesse de um ente político em detrimento de outro ou da coletividade, mas é indispensável possuir razões objetivas para fazer prevalecer este ou aquele interesse. É nisso que reside o conceito de “funções de interesse comum” e é nesse sentido amplo de colaboração e de cooperação que devem ser compreendidos os princípios constantes do art. 6º, da Lei n. 13.099/2015, haja vista que enquanto princípios, devem orientar a interpretação constitucional no sentido da ponderação e efetiva aplicação da norma e não para a imposição de autoridade. (CABRAL, Luciola Maria de Aquino. *Autonomia municipal e Estatuto da Metrópole*: significados. In: **Revista Direito e Política**, São Paulo, v. 22, pp. 109-143, jan/dez. 2015. p. 140)

64 Art. 9º, *caput* e incisos, do Estatuto da Metrópole (BRASIL. **Lei n. 13.089**, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.).

não constitui uma fórmula pronta e acabada, mas sim decorre de um processo histórico e dinâmico de construção que deve levar em consideração os elementos sociais, econômicos e culturais de cada comunidade política regional ou local.

Foi possível analisar, ao longo do texto, a complexidade do modelo federativo multinível, com o emprego de técnicas de repartição de competência concorrentes e comuns. Ainda que de forma sucinta, foi possível discorrer, também, acerca da dinâmica cooperativa-competitiva do federalismo brasileiro, que revela a constante tensão institucional que há entre os entes federativos, seja na perspectiva vertical, entre entes de maior e menor abrangência territorial, seja na perspectiva horizontal entre entes de mesmo nível.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 atribuiu a competência urbanística a todos os níveis federativos, imputando simultaneamente responsabilidades à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conclui-se que constitui um desafio importante a formulação de um modelo de governança interfederativa, de natureza cooperativa, que seja apto a produzir política públicas que sejam eficientes, efetivas e que prezem pelo respeito às peculiaridades locais e pelo desenvolvimento sustentável.

Se não há a possibilidade de indicação de uma fórmula pronta, tendo em vista a necessidade do reconhecimento das autonomias locais e da existência de diversidade de condições políticas, sociais, econômicas e culturais nas diferentes regiões do país, pode-se, não obstante, sustentar que o Estatuto da Metrópole traz parâmetros adequados a orientar a criação de fóruns permanentes de formulação de planejamento urbano integrado, bem como princípios e instrumentos a serem adotados nesse processo. Consoante previsto naquele diploma normativo, afigura-se indispensável uma fórmula que implemente um processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas urbanísticas. E esse processo, volta-se a ressaltar, deve ocorrer de forma democrática, com a participação não restrita apenas aos atores estatais, mas envolvendo também a sociedade civil e a iniciativa privada.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do Governo Lula. In: **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005.

ABRUCIO, Luiz Fernando; SOARES, Márcia Miranda. **Redes Federativas no Brasil: Cooperação Intermunicipal no Grande ABC**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 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: 21 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.257**, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.089**, de 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm)>. Acesso em: 21 out. 2018.

CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. Autonomia municipal e Estatuto da Metrópole: significados. **In: Revista Direito e Política**, São Paulo, v. 22, pp. 109-143, jan/dez. 2015.

CAPOBIANCO, Antônio Marcos. Relações Intergovernamentais na metrópole – adequação institucional para a ação. **In: Revista de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, ano 50, n. 253, pp. 36-45, mai/jun. 2005.

CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. As cidades como atores políticos. **In: Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 45, pp. 153-174, jul. 1996.

FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih. Plano Diretor e Inclusão Social no Espaço Urbano. **In: Revista de Direitos Difusos**, Rio de Janeiro, v. 46, pp. 29-39, mai/ago. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed., atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. Formas Simétrica e Assimétrica do Federalismo no Estado Moderno. **In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 26, n. 1, pp. 85-102, jan/mar. 1998.

LEITE, Fábio Augusto de Castro Cavalcanti Montanha. Análise do Federalismo anti-cooperativo brasileiro pós-Constituição de 1988: uma reformulação necessária. **In: Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 3, n. 2, pp. 281-306, set. 2016.

LONGOBUCCO, Breno; NOVAIS, Matheus Guimarães. A concepção jurídica das regiões metropolitanas no Brasil: um estudo sobre o modelo institucional e o arcabouço legal da Região Metropolitana de Belo Horizonte. **In: Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, ano 15, n. 53, p. 119-139, jul/set. 2014.

LOSADA, Paula Ravanelli. O Comitê de Articulação Federativa: Instrumento de Coordenação e Cooperação Intergovernamental de Políticas Públicas no Brasil. **In: Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, São Paulo, n. 21, pp. 40-60, dez/jan. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Allan Gomes. O Federalismo Cooperativo Brasileiro e o Problema do Planejamento Orçamentário: os repasses do FPE aos Estados-membros. **In: Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 121, pp. 335-357, mar/abr. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13 ed.rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. O federalismo brasileiro e a lógica cooperativa-competitiva. **In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coordenadoras). Consórcios Públicos: Instrumentos do Federalismo Cooperativo**. pp. 31-57. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Definição e concretização do direito à cidade: entre direitos e deveres fundamentais. **In: Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, ano 3, v. 19, p.177-197, jul/ago. 2015.

SANTOS, Juliana Cavalcanti dos. A função social da propriedade urbana sob o ponto de vista do Estatuto da Cidade. **In: ALVIM, José Manoel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (Org.). Estatuto da Cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A Competência Constitucional Legislativa em Matéria Ambiental: à luz do “federalismo cooperativo ecológico” consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro. **In: Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 18, n. 71, pp. 55-116, jul/set. 2013.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

# O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO ALTERNATIVA PARA A SUPERAÇÃO DO CONTEXTO DE CRISE E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Thiago Aguiar de Carvalho<sup>1</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução; 2. Sociedade de risco e a crise ambiental; 3. A crise do Estado Moderno; 4. Transnacionalidade; 5. Transconstitucionalismo – um caminho para a realização dos direitos humanos e a superação do contexto de crise; 6. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** O presente artigo se propõe a examinar o transconstitucionalismo como alternativa para o contexto de crise e efetivação dos direitos humanos, especialmente no que se refere a consecução do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida. Iniciando por breve estudo sobre os riscos e desafios que afligem a sociedade contemporânea como consequências do acelerado processo de globalização, logo em seguida faz-se uma abordagem acerca da crise do Estado Moderno e sua incapacidade de resposta aos problemas atuais, passando pela análise da transnacionalidade. No tópico final, é estudado o transconstitucionalismo, voltando-se especialmente para a questão da concretização dos direitos humanos e superação da crise contemporânea. Recorrendo à pesquisa bibliográfica, utilizou-se do método indutivo, além das Técnicas do Referente, a Categoria e do Conceito Operacional.

## 1. INTRODUÇÃO

Com 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 a sua concretização representam um grande desafio na atualidade.

O acelerado processo de degradação ambiental e o risco iminente do colapso dos recursos naturais impõe a necessidade de mudanças, a fim de que se possa manter a qualidade de vida do ser humano e a preservação do ambiente para as presentes e futuras gerações.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica na 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.

As demandas não devem mais ser tratadas apenas a nível local, mas por se tratarem de questões transfronteiriças e transnacionais, que ultrapassam as fronteiras do Estado Nacional, ensejam uma visão de multiplicidade e solidariedade no seu enfrentamento. Assim, o modelo tradicional do Estado Constitucional Moderno se revela insuficiente para o tratamento destas temáticas, as quais requerem uma solução global.

A titularidade difusa dos direitos humanos fundamentais da chamada terceira geração ou dimensão, neles incluído o direito ao meio ambiente e a sadia qualidade de vida, justifica a criação de novos espaços, mecanismos e organizações na busca de soluções eficazes à sua concretização.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objeto o estudo da teoria do transconstitucionalismo como alternativa para o contexto de crise e efetivação dos direitos humanos, especialmente no que se refere a consecução do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida.

Inicialmente, contextualiza-se a sociedade de risco e a crise ambiental, passando-se em seguida para a abordagem da crise do Estado Moderno e sua incapacidade de resposta aos problemas atuais, e na sequência pela análise da transnacionalidade, destacando a adequação dos espaços transnacionais para o enfrentamento das questões atuais e para conjugação entre direitos humanos, desenvolvimento sustentável e sustentabilidade. Por fim, enfrentar-se-á finalmente o transconstitucionalismo, voltando-se a análise especialmente para a questão da concretização dos direitos humanos e superação da crise contemporânea.

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. SOCIEDADE DE RISCO E A CRISE AMBIENTAL

O processo de modernização, fulcrado na produção, circulação, consumo e descarte, ao mesmo tempo em que se regozija com conquistas alcançadas, transformou-se em problema, em razão das instabilidades e dos riscos que as novidades tecnológicas e organizacionais desencadearam, resultando na denominada por Ulrich Beck<sup>6</sup>, sociedade de risco.

2 **Método indutivo:** base lógica da dinâmica da pesquisa científica que consiste em “pesquisar as partes de um fenômeno e coleciona-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. 13.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, 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. 13.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, 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. 13.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015p. 39).

6 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** 2.ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

Esses novos riscos emergiram sem que tivessem se constituído em opção deliberada, pois se sucederam sem uma reflexão adequada sobre as escolhas e seus avanços, gerando, por consequência, resíduos que atentam contra a sadia qualidade de vida e que afetam a humanidade inteira.

O atual contexto de risco e degradação ambiental projetado sobre a sociedade contemporânea impõe novos desafios. O mundo atual vê-se diante da necessidade de manter o crescimento econômico e, na mesma medida, conter ou corrigir a deterioração planetária e, conseqüentemente, manter a própria sobrevivência do ser humano.

O esgotamento dos recursos naturais e os impactos negativos da degradação ambiental, incluindo a desertificação, secas, a degradação dos solos, a escassez de água doce e a perda de biodiversidade encontram-se na lista de desafios que a humanidade necessita enfrentar.

Segundo Zenildo Bodnar e Paulo Cruz:

o mundo já atingiu os limites mais críticos e ameaçadores da sua trajetória. Estas ameaças decorrem do esgotamento dos recursos naturais não renováveis, da falta de distribuição equitativa dos bens ambientais, da configuração do crescimento exponencial da população, da pobreza em grande escala, do surgimento de novos processos tecnológicos excludentes alimentados pelo modelo capitalista.

Todos estes fatores, portanto, resultam da consolidação de uma ética individualista e desinteressada no outro, no distante, nas futuras gerações, num desenvolvimento justo e duradouro.<sup>7</sup>

Juarez Freitas afirma que a atual crise ambiental é superlativa e complexa:

Crise do aquecimento global, do ar irrespirável, da desigualdade brutal de renda, da favelização incontida, da tributação regressiva e indireta, da escassez visível de democracia participativa, da carência flagrante de qualidade da educação (inclusive ambiental), das doenças facilmente evitáveis, da falta de paternidade e maternidade conscientes, do stress hídrico global, da regulação inerte, tardia ou impotente, do desaparecimento das espécies, da queimada criminosa, da produção de resíduos que cresce em ritmo superior ao da população e da impressionante imobilidade urbana.<sup>8</sup>

Desse modo, há que se repensar e se aplicar imediatamente um modelo de desenvolvimento que leve em consideração as gerações futuras e uma política que tenha como base a preservação dos recursos naturais a longo prazo<sup>9</sup>. O desenvolvimento global e qualitativo, aliado à proteção efetiva do meio ambiente, portanto, constitui um dos grandes desafios para as sociedades contemporâneas

Todavia, a proteção do planeta não pode ser parcial, eis que limitar o direito ambiental aos níveis nacionais não tem o poder de resolver os problemas ambientais

7 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O Acesso à Justiça e as Dimensões Materiais da Efetividade da Jurisdição Ambiental. In: SOUZA, Maria Claudia Antunes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Editora Univali, 2013, p. 226.

8 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 25-26.

9 LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 27.

globais, porque o Estado isoladamente, no estreito âmbito de seu território, não tem como garantir a saúde do meio ambiente como um todo<sup>10</sup>.

E nesse sentido, Sarlet nos ensina que a harmonização entre os ordenamentos de diversos Estados se constitui demanda prioritária.

no cenário do mundo globalizado, da sociedade mundial, a existência de um diálogo entre as diversas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais) e o reconhecimento da necessidade de considerável dose de harmonização entre os ordenamentos dos diversos Estados (...), constituem demandas prioritárias<sup>11</sup>

Logo, diante de problemas que atingem a sociedade globalmente, como são as demandas decorrentes da efetivação do direito fundamental ao meio ambiente saudável e equilibrado, faz-se necessário o envolvimento de todos na procura por soluções comuns.

### 3. A CRISE DO ESTADO MODERNO

Em um sentido mais restrito, a noção de Estado somente surgiu na Idade Moderna, a partir do século XVI, como forma de organização política totalmente distinta das que o precederam, emergida a partir da crise da sociedade medieval e a passagem do feudalismo para o capitalismo, com o fortalecimento da burguesia e a necessidade de unificação do poder.

No transcurso da história, “viu-se envolto em um largo processo de consolidação e transformações, passando nos dias de hoje por uma longa transformação/exaustão. Ou melhor, por várias crises interconectadas”<sup>12</sup> – [conceitual, estrutural, institucional, funcional e política ou de representação].

A denominada crise conceitual refere-se ao fato de que a trilogia povo-território-soberania, que caracteriza o chamado Estado Moderno, é insuficiente para dar conta das mudanças vivenciadas na atualidade, sendo a Soberania o fator mais suscetível de redefinição.

O conceito de Soberania surge a partir do Estado Absolutista, época na qual se caracterizava como um poder absoluto, incontestável e perpétuo, de origem divina, cujo titular era o monarca, que a recebia por concessão de Deus.

Depois, é abandonada a ideia de Soberania identificada com a pessoa do soberano, desenvolvendo-se a teoria da Soberania popular, a partir de Rousseau. Mantém-se a noção de Soberania como qualidade intrínseca e definidora do Estado, transferindo-se apenas a titularidade daquele poder.

10 SILVA, Ildete Regina Vale da.; VEIGA JUNIOR, Celso Leal da. Sustentabilidade e fraternidade: algumas reflexões a partir da proposta de um direito ambiental planetário. In: **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 25-42, jan/jun. 2011.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos: Revisitando a Discussão em Torno dos Parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. In: **NEVES, Marcelo (org.). Transnacionalidade do Direito. Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 73.

12 STRECK, Lenio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014, p. 140.

Após a Revolução Francesa, ocorre um novo deslocamento da titularidade do poder soberano, que passa do Povo para a Nação. É a Soberania nacional, a qual é tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível, típica do Estado-Nação. Nesse sentido, é a lição de Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes:

a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontrastável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível.<sup>13</sup>

Essa noção clássica de Soberania, todavia, nos tempos atuais, é corroída no cenário das relações internacionais, pela presença das comunidades supranacionais, pelas organizações econômicas (capital sem pátria; empresas transnacionais), organizações não-governamentais, emergência e consolidação de novas relações sociais cujos protagonistas não são indivíduos, mas sindicatos ou organizações empresariais e pelo caráter solidário do poder estatal.

Nesse diapasão, destacando o fenômeno de integração por meio de comunidades supranacionais, Silvio Dobrowolski salienta que:

também deve ser objeto de consideração, a real perda do poder soberano do Estado, com a ascensão de novas fontes de produção jurídica. A nível externo, o fenômeno das integrações regionais exclui da capacidade decisória da organização estatal diversos tópicos, que passam a ser regidos por meio de acordos internacionais.<sup>14</sup>

No mesmo sentido, José Eduardo Faria ressalta que a partir do surgimento de outros centros de produção jurídica e poder na sociedade contemporânea, há o enfraquecimento do Estado Nacional e, conseqüentemente, “a soberania vai sendo erodida na mesma velocidade com que a política tradicional se descentraliza, desterritorializa e transnacionaliza”.<sup>15</sup>

Nas palavras de Wilson Engelmann:

O certo é que, no sistema da globalização, há um visível declínio do poder dos Estados-nação como agências administrativas e formuladoras de políticas. (...). O Estado-Nação e o seu componente principal chamado de soberania sofrerão adaptações necessárias para este novo contexto, onde também está inserido o Direito e particularmente o Direito Constitucional e o papel desempenhado pela Constituição.<sup>16</sup>

Ângela Espíndola explica que, no contexto do Estado Contemporâneo, a Soberania possui dupla face: interna, que se refere a autonomia e externa, vista como independência. Acrescenta ainda, a partir das lições de Ferrajoli, que a Soberania deixa de ser uma liberdade absoluta, subordinando-se a duas normas fundamentais: o

13 STRECK, Lenio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014, p. 142-143.

14 DOBROWOLSKI, Sílvio. **A constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 305.

15 FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 143.

16 ENGELMANN, Wilson. **A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado**. In: **MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 243.

imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.<sup>17</sup>

E como salientam Lenio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes<sup>18</sup>, a questão da universalização dos direitos humanos é igualmente fundamental para compreender a crise do Estado e da noção clássica de Soberania.

Após a Segunda Guerra Mundial, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), os direitos fundamentais<sup>19</sup> se desprendem de uma concepção meramente estatal, e transformam-se em exigências globais, de toda a humanidade, especialmente os chamados direitos de terceira dimensão ou geração, que “afirmam o princípio da fraternidade ou solidariedade”<sup>20</sup>, são “dotados de enorme carga de humanismo e universalidade”<sup>21</sup>, com natureza transindividual e com titularidade muitas vezes indefinida e indeterminável<sup>22</sup>, cujo grande destinatário é o gênero humano<sup>23</sup>. Ingo Sarlet inclui nesse grupo o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à comunicação, ao meio ambiente e qualidade de vida.<sup>24</sup>

Nesse contexto, “fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”<sup>25</sup>.

Marcelo Neves, por sua vez, ressalta “que a integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou a desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado”<sup>26</sup>. E ainda acrescenta que embora o Estado continue indispensável na sociedade contemporânea, “é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas”<sup>27</sup>.

#### 4. TRANSNACIONALIDADE

Em virtude das transformações que vem sendo processadas na sociedade contemporânea, como decorrência do processo de globalização, observa-se que cada vez

17 ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: **MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 57-59.

18 STRECK, Lenio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014, p. 147.

19 Para fins do presente trabalho não se entrará na distinção conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, considerando as expressões como sinônimos.

20 CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e Justiça Sustentável: Efetividade do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 75.

21 THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 124.

22 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente: Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149.

23 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.

24 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48.

25 PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas. In: **Direitos Humanos e Democracia na era Global**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1. n. 7. Belo Horizonte: IHJ, 2009, p. 14.

26 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 297.

27 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 297.

mais os conceitos clássicos do Direito devem ser revisitados.

E como consequência da crise estatal e da multiplicidade de atores institucionais, no mundo atual, a eficácia do Direito depende principalmente das relações horizontais de reconhecimento normativo.

Como visto, o Estado Constitucional Moderno não responde de forma consistente as necessidades da sociedade atual, notadamente no que refere as demandas transnacionais e nesse sentido se mostra insuficiente, resultando na necessidade de busca de novos caminhos, a fim de garantir a efetividade da tutela dos direitos humanos fundamentais em um cenário globalizado.

Na atualidade, as demandas ultrapassam os níveis de fronteira, o que justifica a necessidade de criação de espaços para tratar dessas questões, chamados de transnacionais.

Nesse novo contexto mundial, portanto, passa a ter relevância o fenômeno da transnacionalidade, emergido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômica e sociocultural pós-segunda guerra mundial, caracterizado pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência do ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.<sup>28</sup>

Entende-se por transnacional, espaços públicos não vinculados a um território específico que ultrapassam a ideia tradicional de nação jurídica, tendo a pluralidade como premissa e possibilitando o exercício de poder a partir de uma pauta de valores comuns voltada à proposição de um novo pacto de civilização, o qual não poderá ser viabilizado pelas instituições nacionais, comunitárias ou internacionais atuais.<sup>29</sup>

Zenildo Bodnar e Paulo Cruz esclarecem:

O prefixo *trans* denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos.

Dessa forma, a expressão latina *trans* significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um locus determinado que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados.

Diversamente da expressão *inter*, a qual sugere a ideia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo *trans* denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços e modelos nacionais.<sup>30</sup>

A transnacionalização ou transnacionalidade é um fenômeno reflexivo da globalização, que se liga fortemente à ideia do *trespasse* estatal. Caracteriza-se pela

28 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 22.

29 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. p. 61.

30 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. p. 56.

permeabilidade estatal e criação de um terceiro espaço, o espaço transnacional, que não se confunde com o nacional ou o internacional.<sup>31</sup>

Assim, diante da crise das bases teóricas do Estado Constitucional Moderno, visivelmente insuficientes para responder aos inúmeros desafios que afligem a sociedade contemporânea, especialmente no que se refere a efetiva realização dos direitos fundamentais em nível global, pensar de forma transnacional aponta-se como um caminho para a obtenção das soluções.

Nesse sentido é importante destacar a proposta do sociólogo alemão Ulrich Beck de substituição das relações “internacionais” de conflito e/ou disputa por relações “transnacionais” de solidariedade e cooperação.<sup>32</sup>

Paulo Cruz e Gabriel Ferrer argumentam que a transnacionalidade abriga o interesse de todos e igualmente pertence a todos:

Os espaços públicos – e, por consequência, o possível futuro espaço público transnacional – ou é de interesse de todos e pertence a todos ou não faz sentido. Ou o excluído – que tem direitos como todos e deve ser considerado em todas as atitudes e movimentos – tem a ver com a mundialização econômico-financeira (e, mais uma vez, com o espaço público transnacional) ou se estará desenvolvendo um puro diletantismo, que interessará apenas às empresas multinacionais, descompromissadas com o equilíbrio vital do Planeta. Este é o grande desafio: possibilitar a esses excluídos se reconhecerem e atuarem como cidadãos globalizados.

Que o local e o global se complementem.<sup>33</sup>

Os espaços transnacionais apresentam-se como adequados para as discussões relativas às necessidades ambientais, econômicas, sociais e tecnológicas que afetam a cada pessoa em particular e ao mundo como um todo nos tempos atuais, para conjugação entre direitos humanos, desenvolvimento sustentável e sustentabilidade.<sup>34</sup>

## 5. TRANSCONSTITUCIONALISMO – UM CAMINHO PARA A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A SUPERAÇÃO DO CONTEXTO DE CRISE

No contexto de crise do Estado Moderno, de surgimento de outros organismos de poder e de elaboração de normas jurídicas, da complexidade da sociedade contemporânea, caracterizada pela transnacionalidade, reflexo da globalização e da universalização dos direitos fundamentais, cujas demandas ultrapassam o âmbito local, refletindo na humanidade globalmente, é necessário pensar novas formas para

31 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. p. 27.

32 BECK, Ulrich. *O que é a globalização? Equívocos do globalismo*: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

33 FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica. In: *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 09-21, jul/dez. 2008. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1437>>. Acesso em: 15. fev. 2018. p.17.

34 SOUZA, Elaine Gonçalves Weiss de; NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do. Direito ambiental planetário e transnacionalidade: uma possibilidade de correção da deterioração do planeta. In: *Justiça do Direito*, v. 27, n. 1, p. 161-188, jan/jun. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v27i1.4563>>. Acesso em: 16.fev.2018. p. 173.

o Direito Constitucional.

Para a adequada resolução dos problemas apresentados na atualidade, muitos deles relacionados ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida, como é caso, por exemplo, das questões relacionadas ao clima e ao acesso à água potável, não se pode desconsiderar os vínculos que ligam as diversas partes do globo, na medida em que se trata de temas que afetam a todos.

Nessa perspectiva, para o enfrentamento dos desafios atuais, a flexibilidade do texto constitucional se mostra como uma característica bastante relevante, e o papel da Constituição se volta para ser o palco das “mais diversas possibilidades de proteção aos direitos fundamentais-humanos e como um meio articulador entre as promessas constitucionais e os desafios do mundo globalizado”.<sup>35</sup>

Baseado nas lições de Gadamer, na obra *Verdade e Método*, Wilson Engelmann reforça a importância do diálogo para a construção dessa nova ordem constitucional capaz de responder aos desafios da globalização, voltada não para a preponderância de um dos sujeitos, mas sim centrada na harmonização, formando uma solidariedade ética, como elos de construção efetiva para a instalação dos direitos, salientando que, nessa linha, a Constituição deixa de ser o ponto de partida para ter o papel de ponto de chegada, o centro sobre o qual tudo deve convergir.<sup>36</sup>

No mesmo sentido, Marcelo Neves aponta que com a maior integração da sociedade mundial, cada vez mais a solução dos problemas constitucionais passa pela relação transversal entre as ordens jurídicas:

Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.<sup>37</sup>

É nesse contexto – problemas jurídicos que perpassam ordens jurídicas diversas – que o autor introduz o conceito de transconstitucionalismo, que se baseia no que chama de “diálogo entre fontes”, “pontes de transição” ou “conversação constitucional”.

Mas o peculiar ao transconstitucionalismo não é a existência desses entrelaçamentos entre ordens jurídicas, o chamado “transnacionalismo jurídico”. No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma “conversação constitucional”, que é incompatível com um “constitucional diktat” de uma ordem em relação a outra.<sup>38</sup>

35 ENGELMANN, Wilson. *A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado*. In: **MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 253-254.

36 ENGELMANN, Wilson. *A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado*. In: **MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.). O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 255-263

37 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. XXI.

38 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 118.

Esclarece Marcelo Neves que o transconstitucionalismo ocorre entre ordens jurídicas diversas – locais, nacionais, internacionais, supranacionais, transnacionais, estatais ou extraestatais – com a conversação ou diálogo podendo se desenvolver em vários níveis. Não significa, portanto, que existe uma Constituição em toda nova ordem jurídica. “O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas”.<sup>39</sup>

Os entrelaçamentos não funcionam de forma hierárquica ou impositiva. Ao invés disso, as ordens jurídicas se reconstróem permanentemente ao observarem a forma como é tratada determinada matéria constitucional pelas demais, sendo certo que sua autonomia não fica comprometida, uma vez que o transconstitucionalismo visa uma integração e não a submissão de uma ordem por outra.

Nesse cenário, o transconstitucionalismo ganha importância no tratamento das questões relacionadas aos direitos humanos, as quais ultrapassam as fronteiras locais, deixando de ser uma exclusividade do direito constitucional estatal e passando a ser enfrentado por outras ordens jurídicas.<sup>40</sup>

As controvérsias sobre os direitos humanos são decorrentes da possibilidade de leituras diversas do conceito, da falta de consenso quanto ao âmbito de proteção por eles alcançado, da pluralidade assimétrica como são entendidos e interpretados.<sup>41</sup>

Assim, o transconstitucionalismo, ao cortar transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando diálogos e colisões, contribui significativamente para a solução dos conflitos e, por consequência, para a melhor efetivação de tais direitos.<sup>42</sup>

Conforme explica Marcelo Neves, o entrelaçamento decorrente do transconstitucionalismo não representa mera convergência entre as ordens jurídicas que dialogam, até porque há momentos de colisão que redundam na afirmação de uma delas em detrimento da outra.<sup>43</sup>

Contudo, o intercâmbio de ideias e o aprendizado com o outro são pontos positivos a ressaltar sua aplicação na solução de questões tão complexas como aquelas relacionadas aos direitos humanos.<sup>44</sup>

Afinal, olhar para e através do outro é fundamental porque não conseguimos ver tudo. No contexto de uma sociedade mundial complexa, com questões difíceis a serem resolvidas, especialmente no que se refere à efetivação dos direitos humanos fundamentais, há sempre um “ponto cego”<sup>45</sup> que não enxergamos, mas que o outro talvez já tenha visto.

Desse modo, o transconstitucionalismo se apresenta como um caminho relevante

39 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 121.

40 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 120.

41 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 256.

42 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 256.

43 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 259.

44 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 259.

45 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 295-298.

para que as soluções aos desafios impostos à sociedade contemporânea sejam encontradas, de forma conjunta e solidária, de modo a superar o contexto de crise e riscos atualmente sentidos, permitindo que toda a humanidade tenha a possibilidade de viver de forma digna, em um ambiente universalmente sustentável.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na temática dos direitos humanos, percebe-se que os desafios a serem enfrentados são inúmeros e exigem uma atuação conjunta dos diversos entes e da sociedade em geral, numa perspectiva plural e de solidariedade, para garantir sua eficácia.

A proteção e concretização de tais direitos é essencial para superação dos inúmeros problemas e riscos vivenciados na sociedade contemporânea, marcada pela degradação ambiental e pela possibilidade de colapso dos recursos naturais, que coloca em risco a própria vida humana.

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.

Cada vez mais as questões relacionadas aos direitos humanos ou fundamentais, especialmente aquelas relativas ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida, são concomitantemente relevantes para diversas ordens jurídicas, estatais ou não, implicando numa contínua relação transversal entre elas, na busca das soluções concretas.

É necessário o constante diálogo, cooperação e entrelaçamento das ordens jurídicas diversas – locais, nacionais, internacionais, supranacionais, estatais e extraestatais – 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.

E nesse ponto é que reside a importância do transconstitucionalismo, que se apresenta como um caminho relevante para a concretização dos direitos humanos e a superação do contexto de crise da sociedade contemporânea, de forma a ensejar que toda a humanidade tenha a possibilidade de viver de forma digna, em um ambiente universalmente sustentável.

## REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2.ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

\_\_\_\_\_. **O que é a globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e Justiça Sustentável: Efetividade do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O Acesso à Justiça e as Dimensões Materiais da Efetividade**

da Jurisdição Ambiental. In: **SOUZA, Maria Claudia Antunes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade.** Itajaí: Editora Univali, 2013.

\_\_\_\_\_. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacional. In: **CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

DOBROWOLSKI, Sílvia. **A constituição no mundo globalizado.** Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 305.

ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: **MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.). O Estado e suas crises.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: **MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica.** São Paulo: Malheiros, 1996.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica. In: **Novos Estudos Jurídicos,** [S.l.], v. 13, n. 2, p. 09-21, jul/dez. 2008. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1437>>. Acesso em: 15. fev. 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática.** 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 13.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas. In: **Direitos Humanos e Democracia na era Global.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1. n. 7. Belo Horizonte: IHJ, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos: Revisitando a Discussão em Torno dos Parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. In: **NEVES, Marcelo (org.). Transnacionalidade do Direito. Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Ildete Regina Vale da.; VEIGA JUNIOR, Celso Leal da. Sustentabilidade e fraternidade: algumas reflexões a partir da proposta de um direito ambiental planetário. In: **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável,** Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 25-42, jan/jun. 2011.

SOUZA, Elaine Gonçalves Weiss de; NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do. Direito ambiental planetário e transnacionalidade: uma possibilidade de correção da deterioração do planeta. In: **Justiça do Direito,** v. 27, n. 1, p. 161-188, jan/jun. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v27i1.4563>>. Acesso em: 16.fev.2018.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: **CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 8.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental.** 5.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

# “QUANDO O SEGUNDO SOL CHEGAR, PARA REALINHAR AS ÓRBITAS DOS PLANETAS”: DE COMO A LEI 13.655/2018 INTENTA ALINHAR DECISÕES JUDICIAIS, DE CONTROLADORIA E ADMINISTRATIVAS À ÓRBITA DA SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NA CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO <sup>1</sup>. ALGUNS APONTAMENTOS.

Weber Luiz de Oliveira<sup>2</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução; 2. Visão geral da LINDB e o realinhamento da órbita da segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público; 3. Responsabilidade Civil do Advogado Público Parecerista e a LINDB; 4. Aplicação de precedentes judiciais nos termos da LINDB; 5. Considerações finais; Referência.

**Resumo:** A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi primeiramente estatuída como livro preliminar ao Código Civil de 1916. Posteriormente foi disciplina pelo Decreto-Lei 4.657, de 1942. Agora, em 2018, foi novamente alterada para incluir disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. O artigo busca expor um panorama geral da nova legislação e, particularmente, descrever alguns apontamentos sobre os reflexos da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro na responsabilidade civil do advogado público parecerista e na aplicação, pela Administração Pública, de precedentes ou pronunciamentos judiciais vinculantes.

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi publicada inicialmente em Livro introdutório ao Código Civil no início do século passado.

Aplicada não apenas no direito privado, mas, de igual modo, no direito público,

---

<sup>1</sup> O presente artigo, com ampliação dos fundamentos em relação à temática proposta, conjuga textos publicados na Coluna “Advocacia Pública em Debate”, disponíveis em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/precedentes-indiretamente-vinculantes-e-a-lindb>; <http://emporiiododireito.com.br/leitura/responsabilidade-civil-do-advogado-publico-parecerista-e-a-lindb>; <http://emporiiododireito.com.br/leitura/quando-o-segundo-sol-chegar-para-realinhar-as-orbitas-dos-planetes-de-como-a-lei-13-655-2018-intenta-alinhar-decisoes-judiciais-de-controladoria-e-administrativas-a-orbita-da-seguranca-juridica-e-eficiencia-na-criacao-e-aplicacao-do-direito-publico>. Acesso em 28.10.2018.

<sup>2</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Univali/SC. 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.

necessitava, não obstante, após nova constitucionalização do Estado brasileiro e a delimitação das competências dos Poderes e de Instituições, assim como os limites de suas atuações, de um disciplinamento normativo que subsidiasse o exercício das atividades públicas, em determinados aspectos.

A Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, realizou essa tarefa, fazendo incluir na LINDB artigos que objetivam, conforme sua ementa, dispor sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Com o uso de uma metodologia dedutiva o artigo, após um breve esboço histórico, parte de uma demonstração geral do conteúdo legal para, após, fazer alguns apontamentos específicos sobre a novel legislação, particularmente sobre a responsabilidade civil do parecerista público e a forma com que precedentes judiciais vinculantes podem ser aplicados na Administração Pública.

## 2. VISÃO GERAL DA LINDB E O REALINHAMENTO DA ÓRBITA DA SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NA CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

Em um aspecto histórico, a “Introdução” às normas brasileiras foi primeiramente inserida no Código Civil de 1916, nos arts. 1º a 21, em livro preliminar às disposições civis<sup>3</sup>. O autor do projeto do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, assim a descreveu:

A INTRODUÇÃO do Código Civil não é uma parte componente do mesmo; é, por assim dizer, uma lei anexa, que se publica, juntamente com o Código, para facilitar a sua aplicação. Os seus dispositivos compreendem matéria de direito público, de hermenêutica e de direito internacional privado.

O Projeto primitivo dera-lhe, à semelhança do Código Civil alemão, o nome de *lei de introdução*; a Comissão revisora preferiu denominá-la *título preliminar*, seguindo a lição do Código Civil francês, do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, e do Projeto de FELÍCIO DOS SANTOS; adotou a Câmara a designação de *lei preliminar*, que se encontra no Projeto de COELHO RODRIGUES. Ao Senado se deve a inscrição que ficou.

Contém numeração distinta da do Código, para indicar a diversidade da matéria, e acentuar que, se a êle está ligada e se domina, com êle não forma um todo homogêneo, podendo ser modificada, permanecendo íntegro o articulado do Código, do mesmo modo que as alterações dêste se não refletem sobre ela<sup>4</sup>.

Como destacado por J. M. de Carvalho Santos: “Em verdade, Introdução é, em parte, um simples acessório do Código Civil, mas em parte estende as raiais de suas injunções muito além da órbita que o Código Civil domina”, ressaltando, na sequência de

3 Para registro histórico em relação ao pensamento da época, merece menção o seguinte trecho da obra de Clóvis Beviláqua: “Mas certos dispositivos, que, melhor, acentuavam a feição liberal do *Projeto*, desapareceram ou foram modificados. Assim é que a *Lei de Introdução* perdeu o artigo 30, que reconhecia, expressamente, a dissolução do vínculo matrimonial, resultante do divórcio legalmente pronunciado, no estrangeiro, de acordo com a lei pessoal dos cônjuges, muito embora, o *Projeto* não aceitasse, para o Brasil, a perversora e dissolvente instituição do divórcio” (BEVILAQUA. Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11 edição, vol. 1, São Paulo, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956, p. 22)

4 BEVILAQUA. Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11 edição, vol. 1, São Paulo, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956, p. 69.

sua exposição, que da “natureza da Lei de Introdução resulta que as regras contidas nesta lei não são peculiares ao Código Civil, aplicando-se, antes, a tôdas as leis, quaisquer que sejam, como as penais, as comerciais, as fiscais, as processuais, etc”<sup>5</sup>.

Em 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil foi regulamentada pelo Decreto-Lei n. 4.657, posteriormente renomeada, em 2010, pela Lei n. 12.376, como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pode ser considerada um “sol” no sistema jurídico nacional<sup>6</sup>. Trata-se, em certo sentido, da lei das leis. Dispõe sobre aplicação, interpretação, vigência, segurança jurídica, territorialidade e extraterritorialidade da lei brasileira.

Significa dizer, as leis e as decisões, em todas suas esferas, orbitam em torno da LINDB, uma vez que, dentre seus dispositivos pode-se destacar “que uma lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada” (art. 1º), que, não sendo temporária, “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue” (art. 2º), que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º), que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (art. 4º), apenas para citar os primeiros dispositivos.

É uma lei, na classificação de Norberto Bobbio, estrutural ou de competência, porquanto sistematizada o modo de ser de outras leis, ou seja, são “aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não mas prescrevem as condições e os procedimentos por meio dos quais são emanadas normas de conduta válidas”<sup>7</sup>.

Nesse sentido, a doutrina nacional assim se pronuncia:

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é um conjunto de normas sobre normas, visto que disciplina as próprias normas jurídicas, determinando o seu modo de aplicação e entendimento, no tempo e no espaço. Ultrapassa ela o âmbito do direito civil, pois enquanto o objeto das leis em geral é o comportamento humano, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é a própria norma, visto que disciplina a sua elaboração e vigência, a sua aplicação no tempo e no espaço, as suas fontes etc. Contém normas de sobredireito ou de apoio, podendo ser considerada um Código de Normas, por ter a lei como tema central<sup>8</sup>.

A Lei de Introdução é um *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito (“*ein Recht der Rechtsordnung*”, “*Recht ueber RechtI*”, “*surdroit*”, “*jus supra jura*”) um superdireito, um direito coordenador de direito. Não rege as relações de vida, mas sim as normas, uma vez que indica como interpretá-las ou aplica-las, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espaço-temporais,

5 CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático**: vol. 1 – arts. 1-42. 12 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 11-12.

6 Pontes de Miranda utiliza também essa analogia com o “sol” quando doutrina sobre as ações, descrevendo que a ação de direito material é o sol do sistema (MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações, tomo I**. Campinas: Editora Bookseller, 1998, pp. 124-126).

7 BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. Tradução Denise Agostinetti, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 196.

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 1, parte geral, 13ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 48.

assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão. Como se vê, engloba não só o direito civil, mas também os diversos ramos do direito privado e público, notadamente a seara do direito internacional privado. A lei de Introdução é o Estatuto de Direito Internacional Privado; é uma norma cogente brasileira, por determinação legislativa da soberania nacional, aplicável a todas as leis<sup>9</sup>.

A Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, ao incluir dispositivos na LINDB, seria, na metáfora utilizada, um “segundo sol”, para utilizar do contexto musical<sup>10</sup>.

Um segundo sol a tentar iluminar o modo com que devem ser proferidas, doravante, decisões, administrativas, de controladoria e judiciais.

Tal legislação objetiva, como descrito em sua ementa, dispor sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Eis os fundamentos expostos por um dos autores do projeto de lei:

A proposta teve origem em pesquisa acadêmica da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP e do Grupo Público da FGV Direito SP. Seu objeto de análise eram as concepções legislativas fundamentais adotadas no Brasil nos últimos 80 anos a respeito de três problemas básicos: a construção do interesse público, o tratamento da autoridade pública e os papéis dos Poderes do estado e dos órgãos constitucionais autônomos (ver Carlos Ari Sundfeld, **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed., em especial caps. 9, 11 e 12, ed. Malheiros-sbdp, 2014).

A pesquisa identificou uma crise, causada por opções legislativas conscientes, das ideias históricas sobre a divisão de tarefas dentro do estado na construção do interesse público. A conclusão foi que, para superar a crise, seria preciso aceitar duas tendências. Por um lado, a de juízes e controladores compartilharem em alguma medida com a administração pública a construção em concreto do interesse público. Por outro, a de a administração compartilhar uma parte da produção normativa com os legisladores. Mas o problema, apontou a pesquisa, é que as leis sobre a atuação dos diversos órgãos, muito pontuais e fragmentadas, não foram capazes de inventar o “direito mais que administrativo” (capaz de lidar com a construção do interesse público para além do âmbito da administração), necessário para evitar a ineficiência e o arbítrio no exercício dessas competências compartilhadas. Além disso, a gestão pública no Brasil ficara fragilizada e até acuada, muitas vezes por conta de avaliações apressadas e superficiais. Daí a constatação de que só uma solução legislativa articulada poderá abrir caminho para o equilíbrio no compartilhamento de funções jurídicas criadoras pelos vários Poderes e órgãos constitucionais autônomos

[...]

A pesquisa apontou que o tipo de normas que se estava concebendo tinha identidade funcional com o conteúdo da velha Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, de 1942, pois, à semelhança desta, a função das novas normas seria regular as bases da criação e aplicação do Direito, mas agora segundo as necessidades surgidas das mudanças desses mais de 70 anos desde a LICC, em especial no campo público. Estava, então,

9 DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 9 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 4.

10 REIS, Nando. **O Segundo Sol**. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/nando-reis/198090/>>. Acesso em 28 out. 2018.

descoberta a fórmula: era preciso publicizar ainda mais a Lei de Introdução, e com isso modernizá-la.<sup>11</sup>

Refere-se tal legislação, parece adequado afirmar, em uma tentativa de aplicação prática a uma teoria da decisão em relação ao direito público; um disciplinamento do modo de ser de decisões administrativas, de controle e judiciais, que deve ser seguido por quem as edita, de maneira que sobreleva a importância de expor a temática que envolve as decisões no âmbito do direito público, seus efeitos, (in)constitucionalidades e aplicações em todas as esferas de decisão, como mesmo disposto no art. 20 da LINDB: esferas administrativa, controladora e judicial.

Trata-se, a rigor, de uma temática multidisciplinar, que envolve o direito público, constitucional e administrativo, como o direito processual, em âmbito judicial e administrativo, destacando-se a novel disposição sobre a esfera controladora, atinente aos processos e decisões dos Tribunais de Contas. Reflexo, igualmente destacado, a lei traz sobre as controversas questões da judicialização da política (controle judicial de políticas públicas)<sup>12</sup> e do ativismo judicial<sup>13</sup>, como ainda do processo para solução de conflitos de interesse público<sup>14</sup>.

Quando a Lei 13.655/2018 incluiu na LINDB que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (art. 20), que “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas” (art. 21), que “a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais” (art. 23), encampou-se, em alguns aspectos, o direito responsivo.

De fato, calha a transcrição:

Para que os fins adquiram tanto autoridade crítica quanto afirmativa, o direito deve ser capaz de *detalhar*, ao mesmo tempo que generaliza, as missões das instituições jurídicas. Por esse motivo, uma fase crucial do direito responsivo é a definição da missão, isto é,

11 SUNDWELDT, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o Direito Público: entra na reta final o projeto para modernizar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em: 28 out. 2018.

12 A respeito: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. BADIN, Arthur Sanches. **Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**, São Paulo: Editora Malheiros, 2013. DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

13 A respeito: FELLETT, André Luiz Fernandes Fellet; DE PAULA, Daniel Giotti de Paula. **NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial**. 2 tiragem, Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

14 A respeito: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

a tradução da finalidade geral em objetivos específicos.

Em certa medida, a atenção com a finalidade facilita a elaboração de missões legais, porque exige a investigação das consequências concretas e dos fatos que possam eventualmente desobrigar instituições de suas responsabilidades. Em outras palavras, o direito responsivo é *orientado para resultados*, e se diferencia nitidamente da imagem clássica da justiça cega a consequências. Não se deve concluir, porém, que um direito consequencialista seja menos comprometido com a aplicação imparcial do direito a cada caso individual. O que importa são fatos legislativos, não os adjudicativos; *padrões* existentes nos fatos e consequências *sistemáticas* de políticas alternativas, não resultados particulares<sup>15</sup>.

Traz, a recente alteração legislativa, um contrabalanço “a tendência dos magistrados a se esconderem atrás das regras e a se esquivarem de sua responsabilidade”<sup>16</sup>, afinal, toda decisão que interfira não apenas no caso particularizado, mas irradia sobre outras situações fáticas e jurídicas, deve ter presente, como todo ato de poder, os resultados que possam advir.

Assim, de igual forma, “o administrador público precisa ter em mente quais serão os *reflexos* de sua responsável atuação para que sua atividade efetivamente alcance a *realização do desenvolvimento esperado*”<sup>17</sup>.

Nesse contexto de decisão, é importante o estabelecimento normativo de que se analise todos os aspectos e consequências do ato estatal, sem deixar, contudo, é igualmente importante deixar muito bem claro, que não se pode negligenciar ou escamotear, em nome de consequências, a aplicação e defesa dos direitos fundamentais.

O que parece correto dizer é que toda decisão – administrativa, judicial e de controle -, como ato estatal dotado de poder e, por consectário, de *responsabilidades*, deve refletir sobre os efeitos que a sua implementação pode causar, para o fim, talvez, de *calibrar* o conteúdo decisório, fazendo, por exemplo, o que enuncia o parágrafo único do art. 21 da LINDB, no sentido de “indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

O que demonstra a alteração da LINDB é que o ato decisório não seja dirigido apenas com um olhar estante, para sua esfera de atuação. Em outras palavras, se sou Administrador pretendo, *em tese*, implementar políticas públicas eficientes; se sou Promotor exijo a prestação do serviço público contido na política pública ou na Constituição Federal; se sou Juiz determino a implantação de tal política; se sou Advogado Público defendo o modo de sua aplicação; se sou controlador do Tribunal de Contas, fiscalizo e autuo irregularidades.

15 NONET Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Trad. Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 134.

16 NONET Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Trad. Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 133.

17 FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público**: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014, p. 93.

Mas, é necessário perceber, todos, *em tese*, atuam *viciados* pelas suas respectivas áreas de atuação e competências institucionais. A abertura argumentativa proposta pela Lei 13.655/2018 objetiva que não se fique com um olhar fixo em um só horizonte, mas se contextualize a situação jurídica por diversas variáveis, efeitos e consequências.

É isso que o “sol” realiza, irradiando luzes em todos os seus horizontes.

Impele-se que se tenha uma análise não monoinstitucional, e sim, se possível, pluri-institucional (diálogos institucionais). Cada instituição é dotada de suas *expertises* e capacidades, que são desperdiçadas quando se atua monoinstitucionalmente, daí ser relevante, por exemplo, o art. 29 da LINDB ao preceituar que “em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”.

Assim também é a razão que o Código de Processo Civil de 2015 anuncia o saneamento compartilhado, destacando que “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” (art. 357, § 3º). Esse dispositivo pode ser muito útil para subsidiar o juiz em sua decisão, nos denominados processos para solução de conflitos de interesse público, como a ação civil pública e a ação popular, em que se pode mostrar oportuno, por exemplo, o comparecimento do gestor ou de integrantes da área técnica objeto do litígio, para contextualizar, em suas visões, os objetivos, restrições, consequências e resultados.

Muito embora as melhorias, na segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, que se entende que possam ocorrer, é certo que a recente lei não está imune à críticas, a exemplo do que expõe Fábio Martins de Andrade, no sentido de que teria faltado um debate mais aberto e permanente com diversas Instituições, como o Tribunal de Contas da União, a Procuradoria Geral da República e associações representativas da magistratura, afirmando que a “ambiguidade é marca característica dessa lei. Assim, o mesmo argumento, quando invoca conceitos jurídicos indeterminados, noções abertas e/ou valores jurídicos indeterminados, ao final, pode ser usado tanto para aplica-lo como também para rechacá-lo”<sup>18</sup>.

Expostas, panoramicamente, as disposições da LINDB com os artigos inseridos pela Lei n. 13.655/2018, passa-se a descrever sobre alguns temas que se reputam de importância relevante no disciplinamento legal, quais sejam, a responsabilidade civil do parecerista e a aplicação de precedentes judiciais na Administração Pública.

18 ANDRADE, Fábio Martins de. Os Princípios da Segurança Jurídica e da Eficiência sob a Perspectiva da Lei nº 13.655/2018 (LINDB), In: **Revista Síntese de Direito Administrativo**, vol. 153, set. 2018, p. 22.

### 3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PÚBLICO PARECERISTA E A LINDB

O tema da responsabilidade civil do advogado público parecerista teve lugar na LINDB no art. 28, assim redigido “*O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”.

No destacado preceptivo legal duas condutas podem dar azo a responsabilização do agente público, quaisquer que sejam eles.

A primeira, relativa às decisões e, no contexto da nova lei, decisões proferidas nas esferas administrativa, controladora e judicial.

A segunda conduta é concernente às opiniões técnicas.

Assim, pode-se conjecturar uma regulamentação acerca da responsabilidade pessoal por atos judiciais, atos no âmbito dos tribunais, inclusive de Contas, e atos realizados por demais agentes públicos, tais como administradores, promotores, procuradores, autoridades policiais, etc., considerando a incontroversa conceituação doutrinária de que a “expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”<sup>19</sup>.

A questão debatida tem como objeto de análise a responsabilidade pessoal dos advogados públicos quando proferem opiniões técnicas, vale dizer, a responsabilidade civil do parecerista advogado público.

Com efeito, nos termos já escritos em outra oportunidade, considerando que a responsabilidade trata-se de um dever secundário, oriundo de um primeiro dever, a obrigação,

[...] há de se perquirir sobre qual o tipo de obrigação (dever primário) tem-se na atividade advocatícia, de resultado ou de meio, salientando-se que na obrigação de meio o profissional não tem como assegurar o resultado da sua atividade ao cliente e, na obrigação de resultado, o profissional garante que de seu labor o resultado será o esperado ou contratado pelo cliente<sup>20</sup>.

É de entendimento tranquilo que o advogado, público ou privado, tem uma obrigação de meio.

**19** BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 227. Prossegue o eminente doutrinador: “A noção de agente público não é construção sistemática de caráter meramente acadêmico, mas tem repercussão no ordenamento jurídico positivo. Com efeito, é ela que deve ser tomada como ponto de partida – e não o conceito de servidor público ou funcionário público – para o subseqüente reconhecimento de quem pode ser caracterizado como sujeito passivo de mandado de segurança (‘autoridade’). Deveras, quem pôde ou teve que manejar poderes correlatos ao exercício de uma função pública há de ter seus atos contrastados judicialmente pelas mesmas vias instituídas como prestantes para o controle dos atos estatais” (p. 228).

**20** OLIVEIRA, Weber Luiz de. Reflexos dos Precedentes Vinculantes na Responsabilidade Civil do Advogado pela Perda de uma Chance. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. n. 81, p. 70-89, Nov-Dez 2017, p. 76.

Nesse sentido, a opinião técnica dever ser analisada em razão de sua necessária preponderância para a solução final do procedimento<sup>21</sup>, ou seja, deve restar demonstrado que o ato estatal teve como fundamento principal e irrecusável a opinião técnica exarada com dolo ou erro grosseiro, de modo que reste preenchido o requisito nexa causal para caracterizar a responsabilidade.

Interessante construção realiza José Vicente Santos de Mendonça, ao estabelecer quatro *standards* para a responsabilização pessoal do parecerista público:

Ele será pessoalmente responsável se (i) agir com dolo, ou (ii) cometer erro evidente e inescusável, e se (iii) não tomar providências de cautela, sendo certo que (iv) a interpretação do que é conduta dolosa e do que é erro evidente e escusável deve ser suficientemente restritiva para permitir a existência de opiniões jurídicas minoritárias ou contramajoritárias, considerando que a heterogeneidade de idéias é valor constitucional comprovadamente útil à produção dos melhores resultados possíveis ao Direito<sup>22</sup>.

Destacada atuação dolosa, além do erro grosseiro, consta expressamente no art. 28 da LINDB. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 32 é de semelhante entendimento, ao estatuir que “advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou *culpa*”.

Para o advogado público a possibilidade de responsabilização é, portanto, mais restrita, uma vez que não incluída a culpa.

Indaga-se, na atividade advocatícia os profissionais que a exercem não deveriam ter o mesmo tratamento?

O Supremo Tribunal Federal tem diversos precedentes sobre a temática, sendo oportuno destacar o Mandado de Segurança n. 24.073-3<sup>23</sup>, Mandado de Segurança n. 24.584-1<sup>24</sup> e o Mandado de Segurança n. 24.631-6<sup>25</sup>.

21 Veja-se, por exemplo, o art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e *aprovadas* por assessoria jurídica da Administração”.

22 MENDONÇA, José Vicente dos Santos. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro *standards*. In: **Revista Brasileira de Direito Público**. v. 27, 2009, p. 177.

23 EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR. PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. – Mandado de Segurança deferido. (MS 24073, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02130-02 PP-00379)

24 ADVOGADO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE – ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (MS 24584, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00362)

25 EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO.

Sintetizando esses julgados, Mendonça afirma que o STF adotou a seguinte *ratio decidendi*:

“(1) os advogados públicos não são absolutamente irresponsáveis no exercício da função consultiva, porque isso, no mínimo, não se coaduna com a idéia de Estado de Direito; (2) mesmo assim, os casos de responsabilidade pessoal do advogado público parecerista limitam-se às hipóteses em que comprovadamente tenha agido com dolo ou erro inescusável; (3) tais agentes públicos podem ser chamados a apresentar explicações junto aos tribunais de contas, desde que as imputações que se lhes façam digam respeito a esse dolo ou erro inescusável; (4) pode haver alguma relação entre a obrigatoriedade legal da prolação de parecer e a responsabilização do parecerista: nos casos em que o parecer é obrigatório ou vinculante, o consultor público seria co-responsável pelo ato administrativo<sup>26</sup>.

No cenário exposto pela doutrina e jurisprudência, a LINDB é mais um texto legal a extrair norma jurídica no sentido da necessária verificação de dolo ou erro grosseiro para a responsabilização do advogado público parecerista.

## 4 APLICAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NOS TERMOS DA LINDB

O último apontamento específico proposto no presente texto se refere às disposições do art. 30:

As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

A particularidade retratada é concernente a aplicação de regulamentos e súmulas administrativas, com caráter vinculante, em razão de precedentes judiciais.

Podendo-se afirmar, atualmente, em alguns aspectos, que considerando que precedentes judiciais ou, se assim se entender, pronunciamentos judiciais vinculantes da

CO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)

26 Ibidem, p. 198.

atividade jurisdicional no Brasil, são caracterizados também como normas jurídicas<sup>27</sup>, a depender do grau de vinculatividade imposta legislativamente – constitucional ou infraconstitucional –, ganha relevo a análise da forma com que tais decisões são inseridas no ordenamento jurídico administrativo.

Em trabalho anterior<sup>28</sup> se destacou que, para precedentes judiciais vinculantes serem, igualmente, respeitados pela Administração Pública, se faz necessária edição de lei autorizativa de sua aplicabilidade, possibilitando, por deferência legislativa e legitimidade democrática, ao gestor público a realização de atos estatais em conformidade com o entendimento vinculante da jurisdição.

Esse contexto dialógico entre os poderes do Estado<sup>29</sup> poderá trazer uma uniformidade na aplicação do Direito, trazendo, a reboque, maior segurança jurídica e igualdade no tratamento dos administrados, sejam pessoas físicas e jurídicas, objetivos almejados pela LINDB, em relação ao direito público.

Com efeito, no trabalho antes referido<sup>30</sup>, se expôs que a aplicação dos precedentes judiciais foi objeto de disciplinamento pelo Código de Processo Civil de 2015, sob influências da doutrina dos precedentes oriunda dos países de tradição de *common law* e da evolução do direito jurisprudencial brasileiro, determinando-se que juízes e tribunais sigam a interpretação do direito sedimentada judicialmente nas instâncias superiores.

A administração pública, regida e limitada constitucionalmente ao princípio da legalidade, diante desse novo perfil da jurisdição brasileira, também deve adotar os precedentes judiciais vinculantes, desde que autorizada por regulamentação legal que discrimine as premissas para tal atendimento, legitimando a atuação dos agentes públicos, publicizando aos administrados a posição administrativa e assentando a integridade<sup>31</sup> do direito no Estado.

Quando a Administração deva ser influenciada pelos precedentes vinculantes, ante a novel característica da jurisdição brasileira e do constitucionalismo contemporâneo, há de existir, para tanto, legislação nesse sentido, até porque a legislação processual não tem competência constitucional para impingir condutas à Administração Pública.

27 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial**. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, Salvador: Editora Juspodivm, 2015; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Precedentes normativos formalmente vinculantes**, In: **Precedentes, coords., Fredie Didier Júnior [et. al.]**, (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3) Salvador: Editora Juspodivm, p. 407-423, 2015.

28 OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na Administração Pública: limites e possibilidades de aplicação**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública**, In, **Revista de Processo**, vol. 251, ano 40, p. 429-455, jan. 2016, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 429-455.

29 MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – USP – Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 28 out. 2018.

30 OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na Administração Pública: limites e possibilidades de aplicação**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

31 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

Pondera-se, e assim se mostra o art. 30 da LINDB, sobre uma abertura pela legislação para atribuir ao administrador maior campo de liberdade na adoção dos precedentes vinculantes (normas), para que não fique adstrito à forma legal, em nítido exercício dos ideais liberais do século XVIII no século XXI, mas também possa, em virtude da referida autorização legislativa, no exercício do mister administrativo, aplicar o direito sedimentado judicialmente sem convolar-se essa aplicação em exercício arbitrário.

São poderes políticos, exercidos tanto pela legislação (lei), quanto pela jurisdição (direito), que devem ser sopesados pela administração e aplicados em consonância com o que for melhor, mais eficiente, norteado, igualmente, pelos demais princípios de direitos fundamentais e pelos escopos do Estado Constitucional.

Referidos precedentes vinculantes têm aplicação direta desde que a legislação autorizativa advenha da Constituição Federal, como as súmulas vinculantes e as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Denominam-se tais precedentes como diretamente vinculantes à Administração Pública.

Os precedentes indiretamente vinculantes à Administração Pública, aqueles em que a autorização de aplicação na Administração Pública advém de lei, são os demais elencados no art. 927 do Código e Processo Civil de 2015, quais sejam, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial quais dos tribunais.

Os precedentes indiretamente vinculantes assim se denominam porque a sua normatividade ainda é limitada à jurisdição. A adoção pela Administração Pública de tais precedentes não é, por conseguinte, direta, automática, mas sim indireta, pois depende da propalada lei autorizativa, como ponte de transição<sup>32</sup> entre os sistemas jurisdicional e administrativo.

Diante desse contexto, a legitimar e legalizar o atuar administrativo, também pode se mostrar como consequência, como reflexo, a diminuição da litigiosidade.

Parece adequado afirmar, portanto, que o art. 30 da LINDB, de certa forma, encampa esse posicionamento de precedentes judiciais indiretamente vinculantes à Administração Pública, disciplinando, de maneira inicial, mas não integral, o que se denomina de “lei autorizativa” de aplicação de precedentes, porquanto impõe (o verbo utilizado é “devem”) uma atuação das autoridades públicas no sentido de dar aplicabilidade às normas, no cenário ora desenhado, precedentes judiciais vinculantes a serem respeitados administrativamente.

No Estado de Santa Catarina, acredita-se que mencionada “lei autorizativa” foi editada pela Lei Complementar n. 534, de 20 de abril de 2011, que alterou a redação

32 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

original do § 1º do art. 53 da Lei Complementar n. 381, de 7 de maio de 2007, passando a constar o seguinte:

Para assegurar a adequação entre as práticas administrativas e a jurisprudência dos tribunais, compete ao Procurador-Geral do Estado editar enunciados de súmula administrativa ou determinar providências específicas de observância obrigatória pelas Secretarias de Estado, seus órgãos e entidades vinculadas.

Criaram-se assim, em âmbito estadual, dois institutos até então inexistentes, que objetivam justamente dar o enquadramento aos órgãos públicos, não só jurídicos, da forma como deverão atuar em consonância com a jurisprudência dos tribunais. Na Exposição de Motivos constam algumas das razões da alteração legislativa:

A ideia é dotar a Procuradoria Geral do Estado de um mecanismo eficaz para coibir a litigância resultante da perpetuação de condutas administrativas já definitivamente declaradas contrárias ao direito pelo Poder Judiciário. Estima-se, nesse caso, que a atuação preventiva da Procuradoria Geral do Estado, além de atender ao postulado da boa fé processual, deva evitar o dispêndio de significativas somas de recurso, como são normalmente aquelas decorrentes de sucessivas condenações da Fazenda Pública no pagamento de honorários de advogado, juros de mora e correção monetária<sup>33</sup>.

Nesse cenário, compete, assim como realizado no Estado de Santa Catarina e em demais unidades federativas<sup>34</sup>, que cada ente público adote esse proceder de encampação de precedentes indiretamente vinculantes à Administração Pública, agora potencializado com a disciplina normativa descrita no art. 30 da LINDB, para melhor segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público.

#### 4. CONCLUSÃO

Do quanto exposto, conclui-se que a irradiação do “segundo sol” às normas do direito brasileiro pode contribuir para a melhoria das decisões estatais e, por mais importante, para a resolução e satisfação contextualizadas das situações fáticas e jurídicas apreciadas nos processos e procedimentos em que proferidas.

Ao dispor sobre a necessidade dos agentes públicos julgadores analisarem as consequências de suas decisões, se traz uma responsabilidade maior no enquadramento fático e jurídico da questão debatida nas esferas administrativas, judiciais e de controle.

Mostra-se salutar e oportuna os artigos da LINDB a respeito, demonstrando uma conscientização do legislador sobre a responsabilidade inerente a toda atividade pública detentora de poder e, portanto, das consequências resultantes na aplicação do direito público, de interesse e reflexivo em toda a sociedade.

Particularmente sobre a responsabilidade civil do advogado público parecerista e a aplicação de precedentes ou pronunciamentos judiciais com natureza vinculante na

33 Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/diarios/pdf/6256dia.pdf>. Acesso em 10.07.2015.

34 Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia Geral da União), arts. 4º, XII e 43; Decreto Federal n. 2.346, de 10.10.1997; Lei Municipal da cidade de São Paulo, n. 14.107/2005, com a redação dada pela Lei 15.690/2013 ( art. 44, § 2º).

Administração Pública, mostra-se, igualmente, conveniente e construtivo os artigos da LINDB a respeito, seja no enquadramento legal dos requisitos da responsabilização, seja pela imposição de se tentar uniformizar o entendimento jurídico pelas autoridades públicas, com vistas à segurança e eficiência na aplicação das normas jurídicas.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. Os Princípios da Segurança Jurídica e da Eficiência sob a Perspectiva da Lei nº 13.655/2018 (LINDB), In: **Revista Síntese de Direito Administrativo**, vol. 153, set. 2018.

BADIN, Arthur Sanches. **Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**, São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11 edição, vol. 1, São Paulo, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. Tradução Denise Agostinetti, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático**: vol. 1 – arts. 1-42. 12 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 9 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

FELLET, André Luiz Ferandes Fellet; DE PAULA, Daniel Giotti de Paula. NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. 2 tiragem, Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – USP – Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 28 out. 2018.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro *standards*. In: **Revista Brasileira de Direito Público**. v. 27, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações, tomo 1**. Campinas: Editora Bookseller, 1998.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NONET Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Trad. Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Precedentes judiciais na administração pública, **In: Revista de Processo**, vol. 251, ano 40, p. 429-455, jan. 2016, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

\_\_\_\_\_. **Precedentes judiciais na Administração Pública: limites e possibilidades de aplicação**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Reflexos dos Precedentes Vinculantes na Responsabilidade Civil do Advogado pela Perda de uma Chance. **In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. n. 81, p. 70-89, Nov-Dez 2017.

\_\_\_\_\_. **Quando o segundo sol chegar, para realinhar as órbitas dos planetas: de como a lei 13.655/2018 intenta alinhar decisões judiciais, de controladoria e administrativas à órbita da segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público**. Disponível: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/quando-o-segundo-sol-chegar-para-realinhar-as-orbitas-dos-planetes-de-como-a-lei-13-655-2018-intenta-alinhar-decisoes-judiciais-de-controladoria-e-administrativas-a-orbita-da-seguranca-juridica-e-eficiencia-na-criacao-e-aplicacao-do-direito-publico>>. Acesso em 28 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil do advogado público parecerista e a LINDB**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/responsabilidade-civil-do-advogado-publico-parecerista-e-a-lindb>>. Acesso em 28 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Precedentes indiretamente vinculantes e a LINDB**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/precedentes-indiretamente-vinculantes-e-a-lindb>>. Acesso em 28 out. 2018.

REIS, Nando. **O Segundo Sol**. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/nando-reis/198090/>>. Acesso em 28 out. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o Direito Público: entra na reta final o projeto para modernizar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-e-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em: 28 out. 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial**. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Precedentes normativos formalmente vinculantes, **In: Precedentes, coords., Fredie Didier Júnior [et. al.]**, (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3) Salvador: Editora Juspodivm, p. 407-423, 2015.



# MEDIDAS PROVISÓRIAS À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA

Wendy Elisa Lopez Diaz Abreu<sup>1</sup>

**Sumário:** Resumo; 1. Introdução; 2. Medidas Provisórias em Matéria Tributária; 3. A Questão da Legalidade das Medidas Provisórias; 4. Medidas Provisórias e a Anterioridade Tributária; 4.1 A tributação e os critérios de relevância e urgência; 4.2 A eficácia das medidas provisórias; 4.3 O prazo da anterioridade em confronto com o prazo de vigência das medidas provisórias; 4.4 A perda da eficácia das medidas provisórias; 5. Conclusão; Referências.

**Resumo:** A instituição e a majoração de tributos devem ser realizadas por meio de lei, e como esta inovação no ordenamento jurídico acarreta uma consequência desfavorável ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária, a sua aplicabilidade dependerá da observância do princípio constitucional da anterioridade tributária. Assim, o novo tributo ou o aumento de um tributo já existente não poderá ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que foi publicada a lei e, tampouco poderá ser cobrado antes de decorridos noventa dias da data de sua publicação. Ocorre que a Constituição da República permite em seu art. 62, § 2º que a instituição ou majoração de tributos seja realizada por meio de Medida Provisória. Dessa forma, diante da análise do regime jurídico das medidas provisórias no ordenamento jurídico brasileiro sob o enfoque do princípio da anterioridade tributária constante da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pode-se verificar se as medidas provisórias como veículos de criação e aumento de tributos violam ou estão em conformidade com o princípio da anterioridade tributária.

## 1. INTRODUÇÃO

Concomitantemente à existência da previsão constitucional de que os tributos apenas serão criados e aumentados por lei, e ainda que esta lei deverá obedecer a anterioridade tributária, há a previsão da possibilidade de criação e aumento de tributos por intermédio de medida provisória.

A questão da instituição e majoração de tributos em decorrência da edição de medida provisória envolve duas principais discussões, quais sejam: se a medida provisória pode ser considerada meio hábil para a instituição e majoração de tributos tendo em

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Assistente Jurídica da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina.

vista o princípio da legalidade, e, superada essa questão, em que momento um tributo criado ou majorado por medida provisória será exigível, observando-se a aplicação do princípio da anterioridade tributária.

A problemática envolvendo o princípio da anterioridade apresenta-se mais complexa do que a que diz respeito ao princípio da legalidade, especialmente no que concerne ao confronto entre os prazos aplicáveis às medidas provisórias (prorrogação dos efeitos e conversão em lei) e os prazos relativos à anterioridade de exercício e à anterioridade nonagesimal.

Outra questão a ser analisada é a referente à segurança jurídica. Neste contexto, considerando-se que as medidas provisórias possuem caráter transitório, podendo ou não ser convertidas em lei, questiona-se se a medida provisória que institui ou aumenta tributos produzirá efeitos a partir de sua edição ou apenas após a conversão em lei. Ademais, outro ponto importante é a análise dos critérios de urgência e relevância atinentes às medidas provisórias e a sua compatibilidade ou não com a tributação.

O presente estudo tem o escopo de verificar a compatibilidade das medidas provisórias como meio introdutor de normas tributárias desfavoráveis ao sujeito passivo da relação tributária com o princípio da anterioridade tributária insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que se buscará atingir por meio do confronto entre a utilização das medidas provisórias para a introdução de normas tributárias e o princípio da anterioridade tributária, analisando-se as decorrências práticas deste confronto.

## 2. MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A primeira discussão que surge relativamente à possibilidade das medidas provisórias instituírem e aumentarem tributos reside na própria possibilidade de utilização de tal instituto em matéria tributária.

Para alguns, o instituto é incompatível com as regras impostas pelo Sistema Tributário, já que este pressupõe segurança, legalidade, previsibilidade, como encerra Américo Lourenço Masset Lacombe<sup>2</sup>:

[...] o sistema tributário está todo ele informado não pelo critério da urgência, mas, pelo contrário, pelo critério da não-urgência, a fim de que não seja o contribuinte surpreendido com uma carga tributária não prevista. Tanto o princípio da legalidade como o princípio da segurança jurídica revelam que o critério a ser seguido é o da previsão, da não-urgência.

Analisando a Constituição anterior, que disciplinava o decreto-lei, é que a maioria entende pela viabilidade de medidas provisórias em matéria tributária. Isto porque, a Carta pretérita previa, de forma expressa, as matérias que poderiam ser reguladas por decreto-lei, e dentre elas incluía-se a matéria tributária. Já a Constituição atual, ao

2 LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 69.

contrário, dispõe sobre matérias que não podem ser reguladas por medida provisória, sem, contudo, vedar a utilização do instituto em matéria tributária. É nesse sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

O Supremo Tribunal Federal já examinou a questão da possibilidade de ser instituído tributo mediante medida provisória. Isto ocorreu no julgamento do RE 146.733-SP, Relator o Sr. Ministro Moreira Ales (RTJ 143/684) e do RE 138.284-CE, por mim relatado (RTJ 143/313), nos quais este Plenário declarou a constitucionalidade da contribuição social incidente sobre o lucro das pessoas jurídicas (Lei 7.689, de 15.12.88).

Nos citados julgamentos, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese no sentido de que o tributo pode ser instituído mediante medida provisória. O que acontece é que a Constituição, ao estabelecer a medida provisória como espécie de ato normativo primário, não impôs qualquer restrição no que toca à matéria (C.F., art. 62), ao contrário do que ocorria relativamente ao decreto-lei da Constituição pretérita, que prescrevia as matérias que poderiam ser disciplinadas por decreto-lei: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias e criação de cargos públicos e fixação de vencimento (C.F./67, art. 55, I, II, III).<sup>3</sup>

Tendo-se em vista essa possibilidade de argumentação é que os críticos das medidas provisórias defendem a insuficiência das restrições trazidas pela Emenda Constitucional nº 32/2001, que de qualquer forma não possuem o condão de impedir eventuais abusos praticados pelo Poder Executivo, sendo que teria sido muito mais adequada a enumeração de matérias sobre as quais a medida provisória pudesse versar.

Afora o argumento de incompatibilidade das medidas provisórias com o Sistema Tributário em si, outros autores entendem inadmissível a instituição e majoração de tributos por meio de medida provisória por violação ao princípio da legalidade ou, ainda, em decorrência da incompatibilidade entre a tributação e os requisitos de relevância e urgência, que devem estar presentes para a adoção do instituto.

### 3. A QUESTÃO DA LEGALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Para Américo Lourenço Masset Lacombe<sup>4</sup> a impossibilidade de proceder-se a instituição ou o aumento de tributos por meio de medidas provisórias fundamenta-se no princípio da legalidade, já que para ele, a medida provisória não é lei:

Em matéria tributária também não será admissível sua regulação por medida provisória. A criação de impostos novos pela União só poderá ser feita mediante lei complementar (art. 154, I) – o que desde logo inviabiliza a utilização da medida provisória. Os impostos sujeitos ao princípio da anterioridade esbarram no pressuposto de urgência. Os não-sujeitos não necessitam da medida provisória, visto que em relação a eles as alíquotas podem ser alteradas pro ato do Poder Executivo. Mas o que realmente impede a utilização da medida provisória em matéria tributária é o princípio da legalidade, e já vimos que a medida provisória não é lei.

<sup>3</sup> STF – ADIn 1005-1/DF, julgamento em: 19 mai. 1995, Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>4</sup> LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 69.

Kiyoshi Harada<sup>5</sup> entende que não é cabível medida provisória em matéria tributária por violação ao princípio da legalidade, como segue:

No nosso entender, a Medida Provisória não pode ser veiculada em matéria tributária. Não preenche o requisito indispensável do princípio constitucional da legalidade tributária. Esse princípio pressupõe prévio consentimento da sociedade no *quantum* da tributação, através do órgão de representação popular, o que inexistirá no caso de instituição de tributo por Medida Provisória.

Joel de Menezes Niebuhr<sup>6</sup> entende que além de a medida provisória não ser lei, vai de encontro ao escopo de Direito Tributário:

O princípio da legalidade permite inferir que a instituição, majoração ou qualquer pretensão de ordem tributária do Estado devem ser realizadas por meio de lei, o que, em caráter especial, não condiz com a medida provisória.

Como discorrido acima, a medida provisória tem força de lei, ou seja, para o contribuinte ela funciona como tal, podendo inovar a ordem jurídica. Por isso, poder-se-ia afirmar que o uso de medida provisória não violaria o princípio da legalidade. Entretanto, essa assertiva é falsa, pois a medida provisória, afora o fato de não ser lei, não apreende a verdadeira razão do Direito Tributário, que é frear o ímpeto daquele que acaba recebendo a receita tributária. Daí resulta que, para o Direito Tributário, o princípio da legalidade se torna estritamente rígido, já que depende de ato do Poder Legislativo, jamais do Executivo.

Ivo Dantas<sup>7</sup> também entende ser indispensável o respeito ao princípio da legalidade em matéria tributária, o que impede a edição de medidas provisórias, como se observa:

Indispensável que a tributação decorra da lei (em sentido formal e material). Ao Executivo cabe apenas catar submissão ao texto legal, cumpri-lo, aplicá-lo, expedindo atos administrativos que se fizerem necessários, sob a fiscalização do Judiciário, controlador da legalidade de seus atos funcionais.

A consciência jurídica contemporânea repele a ideologia de que o poder de tributar é corolário da soberania do Estado. Tirante os ingênuos e os desinformados, sustentam essa ideologia malsã os totalitários e os dúbios, sempre dóceis à vontade dos donos do poder. A doutrina jurídica dos povos cultos e democráticos acredita na preeminência do princípio da legalidade em matéria tributária.

As sociedades livres exigem regras perenes que assegurem, em matéria tributária, a prevalência dos dois pilares que sustentam o direito como ordem normativa: os princípios da Justiça e da Segurança.

A doutrina majoritária adota o entendimento de que as medidas provisórias não podem instituir ou aumentar tributos tendo-se em vista que o instituto não se conforma com o sentido restrito de lei, enquanto que o Supremo Tribunal Federal admite-as como lei material.

5 HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 16 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 322.

6 NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 115.

7 DANTAS, Ivo. **Aspectos jurídicos das medidas provisórias**. 2 ed., Brasília: Consulex, 1991, p. 117-118.

Posicionando-se contrariamente à maioria, Rodrigo Spessato<sup>8</sup> entende que as medidas provisórias são hábeis para criar ou aumentar tributos, pois se conformam ao conceito de lei em sentido estrito, ou seja, para ele, a medida provisória pode ser tida como lei tanto em sentido material como em sentido formal, e explica que:

A palavra “lei”, outrossim, pode ser conceituada segundo os critérios formal e material. Lei em sentido formal designa todo ato jurídico emanado pelo Poder Competente para o exercício da função legislativa, na forma estabelecida pela Constituição. Por outro lado, a lei em sentido material pode ser definida como o ato jurídico normativo que contém uma regra de direito objetivo, é uma norma, um comando abstrato, geral e impessoal.

Como corolário de tal definição, classifica-se a lei em sentido amplo e restrito. Para que o comando normativo seja considerado lei em sentido restrito, é mister que se enquadre no conceito de lei formal e material simultaneamente. Ou seja, a lei em sentido restrito é o ato jurídico normativo que contém uma regra de direito objetivo, é uma norma, um comando abstrato, geral e impessoal, emanado pelo Poder Competente para o exercício da função legislativa, na forma estabelecida pela Constituição.

Com isso, o autor defende que o termo “lei” possui um significado genérico, contemplando todos os atos normativos previstos no art. 59 da Constituição da República, previsão esta que faz o Poder Executivo competente para legislar por meio de medidas provisórias, concluindo, pois, que:

[...] a medida provisória, por ser lei formal e material simultaneamente, ajustando-se, então, ao que se entende por lei em sentido restrito, pode instituir ou majorar um tributo, visto que respeita ao princípio da estrita legalidade tributária. [...]<sup>9</sup>

Nota-se que em seu estudo, o supracitado autor ressalta que existem outras questões que devem ser observadas no tocante às medidas provisórias, entre elas o objeto do presente estudo, como se vê:

Ressalta-se, contudo, que tal concepção leva em conta apenas o respeito da medida provisória em relação ao princípio da legalidade tributária. A posição adotada não analisa outras situações descritas pela doutrina como impeditivas da utilização das medidas provisórias em Direito Tributário, como o desrespeito ao princípio da anterioridade e da não-surpresa, a segurança jurídica dos contribuintes, a crítica aos pressupostos da relevância e urgência, etc.<sup>10</sup>

Para Leandro Paulsen<sup>11</sup> é possível a instituição e majoração de tributos por medida provisória, contanto que não se trate de matéria reservada à lei complementar, como se pode observar:

8 SPESSATO, Rodrigo. **As medidas provisórias e o princípio da legalidade tributária**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5542/as-medidas-provisorias-e-o-principio-da-legalidade-tributaria/2>>. Acesso em: 20 ago. 2018, p. 05

9 SPESSATO, Rodrigo. **As medidas provisórias e o princípio da legalidade tributária**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5542/as-medidas-provisorias-e-o-principio-da-legalidade-tributaria/2>>. Acesso em: 20 ago. 2018, p. 17

10 SPESSATO, Rodrigo. **As medidas provisórias e o princípio da legalidade tributária**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5542/as-medidas-provisorias-e-o-principio-da-legalidade-tributaria/2>>. Acesso em: 20 ago. 2018, p. 17

11 PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 9 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 185.

As medidas provisórias, tendo força de lei, são aptas a instituição ou majoração de tributos para as quais se faça necessária lei ordinária. Ainda que, após a EC nº 32, haja limitações temáticas à edição de medidas provisórias (art. 62, § 1º, da CF), tal como ocorria com o antigo Decreto-Lei, tais limitações não atingem a área tributária. Dever-se-á observar apenas as restrições impostas pelo art. 246 da CF, abaixo referida, e a impossibilidade de tratar de matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, III, nova redação).

Não obstante os posicionamentos contrários da maioria da doutrina, a posição firmada no Supremo Tribunal Federal é de que as medidas provisórias por possuírem força de lei são aptas a instituir e aumentar tributos, restando, pois, respeitado o princípio da legalidade tributária, conforme se verifica na transcrição abaixo:

Tendo em vista que a Medida Provisória nada mais é, em última análise, do que modalidade de Decreto-Lei (e assim o e na Itália, em cuja Constituição a nossa, a esse respeito, se inspirou), a propósito do qual esta Corte, sob o império da Constituição anterior, firmou o entendimento de que ele, em matéria tributária, poderia também instituir ou aumentar tributo por ter força de lei, observando-se, por isso, o princípio constitucional da legalidade, não se pode, num exame inicial compatível com o requerido para a análise do pedido liminar, ter objeção dessa ordem como suficientemente relevante para a concessão da cautelar requerida.<sup>12</sup>

O Ministro Carlos Velloso segue a mesma linha de pensamento, defendendo a compatibilidade das medidas provisórias com matéria tributária:

Admitida a possibilidade de a medida provisória instituir tributo, assim dispor sobre matéria tributária, perde relevância a afirmativa no sentido de que haveria, no caso, transgressão ao princípio da anterioridade, dado que a medida provisória, que tem força de lei, na forma do art. 62 e seu parágrafo único, da Constituição, apresenta normatividade a partir de sua edição.<sup>13</sup>

Diante deste posicionamento, considera-se vencida a tese de violação à da legalidade tributária, passando-se à análise do princípio da anterioridade tributária.

#### 4. MEDIDAS PROVISÓRIAS E A ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA

Considerando-se que a edição de medida provisória preenche o requisito da legalidade tributária, bem como considerando que a sua edição se coaduna com os ditames do Sistema Tributário, como assente na jurisprudência de nossa Corte Suprema, cumpre analisar a compatibilidade das medidas provisórias com o princípio da anterioridade tributária.

Para Aliomar Baleeiro<sup>14</sup> a necessidade de observância à anterioridade no caso de instituição ou aumento de tributos é incompatível com a regulação mediante medida provisória, como se vê:

12 STF – ADIn 1005-1/DF, julgamento em: 19 mai. 1995, Rel. Min. Moreira Alves.

13 STF – ADIn 1005-1/DF, julgamento em: 19 mai. 1995, Rel. Min. Moreira Alves.

14 BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 104.

A anterioridade ao exercício e o período nonagesimal não são incompatíveis às demais leis do sistema. É indubitoso que as leis, relativas a outras matérias jurídicas que não as tributárias, possam adiar a vigência ou a aplicação das normas que veiculam. Essa é questão concernente à discricionariedade legislativa. Igualmente, a lei tributária pode existir despida do caráter de anterioridade, sendo dotada de vigência e aplicabilidade imediatas, pois as exceções contempladas no art. 150, § 1º bem o demonstram.

No entanto, a regra fundamental, obrigatória e constitucionalmente posta, é o princípio da anterioridade ao exercício (ou a espera nonagesimal do art. 195, § 6º). Como tal, afeta a lei tributária, caracteriza-a, especializa-a, tornando-a incompatível com o procedimento, regulado no art. 62, das medidas provisórias, as quais antecipam a eficácia à existência da própria lei, em que podem ser convertidas. A anterioridade não é aspecto acidental ou facultativo, mas propriedade jurídica essencial à lei tributária, que cria tributo novo ou majora os já existentes.

Kiyoshi Harada<sup>15</sup> compartilha do mesmo entendimento, defendendo que a espera pelo esgotamento dos prazos exigidos pelo princípio da anterioridade tributária afasta a justificativa da urgência inerente das medidas provisórias, atestando a incompatibilidade do instituto com a matéria tributária, como segue:

[...] relativamente aos impostos sujeitos ao princípio da anterioridade a Medida Provisória só poderá surtir efeitos a partir do exercício seguinte, se convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada (§ 2º do art. 62). Ora, isso esvazia o conteúdo do requisito constitucional da urgência para sua edição. Não teria sentido algum lançar mão de Medida Provisória, por exemplo, em janeiro de 2002, sob a alegação de urgência, para vigorar a partir de janeiro de 2003, se convertida em lei até 31 de dezembro de 2002. Como se vê, a nova versão da Medida Provisória agrava a sua incompatibilidade no trato com a matéria tributária.

No mesmo sentido, os autores Rosenice Deslandes e Alexandre Barros Castro<sup>16</sup> enfatizam que:

Há, portanto, total antinomia entre o princípio da anterioridade e as medidas provisórias, pois as leis ordinárias ou complementares que criam ou majoram tributos têm a eficácia e a aplicabilidade adiadas por força do princípio da anterioridade, ao passo que as medidas provisórias – em função da urgência e relevância – têm necessariamente sua eficácia e aplicabilidade antecipadas à existência da lei em que se hão de converter, face ao mandamento constitucional.

Seguindo o mesmo raciocínio, Francisco Pinto Rabello Filho<sup>17</sup> benumera dois aspectos relativos à inadequação das medidas provisórias com o princípio da anterioridade tributária, quais sejam: o fato de o princípio da anterioridade consubstanciar-se em direito individual, que não pode ser regulado por lei delegada e nem por medida provisória, bem como a incompatibilidade da medida com o sistema tributário, como se vê:

*Primeiro aspecto:* [...], o princípio da anterioridade da lei tributária tem natureza de *direito individual*. A partir daí, é preciso considerar que por *lei delegada* (CF, art. 68) é inviável

15 HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 16 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 322.

16 DESLANDES, Rosenice; CASTRO, Alexandre Barros. **Tributos x medidas provisórias no direito brasileiro**. São Paulo: Carthago & Forte, 1992, p. 65.

17 RABELLO FILHO, Francisco Pinto. **O princípio da anterioridade da lei tributária**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

legislar sobre direitos individuais, exatamente porque o artigo 68, parágrafo 1º, inciso II, da Lei Fundamental proíbe que haja delegação relativa (também) a essa matéria.

[...]

Vem daí que, (i) sendo, como é, o princípio da anterioridade, vero direito individual, e como (ii) o presidente da República não pode editar medida provisória sobre direitos individuais, parece-nos ser perfeitamente extraível a conclusão de que ainda no caso de ser admitida (em tese) a veiculação de matéria tributária por medida provisória, tal não poderá ocorrer em nenhum caso de criação ou aumento de tributo que se submeta ao princípio da anterioridade tributária.

O *segundo aspecto* tem a ver com o que desde logo registramos como sendo *incompatibilidade*, no que diz respeito à eficácia, entre a por assim dizer sistemática do princípio da anterioridade e a da medida provisória.

É que, enquanto a medida provisória é instrumento expedito, que *derrama eficácia imediatamente*, por força da *relevância* e da *urgência* que lhe são peculiares (CF, art.62), o princípio da anterioridade é seu extremo oposto: tem *eficácia diferida* [...].

Com fundamento no princípio da anterioridade, parte da doutrina defende que apenas os impostos que a ele não se sujeitam é que poderiam ser objeto de medida provisória, como encerra Américo Lourenço Masset Lacombe<sup>18</sup>:

[...] a Constituinte ressaltou os impostos acima do princípio da anterioridade (§ 1º do art. 150), significando que a alteração deles pode ser urgente; mas como, logo depois facultou a alteração de alíquotas pelo Executivo (§ 1º do art. 153), significa que só será urgente a alteração de alíquotas. A única ressalva ao critério da não-urgência que não comporta qualquer limitação é a do imposto extraordinário de guerra externa. Aí há urgência e relevância, e poderá o Poder Executivo lançar mão da medida provisória. Só neste caso.

Então, a medida provisória é desnecessária para os tributos aos quais seja excepcionada a observância ao princípio da anterioridade e concomitantemente da legalidade, pois neste caso o Poder Executivo pode regulá-los mediante Decreto, existindo apenas justificativa para a edição de medida provisória nos casos em que somente é excepcionada a observância ao princípio da anterioridade.

#### 4.1. A TRIBUTAÇÃO E OS CRITÉRIOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA

Para que a medida provisória possa ser adotada pelo Chefe do Poder Executivo é necessário que se façam presentes os requisitos de relevância e urgência que a redação do art. 62 da Constituição da república exige.

Em se tratando de instrumento excepcional, será relevante a situação que impuser o uso de medida provisória, sem que se pudesse lançar mão de qualquer outro instrumento legislativo sob pena de danos ao interesse público. Será urgente a situação que exija uma regulamentação imediata, tendo em vista que a demora decorrente da adoção do processo legislativo ordinário acarretaria em gravames irreparáveis.

<sup>18</sup> LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 70.

Ocorre que uma situação emergencial que não poderia esperar por normatização advinda do processo legislativo comum, de certo não poderia esperar pelo decurso dos prazos correspondentes às anterioridades tributárias.

## 4.2. A EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A própria Constituição da República impõe especificamente às medidas provisórias o respeito à anterioridade tributária no parágrafo 2º de seu art. 62, que segue transcrito:

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Assim, com exceção aos tributos que não se submetem ao princípio da anterioridade, a medida provisória que, por exemplo, tiver sido editada em 2018 e convertida em lei até o dia 31 de dezembro do mesmo ano, estará apta a produzir efeitos em 1º de janeiro de 2019.

Ressalta-se que o texto contido no § 2º supracitado decorreu da Emenda Constitucional nº 32 de 2001, alteração esta introduzida na Constituição da República antes da Emenda Constitucional nº 42 de 2003, responsável pela previsão da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, c). Portanto, conclui-se que além da exigência de respeito à anterioridade de exercício, as medidas provisórias devem se submeter ao prazo da anterioridade nonagesimal. Neste sentido entende Eduardo de Moraes Sabbag<sup>19</sup>, que exemplifica com a contagem de prazo com o Imposto Territorial Rural:

[...] após a Emenda Constitucional nº 42/2003, com ampliação do Princípio da anterioridade, deve-se considerar o prazo de 90 dias entre a lei de conversão e o pagamento do tributo. Dessa forma, caso tenhamos o próprio ITR, majorado por Medida Provisória em setembro de 2004, com a conversão em lei em dezembro de 2004, o tributo não será cobrado a partir de 1º de janeiro de 2005, mas em meados de março de 2005, pois deve haver o respeito a 90 dias, que intermediarão a lei de conversão e o pagamento do tributo. Esse entendimento, todavia, não desfruta de endosso generalizado, havendo quem entenda que a contagem de 90 dias deva se iniciar a partir da data da (I) publicação da medida provisória ou do (II) primeiro dia do exercício seguinte, em nítida aplicação cumulativa e sucessiva dos prazos, um após o outro. Caberá à jurisprudência uniformizar a matéria.

A medida provisória possui eficácia desde a sua edição, sendo que somente as regras das quais resulte instituição ou aumento de tributo é que terão validade depois de decorridos os prazos constitucionais referentes às anterioridades de exercício e nonagesimal.

Diante da redação constitucional é possível concluir que o tributo novo ou o aumento somente poderão ser cobrados depois da conversão em lei, observada a anterioridade. A partir da conversão em lei, pois, contam-se os prazos da anterioridade de exercício e da nonagesimal.

19 SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito tributário*. 8 ed., São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 31-32.

Como se pôde observar na transcrição acima, o início da contagem dos prazos de anterioridade ainda não foi definido de forma pacífica, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, sendo que há os entendimentos de que a contagem deva iniciar com a publicação da medida provisória, possibilidade esta que será perquirida a seguir.

### **4.3. O PRAZO DA ANTERIORIDADE EM CONFRONTO COM O PRAZO DE VIGÊNCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

Respeitando as anterioridades de exercício e nonagesimal, há que se investigar o confronto entre tais prazos e os prazos a que está submetida a vigência das medidas provisórias.

Admitindo-se que a instituição ou aumento de tributo entrem em vigor a partir da publicação da medida provisória (e não de sua conversão em lei), produzindo efeitos a partir do decurso dos prazos da anterioridade tributária, haverá a coexistência dos prazos de vigência das medidas provisórias com os prazos de anterioridade.

Então, publicada a medida, ela terá validade por sessenta dias, podendo ser prorrogada por mais sessenta. Sem contar-se o acréscimo de dias decorrente dos períodos de recesso parlamentar, pode-se considerar que a medida provisória vigorará por cento e vinte dias.

Iniciando-se a contagem dos prazos de anterioridade logo após a publicação da medida provisória que, a título de exemplo, restou publicada em 31 de dezembro de 2018, a cobrança do tributo novo ou majorado poderá efetivar-se a partir de 1º de abril de 2019 (exercício seguinte e noventa dias contados da publicação). O tempo decorrido entre a publicação e a cobrança será de noventa dias.

Disso decorre que antes mesmo de a medida provisória passar pelo crivo do Congresso Nacional já estará em prática a cobrança do gravame tributário, resultando em trinta dias de repercussão negativa no patrimônio dos sujeitos passivos.

Esse período de cobrança ocasionará um grave problema caso ocorra a rejeição da medida provisória por parte do Congresso Nacional, ou caso perca sua eficácia pelo decurso do tempo e conseqüente inércia do órgão Legislativo, ensejando diversas ações judiciais buscando a repetição do indébito.

Essa discussão, contudo, não tem utilidade caso se entenda que a contagem dos prazos se dá a partir da conversão em lei, já que neste caso o prazo de vigência das medidas provisórias (sessenta dias, mais sessenta dias de prorrogação, considerando-se, ainda, os períodos de recesso) não entrará em confronto com os prazos da anterioridade de exercício (exercício seguinte ao da conversão em lei) e da nonagesimal (observado o interstício mínimo de noventa dias), que só começarão a ser contados após a existência de lei.

### **4.4. A PERDA DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

Outro problema decorrente do entendimento de que o prazo de anterioridade

conta-se a partir da publicação das medidas provisórias é a superveniência da perda da sua eficácia, bem como do disciplinamento das relações jurídicas decorrentes do período de vigência das mesmas.

Isso porque, de acordo com o texto constitucional, as medidas provisórias entram em vigor desde sua edição. Partindo-se do pressuposto de que as regras que impliquem em criação de tributo novo ou no aumento de tributo existente passem a produzir efeitos no exercício seguinte e noventa dias depois da publicação da medida provisória (dependendo da época da publicação), haverá necessidade de que o Congresso Nacional regule o período em que ela esteve em vigor caso sobrevenha a perda da eficácia ou rejeição da medida.

Em termos práticos, a partir da publicação da medida provisória, respeitada a anterioridade tributária, o tributo novo ou o tributo majorado já poderão ser cobrados, possivelmente antes da manifestação do Poder Legislativo, neste caso, realmente sem a existência de previsão legal no seu sentido estrito. Essa cobrança pode ser considerada como relação jurídica constituída e decorrente de atos praticados durante a vigência da referida medida provisória a ser posteriormente regulada pelo Congresso Nacional.

Mas, analisando-se a previsão constitucional constante do § 3º do art. 62 em conjunto com a previsão do § 11 do mesmo artigo, verifica-se a incongruência presente na sua interpretação combinada. Os referidos dispositivos prescrevem:

**§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.**

[...]

**§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.**

O § 3º tem por objetivo anular os efeitos que decorreram de medida provisória que posteriormente perdeu sua eficácia, já que seus efeitos não podem perdurar no tempo, como leciona Joel de Menezes Niebuhr<sup>20</sup>:

[...] os efeitos da não-conversão de medida provisória em lei mantêm-se, em regra, *ex tunc*, retroagindo à data de sua publicação, como se ela jamais tivesse existido. Quis o constituinte apagar por completo qualquer efeito de medida provisória reputada indevida pelo Congresso Nacional. [...] A rigor lógico, por ser medida provisória, os seus efeitos não podem se assentar no tempo, tornar-se definitivos. Por força disso, a não conversão da medida provisória em lei restaura a ordem jurídica antecedente a ela, mesmo durante o seu período de vigência.

[...]

Entretanto, por mais que se queira fulminar os efeitos de medida provisória não

20 NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 154.

convertida em lei, o fato é que, durante os 120 (cento e vinte) dias assinalados pelo § 3º do artigo 62 da Constituição Federal, ela atua com toda a desenvoltura no universo jurídico. Ou seja, os indivíduos vêem-se obrigados a agir de acordo com o texto inconveniente e inconstitucional da medida provisória, que, antes de vencer o prazo ou até que haja decisão judicial contrária a ela, produz efeitos tal qual lei perfeita, válida e acabada.

Assim, muito embora exista a previsão de que deverão desaparecer os efeitos da medida provisória rejeitada ou ineficaz pelo decurso do prazo, Joel de Menezes Niebuhr<sup>21</sup> assenta que: “no universo fático muitos deles se apresentam irreversíveis, não havendo meios de simplesmente desconsiderá-los”, havendo “verdadeira ruptura entre o universo jurídico e o fático, o que corrobora a insegurança jurídica.

Para amenizar essa insegurança jurídica, é que há a previsão de que o Congresso nacional deverá regular as relações jurídicas que se constituírem durante a vigência de medida provisória ou que decorrerem de atos praticados durante a vigência desta, por intermédio de decreto legislativo, na hipótese de perda da eficácia.

Por outro lado, se o Congresso Nacional não proceder à regulamentação, não editando o decreto legislativo no prazo de sessenta dias após a rejeição ou perda da eficácia, a medida provisória continuará regendo as relações jurídicas decorrentes do período em que esteve vigente. Em outras palavras, se o Congresso não editar o decreto legislativo, o que é muito provável, tendo-se em vista o prazo exíguo, a medida provisória não perderá sua eficácia de modo retroativo (*ex tunc*), mas tão somente após o decurso de seu prazo de validade ou a partir da data em que for rejeitada (*ex nunc*).

Para Joel de Menezes Niebuhr<sup>22</sup>, a inércia do Congresso Nacional em regular as relações jurídicas decorrentes da medida provisória causa “um transtorno institucional sem precedentes”, sendo que o § 11, nas palavras do mencionado autor, “troca alhos por bugalhos” ao tentar forçar o Congresso Nacional a proceder à regulamentação, prevendo que não o fizer, restarão inalteradas as relações jurídicas ocorridas na época da vigência da medida provisória. Para o autor:

[...] Conforme o § 11 do artigo 62, caso não haja decreto legislativo, a medida provisória já não seria provisória, uma vez que seus efeitos se assentariam no tempo. Destarte, no mesmo sentido, não seria mais correto dizer simplesmente que a medida provisória perde seus efeitos. Ela os perderia só para o futuro, não para o passado. Deixaria de ser *ex tunc*, passaria se *ex nunc*.

[...]

Bem se vê que o dispositivo em apreço dá azo à perpetuação dos efeitos de medida provisória não convertida em lei. Trata-se de ataque contra a ordem constitucional, atribuindo efeito *definitivo* à medida *provisória*, o que beira singular insensatez, até mesmo para o Congresso Nacional brasileiro, bastante pródigo, diga-se de passagem, em providências desse naipe.<sup>23</sup> (grifos do autor.)

21 NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 157.

22 NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 158.

23 NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 159-160.

Ainda relativamente ao § 11 do art. 62 da Constituição da República, Leonardo de Faria Galiano<sup>24</sup> critica:

[...] não poderia haver fórmula mais esdrúxula do que a prevista, talvez o único deslize grave do Poder Constituinte Derivado.

Certamente não faltarão aqueles que procurarão tentar explicar o equívoco do legislador, com fórmulas tais como “a necessidade de estabilização das relações jurídicas como um mal necessário, diante da abstenção ou inércia do Congresso Nacional”, ou algo que o valha.

O que conseguiu o infeliz § 11 foi justamente o contrário, insegurança jurídica, tendo em vista que a perda retroativa da eficácia jurídica da medida provisória rejeitada é algo **inevitável**. Para obter o inverso, que o legislador se manifeste expressa e especialmente sobre aquela matéria, pelo decreto legislativo.

[...]

A norma introduzida pela “medida perpétua” valia quando esta foi editada; deixou de valer por ocasião da rejeição; e readquiriu vida após a omissão do decreto legislativo. Haja paciência do legislado frente à tremenda indecisão.

A consequência prática dessa interpretação é que, se a perda da eficácia da medida provisória é retroativa a data em que foi editada, o tributo ou o aumento que passou a ser exigido deixa de ser legítimo, gerando direito à restituição àqueles contribuintes que já o pagaram. Porém, o próprio texto constitucional parece afastar esta possibilidade levando-se em conta que a medida provisória que perdeu a eficácia continuará sendo aplicável no período em que vigorou, tal qual o instituto da lei provisória, o que, irrefutavelmente, prejudica o direito à restituição.

Nessa esteira, Kiyoschi Harada<sup>25</sup> defende que a impossibilidade de restituição resultante da interpretação acima mencionada poderá ocasionar abuso por parte do Poder Executivo, como se observa:

[...] Incogitável, outrossim, a hipótese de o tributo, depois de criado ou majorado, sujeitar-se ao desaparecimento com efeito *ex tunc* ao cabo de 60 ou 120 dias, se rejeitada ou cessada a eficácia da Medida Provisória que instituiu ou majorou o tributo. O que é pior, a omissão do Congresso Nacional em disciplinar, no prazo de 60 dias, as relações jurídicas decorrentes da Medida Provisória rejeitada ou caducada beneficiará o Poder Executivo que a editou, pois, nesse caso, os efeitos já produzidos serão conservados, isto é, não dará ensejo à repetição de indébito, fato que poderá levar o Executivo a cometer abusos.

Aí sim, está-se diante de mácula aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, na medida em que se permite a cobrança de tributo novo ou majorado com base em medida provisória que já deixou de existir, e que jamais se converterá em lei. E mesmo que a rejeição da medida provisória tenha se dado sob o fundamento de que a instituição ou majoração apresentava qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade, frente à inércia do Congresso Nacional e a consequente permanência das normas

24 GALIANO, Leonardo de Faria. **As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 128-129.

25 HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 16 ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 322.

disciplinadas pela medida provisória agora inexistente, os contribuintes atingidos pela sua vigência não poderão pleitear a repetição do indébito.

É com base nesses argumentos que se entende pela precariedade da tese de que o prazo do princípio da anterioridade tributária possa ser contado a partir da edição das medidas provisórias, sendo que a única tese que se coaduna com os princípios constitucionais tributários, permitindo a compatibilidade das medidas provisórias com o Direito Tributário é a de que o prazo da anterioridade tributária (tanto a de exercício como a nonagesimal) deva ser contado da conversão em lei.

Nesse sentido, não há possibilidade da ocorrência dos problemas resultantes do conflito entre os prazos de vigência das medidas provisórias e os prazos exigidos pelo princípio da anterioridade tributária.

Assim como, também, cai por terra o argumento de que o gravame tributário viola o princípio da legalidade, já que apenas existirá o dever de pagar tributo com a conversão em lei. Trata-se, tão somente de uma nova forma de dar-se início ao processo legislativo, muito embora se possa alegar que desta forma o instituto da medida provisória restaria esvaziado.

## 5. CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preconiza em seu art. 150, inciso III, alíneas *b* e *c*, que é defesa aos entes tributantes a cobrança de tributos: “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;” e “antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea *b*”.

Apesar de o texto constitucional determinar que são vedados a instituição e o aumento de tributos sem lei que estabeleça (art. 150, I), prevê a possibilidade de que a instituição e majoração sejam introduzidas no ordenamento jurídico por medida provisória, conforme disposto no seu art. 62, § 2º.

Desse modo, importa verificar-se a forma como se compatibilizará a instituição ou majoração de um tributo por medida provisória com o princípio da anterioridade tributária.

Deparando-se com uma situação de relevância e urgência, o chefe do Poder Executivo poderá lançar mão de uma medida provisória, com força de lei, para promover o disciplinamento necessário. A medida deverá, então, ser submetida de imediato ao crivo do Congresso Nacional (art. 62 da Constituição da República).

Por sua vez, a casa legislativa terá o prazo de sessenta dias, prorrogáveis por igual período, para converter a medida provisória em lei, contados de sua edição. Caso não o faça ou caso rejeite a medida, esta perderá a sua eficácia, e o Congresso Nacional deverá regulamentar por meio de decreto legislativo as relações jurídicas decorrentes do período em que a medida provisória estava vigendo (art. 62, § 3º da

Constituição da República).

A medida provisória, pois, produz efeitos imediatos. E o princípio da anterioridade tributária exige que o tributo criado ou aumentado em determinado exercício financeiro somente seja cobrado no exercício seguinte, respeitados no mínimo noventa dias da publicação.

Em decorrência disso é possível visualizar a incompatibilidade entre o Sistema Tributário, que pugna pela estabilidade, pela previsibilidade, pela segurança, com o instituto das medidas provisórias, que em sentido diametralmente oposto, funda-se na urgência.

Ao passo que se justifica a adoção de medida provisória em situações emergenciais, diante das quais a adoção do processo legislativo ordinário prejudicaria o interesse público em decorrência de sua demora, a mesma medida provisória deve obedecer ao princípio da anterioridade tributária, esperando-se concomitantemente a superveniência do exercício financeiro seguinte à sua conversão em lei e o decurso do prazo mínimo de noventa dias.

Apenas com base na supramencionada incompatibilidade é possível concluir-se pela impossibilidade de instituição ou majoração de tributos por meio de medidas provisórias.

Além disso, a compatibilização das medidas provisórias com a matéria tributária encontra outros obstáculos, dentre eles, o princípio da legalidade e o da segurança jurídica. Mas o maior problema decorrente desta adequação é a dúvida que se encerra a respeito da contagem do prazo da anterioridade em relação ao início da vigência da medida provisória, especialmente no que tange à possibilidade da sua perda de eficácia.

A medida provisória poderá perder sua eficácia pelo decurso do prazo de vigência sem que o Congresso Nacional a analise, ou caso este a rejeite. Nas duas hipóteses a medida provisória perderá seus efeitos e o Congresso deverá regular as relações jurídicas advindas da época em que esteve vigendo, por meio de decreto legislativo. Se o Congresso se omitir, o período em que a medida esteve vigente continuará sendo regido por ela, ou seja, a medida provisória deixa de ser provisória e passa a contar com efeitos permanentes restritos àquele período.

Então, na hipótese de perda da eficácia de determinada medida provisória e inércia do Congresso Nacional em regulamentar as relações jurídicas decorrentes da medida, caso se entenda que o prazo da anterioridade tributária deva ser contado a partir da publicação da medida provisória, a introdução de norma tributária que imponha gravame ao contribuinte, mesmo que eivada de inconstitucionalidades, permanecerá válida, embora restrita ao período em que esteve vigente.

Disso resulta óbice ao ressarcimento do tributo indevidamente pago, tendo-se em vista que a medida provisória em si deixou de existir e não restou convertida em lei, o que caracteriza grave violação às garantias constitucionais atribuídas aos sujeitos

passivos de obrigações tributárias.

Portanto, à guisa do exposto conclui-se, com arrimo na doutrina colacionada durante o estudo, que é possível a instituição e majoração de tributos por meio de medida provisória, desde que respeitado o princípio da anterioridade (de exercício e nonagesimal).

Contudo, ressalta-se que a única forma de se compatibilizar a adoção de medidas provisórias com o referido princípio, evitando-se os problemas decorrentes da sistemática constitucionalmente adotada para o instituto provisório, é proceder-se a contabilização do prazo da anterioridade a partir da conversão da medida em lei. Tal providência, por si só já elide a mácula ao princípio da legalidade, aventada por grande parte da doutrina.

## REFERÊNCIAS

- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DANTAS, Ivo. **Aspectos jurídicos das medidas provisórias**. 2 ed., Brasília: Consulex, 1991.
- DESLANDES, Rosenice; CASTRO, Alexandre Barros. **Tributos x medidas provisórias no direito brasileiro**. São Paulo: Carthago & Forte, 1992.
- GALIANO, Leonardo de Faria. **As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 16 ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. São Paulo: Dialética, 2001.
- PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 9 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- RABELLO FILHO, Francisco Pinto. **O princípio da anterioridade da lei tributária**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito tributário**. 8 ed., São Paulo: Premier Máxima, 2005.
- SPESSATO, Rodrigo. **As medidas provisórias e o princípio da legalidade tributária**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5542/as-medidas-provisorias-e-o-principio-da-legalidade-tributaria/2>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

# CARONAS EM REGISTRO DE PREÇOS E A VULNERAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Zulene Barbosa Gomes<sup>1</sup>

Fábio Periandro de Almeida Hirsch<sup>2</sup>

**Sumário.** Resumo; 1. Introdução. 2. Sistema de Registro de Preços. 3. Caronas em Registro de Preços e Ofensa aos Princípios da Administração Pública. 4. Vulnerabilidades decorrentes de caronas, Lacunas do Decreto nº 7.892/2013 e Acórdãos TCU após 2013. 5. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** Apresenta a historicidade do Sistema de Registro de Preços e posicionamentos doutrinários sobre a juridicidade da adesão tardia (carona). Ademais, demonstra o volume financeiro de aquisições públicas dos órgãos do Executivo Federal, entre 2013 a 2017, das caronas entre os anos 2012 a 2016. Expõe formas pelas quais a carona vulnera princípios da administração pública, as lacunas do Decreto nº 7.892/2013 em cotejo com Acórdãos TCU após 2013 e por fim conclui apresentando proposições. A vertente jurídico – dogmática é utilizada preponderantemente ao relacionar os princípios constitucionais, a Lei de Licitações e Contratos, Acórdãos TCU e jurisprudência e legislação infraconstitucional na compreensão do tema.

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) previu no art. 15 o sistema de registro de preços (SRP) como procedimento preferencial de compras, com o escopo de contribuir com o planejamento das aquisições.

---

1 Graduada em Administração em Marketing – 2006 – União Metropolitana de Educação e Cultura – UNIME – Lauro de Freitas/BA. Atuou como pregoeira no Ministério Público do Estado da Bahia ( 2012-2014). Atualmente Graduada em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado – Unijorge – Salvador/ BA (10º Semestre). Pesquisadora no Grupo de Iniciação Científica – Processo Penal – Unijorge (2017), Analista de Procuradoria na Procuradoria Geral do Estado da Bahia ( 2014 – atualmente). Pesquisadora no Grupo de Análise Econômica do Direito – UFBA. (2018 até 2019). Pós Graduada em Advocacia Pública – IDDE/ Minas Gerais.

2 Doutor e Mestre em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Professor Titular Pesquisador do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS (MDGPP-UNIFACS). Professor Colaborador do Programa de Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania da UFBA. Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo da Bahia, Direitos Fundamentais e Efetividade (Faculdade de Direito – UFBA) e CPJ – Centro de Pesquisas Jurídicas (Mestrado – UNIFACS). Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), da Faculdade Baiana de Direito, da UNIFACS e da UNIJORGE. Advogado. Tem experiência em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais (Segurança Jurídica e Direito Adquirido em particular) e Controle de Constitucionalidade (Jurisdição Constitucional e Controle Difuso em particular).

A despeito da sua vantajosidade doutrinadores e determinados Tribunais de Contas têm destacado o desvirtuamento do SRP, sobretudo em razão do reiterado uso do carona, ou adesão tardia, prática consistente no aproveitamento da ata de registro de preços – ARP, por órgão distinto do que realizou o certame, sistemática de contratação bastante controversa.

Por oportuno, o estudo delineará a historicidade do Sistema de Registro de Preços, da carona ou adesão tardia e os posicionamentos doutrinários e das Cortes de Contas em relação à juridicidade da referida prática. O problema jurídico circunscreve-se à seguinte indagação: De que modo a contratação de bens e serviços por adesões tardias vulnera os princípios constitucionais?

Nesse ínterim, a pesquisa demonstrará o volume financeiro de aquisições públicas dos órgãos do Executivo Federal que integram o SIASG<sup>3</sup>, no período entre 2013 a 2017, bem como das caronas entre os anos 2012 a 2016.

Os dados secundários que lastreiam a metodologia de pesquisa, advieram de pesquisas bibliográficas, artigos científicos, regulamentos de registro de preços e sobretudo Acórdãos do Tribunal de Contas da União – TCU.

Ressalve-se que, em relação ao cumprimento do princípio da transparência foram feitas consultas ao portal SIASG. Todavia, para obtenção de dados consolidados acerca do volume contratado por caronas foram realizados pedidos de acesso à informação, através do formulário E-SIC<sup>4</sup>.

Este estudo revela-se útil à órgãos de controle interno e externo, legisladores, membros da magistratura, Procuradorias Gerais de Justiça, partidos políticos, organizações da sociedade civil, imprensa, agentes públicos, professores, empresários, acadêmicos, e, sobretudo cidadãos.

## 2. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

A gênese do Sistema de Registro de Preços é atribuída ao Código de Contabilidade da União, notadamente ao artigo 52 do Decreto nº. 4.536/1922 previa os concorrenciais permanentes. Mais tarde, o Decreto-Lei nº 2.300/1986, no art. 14, inciso II, preconizava que as compras, sempre que possível e conveniente, deveriam ser processadas através de sistema de registro de preços. Por seu turno, o Decreto nº 449/1992 que previa facultativamente os Sistemas Integrados de Registro de Preços e de Cadastro de Fornecedores.

Nessa senda, a Lei nº 8.666/1993 preconizou que o sistema de registro de preços deveria ser adotado preferencialmente nas aquisições enquanto ferramenta de

3 O Siasg é o sistema utilizado para facilitar e agilizar os processos de compra e aquisição de materiais e serviços do Governo Federal. Sua finalidade é integrar os órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Mais informações consultar: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br>>.

4 A informação pública produzida ou sob guarda dos órgãos e entidades da Administração Pública pode ser solicitada, desde que ela não se enquadre nas exceções previstas na Lei 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, através do formulário E-SIC disponível em: <<http://www.acessoinformacao.gov.br/assuntos/pedidos>>.

eficientização da gestão das aquisições, conforme exposto no art. 15.

A partir daí, o registro de preços federal foi regulamentado pelos Decretos nº 2.743/98, Decreto nº 3.931/2001, Decreto nº 4.342/2002 e na atualidade, disciplinado pelo Decreto nº 7.892/2013. Importa destacar que no âmbito do Executivo Estadual, a integralidades dos Entes reproduziram localmente as regras delineadas pelo Executivo Federal, o que tornou inócua a ideia do legislador de que o registro de preços fosse uma normal setorial.

Ainda sobre regulamentação deste procedimento, Rigolin<sup>5</sup> defende o edital como instrumento hábil a normatizar os sistema de registro de preços, sendo dispensável a criação do regulamento, porquanto o art. 15 da Lei 8.666/93 seria auto-aplicável.

Para o STJ, no Mandado de Segurança nº 15.647 o art. 15 da Lei nº 8.666/1993 pode sofrer limitações por regulamento estadual, ou municipal. Por outro lado, há doutrinadores e determinados Tribunais de Contas que defendem que só por lei da União o SRP deveria ser regulamentado, consoante art. 84 da CF.<sup>6</sup>

Para além disso, insta asserir que o SRP foi idealizado para servir de ferramenta de planejamento das compras por um período de até 12 meses, notadamente para enfrentar o problema de escassez de recursos orçamentários.

Portanto, nas compras através do registro de preços devem ser observadas as regras da Lei nº 8.666/93, bem como da Lei nº 10.520/02, Decreto nº 5.450/2005 e demais legislações de regência. Isto porque o registro de preços não é uma modalidade de licitação, nem mesmo um tipo de registro cadastral ou pré-qualificação, porquanto traduz-se em procedimento auxiliar de compras a ser licitado por pregão ou concorrência.

O SRP é indicado para demandas incertas, especialmente para evitar o fracionamento de despesas<sup>7</sup>, bastante utilizado para compras rotineiras, porquanto dispensa indicação de dotação orçamentária.

Justen Filho<sup>8</sup> destaca algumas vantagens do Sistema de Registro de Preços, a exemplo da redução de custos de armazenamento, celeridade no ressurgimento, distribuição de materiais ou na prestação de serviços, contratação ao preço médio praticado no mercado, uniformidade e regularidade na aquisição dos bens e serviços e desnecessidade de indicar dotação orçamentária como vantagens ínsitas a este procedimento.

De forma distinta da licitação tradicional, no procedimento de SRP *há a figura*

5 RIGOLIN, Ivan Barbosa. Amostras no registro de preços e no pregão e o carona. In: *Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, nº 204, p. 136, fev. 2011.

6 MELLO, Elizabete Rosa. A (i)legalidade da regulamentação da licitação por adesão e a aplicação da lei de acesso à informação. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 3, nº 2, p. 343-366, USP 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/114232/115773>>. Acesso em: 17 set. 2017, p. 321.

7 (Acórdão TCU 1365/2003, 2003) (Acórdão TCU 3146/2004, 2004, Acórdãos Plenário, Acórdão n. 158/2003 (2003), Acórdão TCU 1365/2003 (2003) e Acórdão TCU 214/2006 (2006); Acórdãos Primeira Câmara, Acórdão 1586/2003 (2003), Acórdão TCU 2366/2003 (2003), Acórdão TCU 2521/2003 (2003) e Acórdão n. 2582 (2005).

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 195.

**do Gerenciador, participante e do carona** ou órgão não participante, todos com competências definidas pelo Decreto Federal nº 7.892/2013. A característica marcante deste procedimento é a formalização de preços em ata, documento com vigência máxima de 12 meses que não obriga a administração pública a firmar contratações.

Souto Filho e Garcia<sup>9</sup> defendem que é discricionária a contratação de bens e serviços pelos preços registrados e que a decisão de não adotar deve ser motivada e justificada pois o art. 15 da Lei nº 8.666/1993 expressou uma preferência pelo sistema, o que elide a sua obrigatoriedade.

Para Leão<sup>10</sup> a ata de registro de preços é um pacto leonino, pois não impõe ao Poder Público nenhuma obrigatoriedade de compra, porquanto somente o fornecedor fica vinculado ao conteúdo obrigacional.

O fato é que a ata de registro de preços pode ser utilizada para atender a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo, sobretudo quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Para o TCU, se houver medida cautelar suspensiva e forem ultrapassados doze meses (art. 12 do Decreto 7.892, 2013), a própria vantagem da contratação pode estar prejudicada, seja qual for o adquirente (gerenciador, participante ou “carona”). Ao revés, em Minas Gerais, a contratação da totalidade do objeto da ata a exaure.

Ressave-se que, sob a perspectiva do beneficiário da ata o prazo de vigência da ata impacta na referida margem de lucro, especialmente quando são admitidos aditivos contratuais, o que pode conduzir à perenização de determinado fornecedor.

Portanto, a despeito da ARP representar um documento com mera expectativa de contratação, viabiliza **à iniciativa privada** uma indiscutível vantagem competitiva, porquanto o fornecedor que a detém, não submete-se a um novo procedimento licitatório, com exigências quanto aos requisitos de habilitação, sem quaisquer contraditório ou manejo de recursos administrativos de eventuais concorrentes, por exemplo.

Ressalve-se que, de acordo com o Painel de Compras do Governo Federal entre 2013 a 2017 foi objeto de contratação R\$ 264.223.488.483,64 (duzentos e sessenta e quatro bilhões, duzentos e vinte e três milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e três reais e sessenta e quatro centavos). Ddo volume exposto, 53,99% para contratação de prestação de serviços e 46,01 % relativo à aquisição de material.

As compras para fornecimento imediato totalizaram R\$ 169.153.930.518,68, sendo 71 % por dispensa e inexistência, ou seja, R\$ 120.300.036.474,70. Portanto, a licitação não é a regra para compras de pronto atendimento.

No tocante ao registro de preços, o volume objeto de contratação representou

9 SOUTO, Marcos Jurema Filho; GARCIA, Flávio Amaral. **Sistema de registro de preços : o efeito “carona”**. Boletim de Licitações e Contratos – BLC, São Paulo, nº 3, p. 239-248, mar. 2007.

10 LEÃO, Eliana Goulart. **O Sistema de registro de preços**. Campinas: Bookseller. 1996, p. 98.

R\$ 95.182.984.659,7. Destes, 73% por pregão, ou seja, R\$ 95.069.557.964,88 e R\$ 113.426.694,91 por concorrência.<sup>11</sup>

### 3. CARONAS EM REGISTRO DE PREÇOS E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É cediço que o art 37 da Constituição aduz que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como abaixo se vê:

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

Ao revés, a carona foi inserida no ordenamento pátrio por meio de decreto e parece ter sido projetada para beneficiar a iniciativa privada. O Decreto nº 4.342/2002 incluiu artigo 8º ao Decreto nº 3.931/2001, a possibilidade de adesão, como abaixo se vê:

Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem. § 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços.

A doutrina segue bastante dividida quanto à legalidade e juridicidade da carona, grande parcela a considera prática danosa ao erário. Nesse sentido, Justen Filho<sup>12</sup> carona representa dispensa de licitação sem previsão na Lei nº 8.666/1993. Guimarães e Niebuhr<sup>13</sup> ponderam que o Decreto nº 7.892/2013 ( atual decreto de registro de preços federal) e grande parte dos regulamentos locais, são inconstitucionais, por inovarem juridicamente, o que afrontaria o art. 84, VI, CF/88.

Ao revés, a permissão da carona no âmbito pátrio subverte toda lógica do procedimento de licitação e por conseqüência do referido mandamento constitucional. Sob o argumento de vantajosidade, celeridade e eficiência, são transgredidos um plexo de princípios constitucionais e notadamente vários diplomas legais.

A carona tem sido tratada por determinados órgãos e entidades como modalidade de licitação, o que é um absurdo. Nessa mesma perspectiva, órgãos e entidades federais, seguem na contramão dos Acórdãos TCU e a tratam como regra e não como

11 Vide portal SIASG em [www.comprasgovernamentais.gov.br](http://www.comprasgovernamentais.gov.br).

12 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 195.

13 GUIMARÃES, E.; NIEBUHR, J. DE M. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2 ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2013.

excepcionalidade a constar em editais.

O fato é que esta forma de se adquirir bens e serviços triangulariza fornecedor ou detentor da ata de registro de preços com órgão gerenciador e órgãos aderentes. Preliminarmente, vê-se que a carona rompe com o princípio da isonomia e da impessoalidade, porquanto este procedimento anômalo de contratação, oportuniza negociatas, notadamente, pelo fato de que as atas de registro de preços são mercantilizados comercialmente e por não existir transparência nos processos de adesão tardia.

Como exemplo, é recorrente em adesões às atas, o órgão carona escolher a ata que vai aderir, que significa escolher o próprio fornecedor, após elaborar o termo de referência de modo a adequá-lo à ata de registro de preços do Gerenciador. Neste procedimento, não é incomum que órgãos gerenciadores e caronas mantenham tratativas com o fornecedor, frise-se sem transparência.

A seguir, o órgão carona, oficia ao órgão gerenciador, que a esta altura já sabe da intenção da contratação e emite autorização apenas formal. Frise-se que todas as tratativas ocorrem sem conhecimento pelos demais licitantes, órgãos de controle externo, apenas restritas ao âmbito da repartição, como se exemplifica no Anexo A.

Ou seja, no contato com o Gerenciador, o aderente já indica a empresa com a qual deseja contratar. Inclusive, o Gerenciador em muitos contextos solicita do aderente cartas de anuência dos fornecedores concordando com o pedido de adesão às atas de referência, quase sempre com valores milionários.

Outro ponto que merece destaque é no tocante ao prazo para realizar a adesão. Seria razoável a contratação por carona no último dia de vigência da ata? Certamente que essa postura denota ausência de planejamento por parte do órgão e ofensa ao princípio da proporcionalidade, eficiência dentre outros.

Dessarte, os regulamentos estaduais e municipais atribuem outros nomes para o carona: órgãos não participantes, mero usuário, caroneiro, órgãos não licitantes, participante extraordinário, ponga, terceiro, extra- ata, aderente, partícipe, órgão interessado, ou até mesmo já se emprega o verbete licitação carona. Destaca-se, inclusive, que em determinadas legislações estaduais, há a extensão da ata de registro de preços para entidades de direito privado não integrantes da Administração Pública, o que é um absurdo de igual modo.

Registre-se que a doutrina majoritária considera a carona sistemática de aquisição antieconômica que incrementa riscos de aquisições favorece a corrupção e a prática de atos de improbidade administrativa.

Destarte, a carona é tão prejudicial ao erário quanto a dispensa fora das hipóteses legais e maquiada, notadamente, pelo fato de que no processo de pegar e dar carona não há critérios procedimentais previamente estabelecidos, cada órgão atua de uma maneira e sem transparência quanto às etapas da referida contratação, o que fere a Lei nº 12.527/2011 e dispositivos da Lei nº 8.666/93.

Por conseguinte, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório também resta vulnerado, como abaixo é demonstrado no Anexo B. Ou seja, a lógica é inversa: não é o Ente Público quem realiza pesquisa de mercado para instruir determinado processo licitatório, é o particular quem vende ao Ente **Público pré selecionado. Não é incomum, inclusive, a oferta de atas às equipes de licitação e de compras**, sob o fundamento de que são preços vantajosos e de que a adesão é simples e rápida. Nesse caso, para além da carona, a empresa propôs a contratação de serviços específicos, o que desnatura a proposta apresentada na fase competitiva.

Outrossim, no tocante à vulneração ao princípio do planejamento e eficiência, a carona tende a desestimular órgãos a promover licitação. Inclusive, **é prática comercial a divulgação das atas** para que sejam contratadas pelos caroneiros **tão logo sejam vencedores**.

Em sentido oposto, Fernandes<sup>14</sup> diz que a carona é ferramenta de gestão que desburocratiza o processo de compras ao reduzir custos operacionais de realizar um novo certame.

Segundo o referido autor, a Constituição Federal não obrigou a vinculação de cada contrato a um só processo licitatório, de modo que limitar a carona é reduzir a competitividade da disputa pois diminui a possibilidade de o particular ganhar com a economia de escala obtida pela carona de outros entes da Administração. Veja, que o autor defende a economia de escala sob a ótica privada.

Frise-se que até 2013 as compras por carona não eram submetidas a quaisquer limites quantitativos. Em 2006, a 4ª Secex<sup>15</sup> representou ao TCU com pedido de suspensão das adesões às atas do Ministério da Saúde, decorrentes do Pregão nº 16/2005. Neste caso paradigma, o fornecedor sagrou-se vencedor de uma ARP no valor de R\$ 32 milhões **e até a representação já havia** comercializado para mais de 60 caroneiros, o que totalizou mais de 2 bilhões em contratos, sem qualquer contrapartida em termos de economia de escala.

Além do exposto, o denunciante expôs vício na licitação, ao afirmar que o edital continha jogo de planilhas, porquanto havia distorções nos preços unitários praticados na proposta vencedora<sup>16</sup>.

Ao analisar a referida denúncia, o TCU exarou o paradigmático Acórdão 1487/2007 que vedou a carona ilimitada para órgãos e entidades federais, sob o fundamento central de ofensa à economia de escala, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, moralidade, razoabilidade, dentre outros. Em síntese, a Corte de Contas

14 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, nº 70, out. 2007, p. 10. Disponível em: < <http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

15 Órgão do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior que tem entre suas funções a condução das políticas de comércio exterior e gestão do controle comercial.

16 Para mais informações consultar Acórdão 1487/2007 em: [https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/\\*KEY:ACORDAO-COMPLETO-31159/DTRELEVANCIA%20desc/false/1](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-31159/DTRELEVANCIA%20desc/false/1)

assentou a tese de que a carona sem limites desvirtua o Sistema de Registro de Preços, além de favorecer fraudes, conluio, corrupção e ofender o princípio da livre concorrência.

Dentre outros pontos, o Acórdão TCU 1487/2007 exortou que órgãos e entidades deveriam estimular a adesão prévia, bem como inadmitir a majoração e prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços e que o Executivo Federal deveria reavaliar as regras estabelecidas no Decreto nº 3.931/2001 de modo a fixar limites para a concessão de caronas.

Ao revés, o Executivo Federal em sua defesa aduziu que a carona desburocratizaria as aquisições e fixaria requisitos mínimos, suficientes para resguardar a Administração e incrementa o interesse do fornecedor em participar do certame. Ademais, argüiu que os licitantes não possuem certeza de que as contratações caronas ocorreriam, que a economia de escala é auto-compensativa e que esta prática desestimula a oferta de preços elevados e que o prazo de 12 meses afasta a perenização de um só contratante. (Acórdão TCU 1487/2007, 2007)

Consigne-se que até 2012, o Executivo Federal não implementou quaisquer das recomendações do TCU para alterar o regulamento de registro de preços e impor limites quantitativos à carona. Assim, a Corte exarou o Acórdão nº 1233/2012 restringindo os limites quantitativos para caronas à demanda do Gerenciador. Por exemplo, se determinado **órgão licitar** R\$ 100.000,00 em atas, o limite seria de mais 100.000,00 para contratações adicionais para os **órgãos caronas**.

Naquele ano, o Executivo aduziu não possuir tempo hábil para interromper as caronas e que o limite imposto pelo referido Acórdão inviabilizaria os planejamentos efetuados pelos órgãos causando transtornos à logística de compras e contratações públicas com possível risco de desabastecimento em diversos setores. Frise-se, este discurso é o mesmo utilizado para justificar o incremento da prática na atualidade.

Como visto, o planejamento do Executivo era pegar carona e não licitar, o que revela desproporcional, pois licitação é ou deveria ser a regra, cenário atemporal. Portanto, o Decreto Federal nº 7.892/2013 nasce de um contexto de necessária fixação de limites quantitativos à carona, sobretudo pelos sucessivos Acórdãos do TCU, todavia, esses limites também são questionados pelo presente artigo.

O Decreto nº 7.892/2013 em sintonia com o TCU vedou acréscimos nos quantitativos fixados na ata de registro de preços, bem como prorrogação do prazo de vigência da Ata de Registro de Preços como dispunha o Decreto nº 3.931/2001. Para o TCU o art. 4º, § 2º, do Decreto nº 3.931 (2001) contradizia o o art. 15, § 3º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 de modo que o § 1º, art. 12, do Decreto nº 7.892/2013, o revogou expressamente.

Dentre outros pontos, o Decreto revogado não elencava expressamente as competências do carona, além de não estabelecer no edital os limites quantitativos para adesões tardias. Ao revés, o referido diploma admitia que a equipe de licitação realizasse prévias reuniões com licitantes.

Apesar de um discurso de inovação normativa, o Decreto nº 7.892/2013, re-presentou em termos gerias mais do mesmo, porquanto transmutou dispositivos do Regime Diferenciado de Compras, a exemplo do cadastro de reserva<sup>17</sup> e do limite quantitativo para caronas, consoante art. 102, §3º do Decreto nº 7.581/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC) e dos Acórdãos TCU, salvo o limite quantitativo recomendado pela Corte em 2012.

Portanto, o regulamento federal igualou as regras da contratações de bens e serviços sem a existência das excepcionalidades que justificam a adoção do regulamento do RDC, o que por si é um ato normativo questionável.

O diploma federal também reproduziu o conceito de Gerenciador como ***órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços.***

Por outro lado, participante é o órgão que integra sua estimativa de consumo no edital do Gerenciador incluindo outros Poderes, Estados, Distrito Federal, Municípios que compartilham um só edital e possui dos fornecedores o compromisso de fornecimento, prática denominada adesão prévia.

Daí porque, o regulamento federal denomina de Intenção de Registro de Preços – IRP, a comunicação feita pelo Gerenciador, através do portal SIASG, para que outros órgãos consolidem as suas demandas, incluindo a pesquisa de mercado.

Dentre outros pontos, o Decreto nº 7.892/2013 previu o limite para caronas menos restritivo que o delineado pelo TCU em 2012, mas em consonância com a Corte veda a adesão vertical, ou seja, que órgão ou entidade federal pegue carona em atas estaduais, municipais e do Distrito Federal.

Ao revés, em relação à fixação de limites para caronas, como dito, ***não foi utilizado o recomendado pelo TCU e sim o do RDC.*** Frise-se que para calcular o limite para caronas conjuga-se, erroneamente, a demanda do participante com a do Gerenciador, como abaixo se vê:

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.

§ 4º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quántuplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem.

---

17 O cadastro de reserva é formado após etapa competitiva, quando os licitantes remanescentes na ordem de classificação do certame, poderão reduzir seus preços ao valor da proposta vencedora e incluídos na ata da sessão do pregão ou concorrência. Em Sergipe e na Procuradoria Geral de Justiça da Bahia, o cadastro de reserva compõe-se dos preços do primeiro colocado e dos demais fornecedores, desde que as ofertas sejam em valor inferior ao máximo admitido, sistemática mais funcional que o federal, pois aumenta o número de remanescentes.

Portanto, se o órgão A (federal, com dotação específica) decide adquirir licença de uso de software por meio de registro de preços e promove a licitação de forma compartilhada com mais 07 órgãos, todos de Estados distintos, o limite quantitativo para órgãos caroneiros, é feito a partir da soma da quantidade estimada do Gerenciador e dos participantes, o que é um equívoco, como abaixo se vê:

**Tabela 1: Cálculo de Estimativa para Caronas (R\$)**  
**- Decreto nº 7.892/2013 ( decreto federal)**

Gerenciador	Participante	Preço Unitário	Limite por carona	Limite total
1	7	2.481,352,12	19.850.816,96	99.254.084,80

**Nota.** Fonte: Elaborado pelos autores.

Portanto, caso um fornecedor sagre-se detentor da ata para fornecer R\$ 2.481,352,12, sua expectativa incrementa-se para até R\$ 99.254.084,80, sem considerar os eventuais termos aditivos à consequente contratação.

De forma inconsteste, a carona foi projetada para beneficiar a iniciativa privada, de modo que a integração da demanda do participante também impacta na vulneração ao princípio da economia de escala, especialmente quando edital admite a carona.

Portanto, é mais um equívoco da regulamentação da carona integrar a demanda do participante ao do Gerenciador, pois está o órgão federal intervindo indevidamente na autonomia do órgão participante autorizando um quantitativo adicional que não decorreu de sua contratação, o que trasngride o princípio da economia de escala, livre concorrência, competitividade e segurança jurídica.

A carona que, em tese, seria apenas da demanda do Gerenciador é incrementada pelo volume da demanda dos participantes que já são aderentes. Portanto, vulnera-se de igual modo a economia de escala, dinâmica que só beneficia o empresariado. Ademais, em caso de crime contra a administração pública envolvendo aquisição carona, a qual jurisdição compete o processamento da ação penal?

Dessarte, um dos aspectos mais polemizados em relação à legalidade da carona relaciona-se com o princípio da economicidade e vinculação ao instrumento convocatório. Primeiro, pelo fato de que a quantidade adicional comercializada pelo vencedor da ata aos caroneiros ocorre pelos mesmo preços da proposta feita ao órgão que promoveu a licitação, sem qualquer redução do preço unitário originalmente proposto no edital, vulnerando a economia de escala.

Com efeito, no âmbito de programas de governo as adesões prévias são mais recorrentes, de modo que o volume financeiro com expectativa de contratação é ainda mais expressivo. Por exemplo, a ata de registro de preços nº 11/2018 no âmbito do Programa Proinfância para compra de ônibus escolar no valor de proposta de R\$ 362.480.000,00

que de acordo com o limite do Decreto nº 7.892/2013 pode ser majorada em até R\$ 18.124.000.000,00 (dezoito bilhões de cento e vinte e quatro mil reais).

Portanto, a carona burla os limites fixados na lei de licitações para a audiência pública e demais disposições. O Acórdão 248/2017 – Plenário (2017) diz que em licitações pelo Sistema de Registro de Preços, deve ser computado o valor previsto das caronas para aferir o limite que torna obrigatória a realização da audiência pública disposta no art. 39, caput, da Lei 8.666/1993.

Por conseguinte, Justen Filho<sup>18</sup> destaca que a carona vulnera as regras da habilitação, porquanto com essa sistemática o limite máximo de 25% para ampliação dos quantitativos originalmente contratados não é observado.

Frise-se, que a quantidade adicional comercializada aos caroneiros não é considerada para qualificação técnica, econômico-financeira na habilitação do licitante, o que enseja questionamentos sobre a vulneração ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia e segurança jurídica.

Inclusive, há vulneração aos sistemas de registro cadastral dos entes participantes, porquanto diplomas legais estaduais requerem a formalização dos requisitos de habilitação em sistemas específicos. De tal modo que o processo de contratação decorrente da ata ocorre sem impugnações, o que vulnera o princípio da isonomia, segurança jurídica e dever de informação, dentre outros.

Para Niebuhr<sup>19</sup> a carona, favorece o lobby, tráfico de influência, o que inclui perenização de determinada empresa contratante com a Administração, ou seja, fere os princípios da impessoalidade, moralidade.

De fato, a forte guerra comercial entre os detentores de atas de registro de preços revela uma ténue aproximação entre o público-privado, relação que, por si, já vulnera o princípio da impessoalidade, pois coloca determinada empresa em vantagem competitiva em relação às demais que não participam do processo deste processo, quebra-se a impessoalidade.

De forma comparativa, é como se o vencedor da ata fosse o detentor de um título de crédito, todavia com possibilidade exponencial de auferir lucro. Inclusive, há empresas que apenas participam de licitação cujo edital admitam caronas.

Por outro lado, ao Gerenciador atribui-se um cheque em branco, porquanto além de promover a licitação, autoriza caronas, negocia com o fornecedores a redução de preços, e no caso de descumprimento da ata de registro de preços promove o seu cancelamento.

Para o regulamento federal a carona provém de um desejo, ou seja, traz um elemento subjetivo para um ato administrativo objetivo e técnico, o que ofende o princípio

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 195.

<sup>19</sup> NIEBUHR, JOEL *O novo perfil da adesão à ata de registro de preços conforme Acórdão 1.233/2012, do Tribunal de Contas da União*. 2006. Disponível em: <[http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/perfil\\_adesao.pdf](http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/perfil_adesao.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2017, p. 18.

da segurança jurídica. Por seu turno, a redação do dispositivo aduz que após esse ato de desejo o “futuro carona” deve justificar a vantagem da adesão em comparação à deflagração de uma licitação autônoma e obter anuência do Gerenciador.<sup>20</sup>

No tocante às lacunas do decreto federal, registre-se que não consta no referido diploma a autoridade competente para autorizar tais compras adicionais, nem mesmo traz procedimento. De um modo geral, o pedido de adesão ocorre por meio da equipe de compras do órgão gerenciador, ou até mesmo através da equipe de licitação.

Ressalve-se que o Acórdão nº 2842/2016 – TCU – Plenário (2016) a carona é medida excepcional, de tal modo que a utilização deve estar fundamentada e não deve originar-se de mero costume ou liberalidade do gestor.

No tocante ao princípio da motivação, o Acórdão TCU 1297/2015 – TCU diz que o Gerenciador do registro de preços deve justificar eventual previsão editalícia de adesão à ata por órgãos ou entidades caronas, ou seja, motive a permissão de carona em editais.

Se o edital previr carona é necessário que o gerenciador realize uma justificativa específica, lastreada em estudo técnico referente ao objeto licitado e devidamente registrada no documento de planejamento da contratação, consoante previsto no Acórdão 311/2018 – Plenário. Este Acórdão impõe uma obrigação de fazer ao Gerenciador, ocorre que os órgãos federados de uma forma geral, não o cumprem, trazem a carona em todos os editais.

Em sentido contrário, diversas adesões são lastreadas em justificativas subjetivas, como aduzir que já houve uma disputa prévia através de respectivo pregão. Para além disso, o TCU inadmite carona em editais que exijam visita técnica, em contratação de eventos e na aquisição separada de itens adjudicados por preço global para os quais a licitante vencedora não tenha apresentado o menor preço, como disposto no Acórdão 7243/2017 – Segunda Câmara. Inclusive, considera irregular carona derivada de licitação na qual foram impostos critérios e condições particulares às necessidades do gerenciador no instrumento convocatório.

O fato é que o contato dos órgãos caronas com o beneficiário da ata é uma inquestionável quebra de isonomia e de impessoalidade. No tocante ao dever de transparência, o portal [comprasgovernamentais.org](http://comprasgovernamentais.org) não apresenta o volume financeiro de contratações decorrentes de caronas, sobretudo se as caronas são dadas para **órgãos** estaduais e municipais, o que transgredir o princípio do controle social, acesso à informação e participação democrática na formulação de críticas às políticas de governo.

Registre-se que o acesso a informação é direito fundamental que decorre da liberdade de expressão, prevista no Art. 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica, tratado

---

**20** Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

*§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da ata de registro de preços, deverão consultar o órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão.*

internacional ratificado pelo Brasil em 1992. Com efeito, o direito à informação pública segue regulamentado pela Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI).

A referida legislação obriga União, Estados, Distrito Federal e Municípios, Tribunais de Contas e Ministério Público a disponibilizarem informação pública aos cidadãos, inclusive, por meio de pesquisa de conteúdo, relatórios em planilhas e textos, independente de requerimentos, incluindo a divulgação obrigatória em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

Por seu turno, dentre os comandos trazidos pela LAI destaca-se a transparência ativa das licitações e contratos. Ao revés, importa asserir que não há publicização das contratações caronas no âmbito do portal SIASG de forma que atenda aos comandos do referido diploma.

Com efeito, até 2015 o controle do limite quantitativo das caronas era feito em uma planilha do Excel, retidas em repartições internas. Portanto, atualmente não há informação disponibilizada a respeito dos segmentos de mercado beneficiários destas contratações caronas no âmbito SIASG.

Na seara federal toda compra é feita por meio do sistema denominado SISME. Mas se o órgão não utilizar esta ferramenta o controle do limite de caronas fica restrito à repartição.

Ou seja, empenhos emitidos via SIAFI, sem uso do SISME não se comunicam com o SIASG, o que significa afirmar que o volume contratado através de caronas é superior ao exposto abaixo, uma vez que a pesquisa limitou-se ao sistema SIASG e aos órgãos listados no Anexo A.<sup>21</sup>

**Tabela 2: Volume Financeiro – Caronas em Atas Federais**

ANO	VOLUME
2012	R\$ 2.776.301.974,85
2013	R\$ 1.660.908.829,62
2014	R\$ 2.541.959.966,35
2015	R\$ 2.379.073.940,55
2016	R\$ 3.119.067.234,17

**Fonte:** Elaborado pelos autores.

Como visto, o volume financeiro das aquisições caronas entre órgãos federais já supera os valores de 2013, época da introdução de “limites à carona” por meio do Decreto nº 7.892/2013, em descompasso com os Acórdãos TCU.

De acordo com dados expostos vê-se que o limite imposto pelo Decreto nº

<sup>21</sup> Informação obtida por meio de pedido de acesso à informação, através do E-SIC.

7.892/2013 não inibiu o avanço da prática carona, especialmente reforçada pela cultura do discurso de rapidez, facilidade e desburocratização *desta forma polêmica de aquisição*. Importante destacar que não integram tais números o volume contratado por órgãos do Judiciário e Legislativo, bem como sociedades de economia mista e empresas públicas, de tal modo que há déficit de informação pública.

Importa destacar que Executivo implantou em abril de 2018, no portal SIASG, o módulo Gestão de Atas de Registro de Preço/SRP funcionalidade que restringe-se a órgãos e entidades que concedam ou pegam carona, sem permitir o acesso aos dados consolidados ao cidadão. Registre-se que esta ferramenta está parametrizada para aceitar automaticamente caronas, salvo disposição em contrário por meio do edital.

Portanto, este é mais uma ação do Executivo Federal que vulnera o princípio da publicidade, da eficiência, do planejamento e do dever de transparência esculpido na Lei de Acesso à Informação.

Os dados quantitativos das compras por registro de preços entre 2013 a 2017, demonstram o potencial econômico de lucratividade para os fornecedores vencedores das atas, especialmente pelo fato dos editais federais admitirem a carona como regra.

Frise-se que, as contratações caronas além de não observarem a economia de escala, ou seja, o fornecedor que contrata com órgãos caronas mantém-se em vantagem competitiva em relação aos demais concorrentes, porquanto tende a perenizar-se no âmbito da Administração Pública, como exposto no capítulo a seguir.

#### **4. VULNERABILIDADES DECORRENTES DE CARONAS, LACUNAS DO DECRETO Nº 7.892/2013 E ACÓRDÃOS TCU APÓS 2013**

Dentre vulnerabilidades nas aquisições caronas destacam-se a alteração posterior do objeto registrado em ata e suas condições contratuais. Por exemplo, o edital de registro de preços previu a compra de determinado computador com determinada especificação, no momento de contratação com o carona, o fornecedor entrega outro produto, ou mesmo o contrato inclui outras especificações. O fato é que essa ação claramente burla o procedimento licitatório.

Destarte, outra irregularidade advinda de carona é quando a demanda do carona não ajusta-se ao edital da licitação, que transgredir o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Ainda sobre esta perspectiva, o fornecedor vincula-se à proposta de preços que o sagrou vencedor, de tal modo que há ofensa ao referido princípio o fornecimento de quantidade adicional a outros órgãos sem oportunizar o contraditório aos demais fornecedores, uma vez que esta forma de compras está imunizada quanto ao controle social.

Neste particular, o Acórdão 2600/2017 TCU – Plenário diz que não compete ao Gerenciador aferir a vantagem da adesão de cada interessado. Para a Corte, é imperioso a compatibilidade do referido planejamento de compra do carona com o objeto

consignado na ata, não servindo a esse propósito a mera reprodução, parcial ou integral, do plano de trabalho do órgão gerenciador. Todavia, é exatamente assim que as compras caronas ocorrem, a partir da reprodução do termo de referência constante no edital e adequação à necessidade do carona.

Segundo o TCU a comprovação da vantagem da adesão deve estar evidenciada pelo cotejo entre os preços unitários dos bens e serviços constantes da ata de registro de preços e referenciais válidos de mercado.

Data vênia, esse critério, em termos comerciais só é vantajoso sob a perspectiva do fornecedor. Vejamos, as pesquisas de mercado, notadamente, apresentam preços superiores aos registrados em ata, porquanto são preços ainda não submetidos à fase de disputa, ou seja, são cotações com “gordura”. Apesar de imoral, é prática comercial o incremento de preços na fase de orçamento à Administração Pública.

Portanto, o cotejo que se faz da vantajosidade da carona é superficial e não se sustenta, especialmente pelo fato serem utilizados parâmetros distintos para a referida justificativa de contratação adicional.

Cite-se que a Corte já asseriu a tese de que os preços registrados em atas podem ser usados como pesquisa de mercado aptos à instrumentalizar a fase interna da licitação (Acórdãos nº 76/2002, 2002). Ora, se estão aptos a instruir a fase interna da licitação, porque razão não está para instruir a contratação carona? Portanto, o atual cenário em que sustenta-se o conceito de vantajosidade da carona como visto, é bastante frágil, subjetivo e questionável.

Preliminarmente, no escopo do conceito de vantajosidade da adesão tardia não se considera o impacto da economia de escala em relação ao quantitativo adicional. Segundo, pelo fato das tratativas restringirem-se aos interessados: empresa, gerenciador, caronas, sem oportunizar a ampla divulgação dos preços contratados para que sejam cotejados com outras atas de registro de preços que consigam o mesmo objeto registrado.

Para além de tais perspectivas, cite-se também o controle social no tocante à regularidade fiscal das empresas contratadas, requisito que resta elidido pelo procedimento anômalo de contratação denominado carona.

Em síntese, para o TCU o pegar carona requer planejamento, com efetivo levantamento das necessidades do caroneiro, não se admitindo a contratação baseada tão-somente na demanda originalmente estimada pelo órgão gerenciador, como disposto no Acórdão nº 998/2016 – Plenário.

Nesse íterim, é competência do carona utilizar os preços previstos na ata combinados com os quantitativos da contratação que pretende realizar para avaliar e demonstrar a economicidade de sua adesão. O TCU veda a reprodução, parcial ou integral, do plano de trabalho do órgão gerenciador, consoante Acórdão nº 1823/2017 – plenário.

Dessarte, como caroneiros precisam justificar os quantitativos solicitados, a

pertinência dos requisitos, das restrições e das especificações dispostos no edital às suas necessidades e peculiaridades, em obediência ao art. 6º, do Decreto 7.892/2013 c/c artigos 3º, caput, e 15, § 7º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993, em consonância com o Acórdão 248/2017 – plenário.

Neste lastro, a adesão condiciona-se à comprovação da adequação do objeto registrado às reais necessidades do órgão ou da entidade aderente e à vantagem do preço registrado em relação aos preços praticados no mercado onde o serviço será prestado, como exarado no Acórdão nº 2877/2017 – Plenário.

Já o Acórdão 420/2018 – Plenário exorta que o carona deve utilizar outras fontes de pesquisa, a exemplo de licitações e contratos similares realizados no âmbito da Administração Pública. Destarte, a mera comparação dos valores constantes em ata de registro de preços com os obtidos junto a empresas consultadas na fase interna de licitação não é suficiente para configurar a vantajosidade da adesão à ata, haja vista que os preços informados nas consultas, por vezes superestimados, não serão, em regra, os efetivamente contratados.

Segundo o TCU é incabível o concedente dos recursos exigir que as entidades públicas de entes federados se utilizem de Atas de Registro de Preços gerenciadas por órgãos federais como condição para a celebração de convênios, ante a ausência de amparo nas normas constitucionais e legais vigentes. Esse cenário é recorrente, especialmente em âmbito municipal.

Outrossim, o TCU aduz que não há interesse recursal de empresa contratada por meio de de caronas, quando a Corte julga pela impossibilidade de renovação e prorrogação de contratos decorrentes de pregão para registro de preços e de adesão de outros órgãos à respectiva ata, tendo em vista que a contratada não possui direito subjetivo nesses casos, mas mera expectativa de direito, como disposto no Acórdão nº 1477/2016 – Plenário.

Já o Acórdão 4222/2017 – Primeira Câmara aduz que é irregular a adesão de entidades do Sistema S a atas de registro de preços de órgãos e entidades da Administração Pública, caso seus regulamentos próprios de licitações não prevejam tal possibilidade.

Há uma série de situações que envolvem a carona em registro de preços sem tratamento jurídico pelo regulamento federal. Por exemplo, nada é dito sobre a possibilidade do carona aderir à mesma ata mais de uma vez durante a respectiva vigência. Outra lacuna é se o carona pode executar parceladamente o objeto contratado na ata.

Nesse sentido, para o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (CGU) a assessoria jurídica do carona deve analisar a legalidade da Ata de Registro de Preços e do contrato e uma vez autorizado o procedimento a carona deve utilizar a Ata de uma única vez, não pode executá-la de forma parcelada, o que só é permitida aos órgãos participantes e gerenciador da ARP.

Outro ponto silente do regulamento federal é se o órgão participante pode

ser carona na mesma ARP, quando a licitação ocorre por item e a demanda do participante não contempla todos os itens da licitação. Outra situação sem resposta é se o carona pode aderir à mesma ata mais de uma vez, ou aderir a atas distintas para o mesmo objeto.

Nesse diapasão, é razoável admitir que um mesmo órgão pegue carona várias vezes em uma mesma ata, durante o seu prazo de vigência? Ademais, órgãos participantes e gerenciadores podem aderir a ata distinta cujo objeto seja idêntico ao já registrado?

Ou seja, é proporcional, constitucional e economicamente justificável, pegar carona em procedimento de registro de preços de órgão de outra jurisdição, quando se tem registro autônomo? A quem interessaria essa forma de aquisição? Aos setores econômicos e agentes públicos? Estas são algumas reflexões que os decretos de registro de preços, doutrina, órgãos de controle nem de longe tangenciam.

Como visto, a carona é forma de contratação que reúne Entes de várias jurisdições: (federalis, estaduais, municipais). Nesse sentido, a qual Tribunal de Contas compete fiscalizar a legalidade, legitimidade e razoabilidade dos contratos decorrentes da adesão, notadamente se houver falhas no procedimento licitatório, ou até mesmo indícios de irregularidade na formalização de tais adesões?

Por seu turno, no âmbito federal toda e qualquer penalidade aplicada às empresas deve ser registrada no SICAF<sup>22</sup>, conforme estabelece o item 6.1, da Instrução Normativa MARE-GM nº 5/1995. Ocorre que fornecedor não resta suspenso neste sistema se descumprir obrigação com o carona.

Para além disso, é cediço que o processo licitatório veda a participação de parentes, todavia essa regra é sucumbida com a compra feita por meio de carona. Nesse cenário, é possível que o fornecedor através do órgão gerenciador venda para órgão carona e beneficie familiares, sem qualquer controle social, sobretudo porque cada órgão delinea um procedimento interno para conceder e pegar carona.

Cite-se que o Decreto nº 7.892/2013 não define a competência de qual agente público deva autorizar a carona e qual autoridade tem competência para solicitar a adesão tardia, o que elide a atribuição de responsabilidade e objetivação da mesma. Há Estados que admite o absurdo, da própria comissão de licitação anuir a referida contratação adicional.

Diante do exposto, é mesmo vantajoso ao interesse público a não realização da licitação? Nesta mesma perspectiva, por quais razões não são publicizados à sociedade e demais licitantes os processos de adesões? Ademais, a vantajosidade da carona é um

---

22 O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF é um sistema automatizado de informações através do qual os fornecedores se cadastram numa unidade cadastradora, com a finalidade de fornecer materiais ou prestar serviços para os órgãos/entidade da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, no âmbito do Sistema Integrado de Serviços Gerais – SIASG. Uma vez inscrito no SICAF, o fornecedor estará cadastrado perante qualquer órgão/entidade integrante do SIASG, em todo território Nacional, independente da unidade cadastradora onde tenha ocorrido o cadastramento. Mais informações consultar: <https://e-sicafweb.com.br/>

argumento questionável, especialmente à luz da análise econômica do direito.

Ressalve-se que os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados. Ocorre que pode ocorrer defasagem tecnológica ou obsolescência quanto a bens e serviços no prazo de 12 meses de vigência da ata.

Isto tem impacto financeiro, pois neste caso a carona concedida está sendo realizada com bens defasados a preços que em tese seriam de bens atuais. Promoveria o ininteresse público a concessão da carona em um contexto de inovação tecnológica? Certamente não, os Entes públicos estariam a adquirir com valores equiparados aos modelos atuais um bem que sairá de mercado.

Com efeito, o Decreto nº 7.892/2013 também padece de inconstitucionalidades, a exemplo da obrigatoriedade de que órgãos e entidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista utilizem este normativo.

Guimarães e Niebuhr<sup>23</sup> aduzem que decreto é ato de competência exclusiva do Poder Executivo, de modo que entidades da Administração indireta, como sociedades de economia mista, empresas públicas, bem como o Sistema S, possuem autonomia administrativa e possuem o condão de editarem regulamento próprio, ou seja, só há subordinação hierárquica no âmbito da Administração direta do Poder Executivo.

Portanto, para o referido autor o regulamento federal ultrapassa os limites da sua competência, usurpa a autonomia e a competência da Administração indireta e exorta que Estados, DF, Municípios, devam produzir seus próprios regulamentos, sendo sobretudo recomendável que não reproduzam a as normas federais.

Outro absurdo é o dispositivo do Projeto de Lei nº 6.814/2017 que reintroduz inconstitucionalidades ao referido texto, admitindo a prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços.

Frise-se que o Gerenciador muitas vezes possui demanda inferior ao dos participantes e indevidamente autoriza caronas para entes com jurisdição distinta, o que é um problema jurídico incontestado e não enfrentado pela Doutrina.

Portanto, a carona é ação seletiva lastreada na autonomia privada que afronta o interesse público, o princípio do controle, legalidade, impessoalidade, moralidade, da proibição administrativa, igualdade, publicidade, eficiência, eficácia, motivação, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, da economicidade e da sustentabilidade. Ademais, essa forma de aquisição melindra o princípio do planejamento, desestimula o procedimento licitatório, tornando-o a exceção e não a regra constitucional.

23 GUIMARÃES, E.; NIEBUHR, J. DE M. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. 2 ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2013.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil tem se constituído uma democracia pelo avesso, em que não é suficiente ter a regra estabelecida constitucionalmente. De fato, a licitação não alcançou as suas promessas, a carona em registro de preços atesta um Estado de Coisas Inconstitucional, o que tende a perpetuar teatros de cartas marcadas e dano ao erário e à coletividade, notadamente pela omissão de informações não sigilosas.

Como visto a carona é uma sistemática de compras construção utilitarista que induz ao implemento de riscos à política de incentivo e desenvolvimento das micro empresas e empresas de pequeno porte porquanto a falha na entrega da informação repercute no incremento da desigualdade social e na efetivação de políticas públicas. Ao revés, as grandes empresas têm sido imunizadas e dominado o mercado consumidor estatal.

Portanto, o discurso de desburocratização tem sido sobreposto, indevidamente, aos demais princípios constitucionais e com eles colide. Essa prática não excepcional, tem contribuído por tornar a licitação prescindível, o que repercute ao incremento aos riscos da própria configuração de Estado democrático de direito e de consolidá-lo como um Estado de Coisas Inconstitucional.

Nessa senda, é inconteste que o Brasil é o celeiro de um complexo de desigualdades, seja na implementação de políticas públicas, na distribuição de riqueza, no acesso à empregabilidade, acesso à jurisdição, sobretudo na regulamentação de leis e como visto na permissividade de modelos anti econômicos lastreados por regulamentos contrários à Constituição.

De fato, a carona em registro de preços e o descumprimento dos princípios constitucionais, especialmente o dever de informar repercute no implemento de políticas públicas, sobretudo porque oportuniza a prática de atos de improbidade administrativa e de corrupção.

Como exposto, não são publicados termos de adesão, relação de bens e serviços contratados, ou seja, tais compras ocorrem sem oportunizar impugnação ou recursos e não há certeza econômica de que o aderente está contratando com a proposta mais vantajosa. Neste particular, esta forma de contratação incompatibiliza-se com os objetivos da Lei Complementar nº 123/2006, com dispositivos da Lei nº 4.320/1964, Lei Complementar nº 101/2000, Constituição Federal e tende a esvaziar a finalidade de regulamento próprio para aquisições das Estatais.

O argumento padrão de omissão de informação em relação à contratação carona é de que órgão não tem competência para estruturar dados para eventual análise do usuário o que contribui com o incremento da omissão de informação à sociedade, com o déficit democrático e como corolário com o descumprimento do princípio da legalidade, porquanto torna inócua a própria legislação de regência, o que, nitidamente, repercute na participação democrática e no recrudescimento de práticas impregnadas de corrupção.

Cite-se a cultura de corrupção instalada na gestão privada da coisa pública, bem como negociatas com empresas que só restringem o espaço público e a participação popular. Nesse contexto, o cidadão resta limado do processo democrático e sofre os nefastos prejuízos da corrupção.

Portanto, a carona promove desigualdades, inclusive sociais, e repercute no modelo de governabilidade corrupto, ora existente e no incremento ao déficit democrático. Diante do escopo de vulnerabilidades expostas até aqui, propõe-se a vedação da carona por con-substanciar-se ato de improbidade administrativa, tipificado no art. 10 e art. 11 da Lei nº 8.429/1992 porquanto indiscutivelmente causa lesão ao erário e perda patrimonial.

Ao revés, propõem-se a revisão normativa do Decreto 7.892/2013 face às suas incompletudes de modo a alinhar-se aos Acórdãos TCU. A segunda proposição é previsão da carona como sistemática de compras autônoma destinada exclusivamente à micro e empresas de pequeno porte que constarem no cadastro de reserva. No tocante a programas de governo propõem-se a carona apenas ao cadastro de reserva, o que elide a vantagem de um só fornecedor.

Uma quarta proposta é a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por ofensa à liberdade de expressão, à publicidade, moralidade, legalidade, probidade administrativa nesta sistemática de compras, bem como proposição de ação civil pública pelos legitimados e/ou ação popular.

A pesquisa reconstrói o conceito de carona e considera que é o fornecedor quem aproveita o processo licitatório, quem lucra com a deficiência de planejamento das aquisições públicas. Por seu turno, o órgão aderente neste percurso representa o veículo utilizado para concretização deste negócio empresarial, sendo mero intermediário, que também pode ter interesses escusos.

O Gerenciador é o motorista orientado pelo ponto cego, qual seja, a supervalorização da velocidade do processo de compras que tem justificado o descumprimento das regras de trânsito ora estabelecidas. Ou seja, nesta sistemática de compras a iniciativa privada segue imunizada.

Em conclusão, o Estado brasileiro experiencia uma grave crise democrática, que perpassa o contexto das aquisições públicas. Infelizmente, o estado social e político segue uma perspectiva de normas utilitaristas, desiguais e assimétricas, em contraposição à proteção dos direitos fundamentais e à própria efetivação da eficácia normativa dos princípios constitucionais, ora preteridos.

## REFERÊNCIAS

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, nº 70, out. 2007, p. 10. Disponível em: < <http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

GUIMARÃES, E.; NIEBUHR, J. DE M. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. 2 ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

LEÃO, Eliana Goulart. **O Sistema de registro de preços**. Campinas: Bookseller. 1996.

MELLO, Elizabete Rosa. A (i)legalidade da regulamentação da licitação por adesão e a aplicação da lei de acesso à informação. In: **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, nº 2, p. 343-366, USP. 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/114232/115773>>. Acesso em: 17 set. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 48. São Paulo: Malheiros, 2006.

NIEBUHR, Joel. **O novo perfil da adesão à ata de registro de preços conforme Acórdão 1.233/2012, do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <[http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/perfil\\_adesaopdf.pdf](http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/perfil_adesaopdf.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2017.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Amostras no registro de preços e no pregão e o carona. In: **Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba, nº 204, p. 136, fev. 2011.

SOUTO, Marcos Jurema Filho; GARCIA, Flávio Amaral. **Sistema de registro de preços : o efeito “carona”**. Boletim de Licitações e Contratos – BLC, São Paulo, nº 3, p. 239-248, mar. 2007.

## ANEXOS

### ANEXO A – MODELO DE COMUNICAÇÃO ENTRE ÓRGÃO CARONA E GERENCIADOR.

Ofício nº xxx/2018 – ÓRGÃO A

Local, 22 de setembro de 2018

Ao Ilustríssimo Senhor

XXXXXX

MD Diretor do Departamento de Compras

Senhor Diretor,

Reitero e retifico o Ofício nº XXX/2018 – XXX que versa sobre a solicitação da adesão à Ata de Registro de Preço nº XX/2017 do Pregão Eletrônico nº XX/2017 e à Ata de Registro de Preços nº XX/2017 do Pregão Eletrônico nº XX/2017, ambas realizados pela EMPRESA BENEFICIADA XX, ao tempo que encaminho a Vossa Senhoria o termo de referência

Respeitosamente,

Órgão Carona

## **ANEXO B – EXEMPLO DE RESPOSTA DO GERENCIADOR AO PLEITO DO ÓRGÃO CARONA E OFENSA AO PRINCÍPIO DE VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**

A Empresa X, em atenção ao Ofício nº XXX/2018 encaminhada por V.Sa., no qual solicita adesão e saque da Ata XX/2017, vem informar que recebeu a solicitação ao tempo em que delibera o que se segue: Autoriza o pleito de adesão de – 10 (dez) SWITCH POE, Deve possuir no mínimo 24 Un 20,00 (vinte e quatro) portas 10/100/1000 Base-T com autosensing de velocidade e conectores RJ-45,- Deve possuir POE (Power Over Ethernet) em todas as interfaces 10/100/1000 Base-T, padrão 802.3af e 802.3at, ativas simultaneamente;- 30 (trinta) INSTALACAO DO SWITCH POE, com distancia ate 100km da capital. 2 Recomenda a contratação da referida empresa para gestão e acompanhamento da execução do serviço em pauta, como forma de assegurar a qualidade do serviço prestado, bem como garantir a efetivação das conformidades técnicas.

# A POLÊMICA DO PETRÓLEO: BREVES NOTAS ACERCA DO LITÍGIO SC/PR <sup>1</sup>

Ildemar Egger <sup>2</sup>

Muito se tem discutido acerca da arbitrariedade praticada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística–IBGE ao executar a incumbência (estabelecida na Lei nº 7.525/86, art.9º, inciso I) de efetuar o traçado da linha de projeção do limite territorial marítimo catarinense, com o vizinho Estado do Paraná.

De modo que, nesta oportunidade, parece-me oportuno explicitar as razões que levaram ao dissídio com o vizinho Estado do Paraná.

De início, cumpre observar que, se de um lado, a nossa Carta Magna/88, arrolou em seu artigo 20, como bens da União “o mar territorial” (CF, art.20,VI), de outro, assegurou, consoante dispõe o § 1º do mesmo dispositivo constitucional, a participação dos Estados e Municípios no resultado da exploração dos recursos minerais da plataforma continental ou compensação financeira.

De sorte que, os recursos naturais e minerais da plataforma continental, bem assim o mar territorial, foram consagrados pelo Constituinte Federal como bens da União (CF. art. 20, V, VI, IX); sendo que, a finalidade da demarcação das linhas de projeção territorial marítima, estabelecendo os limites estaduais, tem por escopo delimitar a projeção continental marítima dos Estados costeiros, para fins de participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural na plataforma continental.

Essa participação, assegurada constitucionalmente, encontra-se estabelecida na Lei nº 7.453/85, que alterou a redação do artigo 27 da Lei nº 2.004/53, criando esse direito para os Estados e Municípios, nos seguintes termos: “§ 4º–É também devida a indenização aos Estados, Territórios e Municípios confrontante, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental [...]”.

---

<sup>1</sup> O autor deste texto foi o Procurador do Estado de SC que, em 1991, ingressou com a ação em que o Estado SC discute perante o STF a linha de projeção territorial arbitrariamente traçada pelo IBGE, como limite marítimo entre SC/PR, através da Ação Cível Originária de nº 444-6/SC, sendo que, apesar do direito fundamental da efetiva prestação jurisdicional, preceituado através do artigo 1º da EMC/2004, no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal: “a todos **no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação**”; entretanto, decorreram-se vinte e sete (27) anos e até o momento o processo aguarda julgamento, numa verdadeira negativa da prestação jurisdicional.

<sup>2</sup> Procurador do Estado de SC, de 1986-1996; Doutor em Direito pela UFSC/2008; ex-Professor do Curso de Direito da UFSC (vide: <http://lattes.cnpq.br/7888943912007608> ).

Observa-se, assim, o conteúdo indenizatório a ser pago pela PETROBRÁS e suas subsidiárias, nos termos do artigo 27 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, com a redação dada pela Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985, estende-se à plataforma continental e obedecerá ao disposto na Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986 (cf. art. 1º, da Lei nº 7.525/86).

Assim, o Estado e Municípios confrontantes têm direito a receber indenização calculada sobre o valor do óleo, do xisto betuminoso e do gás natural extraído na plataforma continental.

Tal indenização é justificada, pois, além do entendimento de ser a plataforma continental considerada extensão submersa do respectivo território, os Estados e Municípios confrontantes servem de base de apoio para a exploração-extração desses recursos.

Sendo que, para tal, são utilizados do Estado e Municípios confrontantes, portos, aeroportos, estradas, hospitais, localizam-se oleodutos, gasodutos *etc*; fato que leva a uma transformação socioeconômica de vulto considerável, inclusive pela afluência de novos habitantes, gerando, de consequência, sobrecarga para o Estado e Municípios confrontantes.

Isto, sem falar nos prejuízos causados à exploração da pesca e do turismo—principais fontes de receita das regiões litorâneas -, em caso de dano ecológico.

Corroborando esse conteúdo indenizatório, o legislador federal estabeleceu:

“Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986.

Art. 2º—Para os efeitos da indenização calculada sobre o valor do óleo de poço ou de xisto betuminosos e do gás natural extraído da plataforma continental, consideram-se confrontantes com poços produtores os Estados, Territórios e Municípios contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha de limite da plataforma continental, onde estiverem situados os poços.

E, sem sombra de dúvida, o campo petrolífero nominado pela PETROBRÁS “Campo de Tubarão”, onde se localiza, dentre outros o poço de petróleo designado “PRS-4”, a olho nu, sem maiores indagações técnicas, situa-se no litoral norte do Estado de Santa Catarina, confrontando com o Município catarinense de São Francisco do Sul.

Nesse sentido, é de ser observado o dever de proteção ao meio ambiente prescrito na Carta Maior, cujo § 4º do artigo 225, prescreve ser a zona costeira patrimônio nacional e “[...] sua utilização far-se-á, na forma da lei, DENTRO DE CONDIÇÕES QUE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE, inclusive quanto ao uso de recursos naturais”.

Sendo que, a implantação de um complexo de exploração de lençol petrolífero, utilizando expressão retirada do inciso IV do artigo 225 da Constituição Federal, constituiu-se em “ATIVIDADE POTENCIALMENTE CAUSADORA DE SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE”.

Destarte, com lastro na legislação que regula a matéria (traçado da projeção marítima dos estados) combinado com os fatos que acarretaram graves prejuízos aos Cofres

do Estado de Santa Catarina e aos seus municípios, iniciou-se medidas que visassem sanar a arbitrariedade praticada pelo IBGE ao efetuar o traçado da projeção territorial marítima entre o Estado de Santa Catarina e o vizinho Estado do Paraná.

Inicialmente foram tomadas medidas administrativas, conforme narradas na petição inicial, tendo o Governo do Estado de Santa Catarina indicado para essas tratativas, o Procurador do Estado, Gilberto D'Avila Rufino, que redigiu parecer jurídico acerca do tema, o geólogo, Luiz Carlos da Silva e o geógrafo, Ademir Koerich, que elaboraram importantes gráficos para o deslinde do feito, aonde alocam o traçado das projeções territoriais marítimas em consonância com os dispositivos legais conforme narrado na inicial, demonstrando claramente a arbitrariedade praticada pelo IBGE ao determinar os referidos traçados sem qualquer respaldo legal, conforme confessado pelo próprio IBGE (cf. docs, nos autos).

Assim, tendo restado inexitosas essas medidas, o Estado SC através de seu Procurador-Geral, à época, Nelson Serpa, me designou como responsável pela propositura da ação com a finalidade de corrigir a arbitrariedade praticada pelo IBGE, prejudicando, sem sombra de dúvida o Estado de SC e seus municípios confrontantes.

Cumprir lembrar que, à época, a Procuradoria ainda não possuía sistemas informatizados, dificultando tanto a redação das peças processuais como a necessária pesquisa de matérias que dessem suporte ao feito; sendo que as peças processuais eram redigidas datilograficamente, através de máquinas mecânicas e/ou elétricas e ainda que houvesse um setor para datilografar as petições eu sempre procurei fazer (datilografar) meus trabalhos pessoalmente.

E, justamente, no momento em que a humanidade se dá conta do poder-dever de preservar o meio ambiente para a geração presente e as futuras, e que esse DEVER impõe-se ao Poder Público (CF. art. 225, "caput"), faz-se necessário ao Estado dispor dos meios para cumprir tal munus. E, é para tal finalidade que se destina o pagamento dessas indenizações, sob a alcunha de "royalties" (art.7º, da Lei nº 7.525/86).

Sem sombra de dúvida, a atividade de extração de petróleo de poços confrontantes constitui-se numa ameaça constante ao equilíbrio ecológico de toda zona costeira catarinense; pois, um desequilíbrio ecológico traria ao Estado, além de danos ambientais, que, pela natureza do agente poluidor (petróleo) seriam irreparáveis, danos econômicos e sociais de grande monta.

É procedente tal preocupação, pois, em caso de vazamento de óleo, decorrente quer da exploração, quer do transporte, Santa Catarina que tem na atividade pesqueira um dos pontos fortes de sua economia litorânea, que poderá ser duramente atingida.

Acerca do tema meio-ambiente pude contar com o apoio significativo da Procuradora do Estado/SC, Dra. FRANCIS LILIAN TORRECILLAS SILVEIRA, que com sua experiência na área ambiental, até mesmo pelo fato de ela, antes de assumir o cargo de Procuradora do Estado de Santa Catarina, ter sido Procuradora da FATMA – Fundação do Meio Ambiente, tendo sido de grande valia seus conhecimentos nesta área e

fundamental seu apoio na parte que se refere aos danos ambientais.

De outra parte, cumpre destacar que tratava-se de matéria inédita, sem precedentes judiciais, razão pela qual entendi necessário explicitar a matéria fática, bem como a fundamentação jurídica, demonstrando claramente a ilegalidade praticada pelo IBGE ao estabelecer o traçado da projeção territorial marítima entre os Estados do Paraná e Santa Catarina., arbitrariedade sem amparo legal reconhecida pelo próprio IBGE, conforme documento anexo a inicial.

Logo, nada mais justo seja o Estado confrontante indenizado, consoante expressa a já citada legislação regulamentadora da problemática em tela.

Porém, pelo malfadado traçado da linha de projeção do limite territorial marítimo entre os Estados de SC-PR, fixado pelo IBGE, fica referido poço “PRS-4” dentro da projeção do mar territorial paranaense.

DATA MAXIMA VENIA, essa tendenciosa interpretação esbulha o direito a indenização devida, por lei, ao Estado de Santa Catarina e seus Municípios litorâneos.

E, o que é pior, com certa conivência do Judiciário, haja vista, a ação tramitar a quase TRES (03) DECADAS, junto ao STF (Vide cópia da inicial: <http://www.egger.com.br/ie/PI-ACO444.pdf>) sem que tenha sido proferida decisão que ponha termo a polêmica, em evidente desrespeito a segurança constitucional da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF/88, art.5º, LXXVIII) e, **ainda, tendo em vista que a perícia (juntada aos autos em 20.08.1998) realizada (pelo perito nomeado pelo Ministro Carlos Velloso, então relator) dá conta do direito estar em consonância com o exposto pelo Estado de Santa Catarina.**

Ainda assim, decorridas quase três (3) décadas o STF não colocou fim aos danos sofridos aos Cofres Públicos do Estado de Santa Catarina.

Pois, como já afirmado, o processo se arrasta sem que o Judiciário se anime a por fim aos danos que a arbitrária demarcação da projeção territorial marítima projetada pelo IBGE, tem causado aos Cofres Públicos do Estado de Santa Catarina, ou seja, a sangria que vem ocorrendo no Erário catarinense, em decorrência da perda dessa receita que pela legislação citada haveria de pertencer aos Cofres catarinenses.

É claro que a decisão judicial é uma incógnita, tanto que se tem dito que ***os tribunais, assim como os hospitais, são lugares perigosos ... você sabe como entra, mas não pode ter certeza de como estará quando sair.***

Em suma, mesmo com a incerteza jurídica, espera-se que o Poder Judiciário, ponha fim a essa situação que em muito tem prejudicado o Estado de Santa Catarina, pois, aguardar por quase três (03) décadas – 28 anos – para ter-se uma decisão judicial, equivale a negativa da prestação jurisdicional, deixando o Tribunal guardião dos direitos constitucionais de cumprir a norma que assegura a razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII), até porque, a prestação jurisdicional efetiva é um direito constitucional fundamental.

# PETIÇÃO INICIAL

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Excelentíssimos Senhores

Ministros do Excelso Supremo Tribunal Federal

444-6/ 10

010000

O ESTADO DE SANTA CATARINA, pessoa jurídica de direito público interno, por seu procurador designado, "ut" portaria inclusa, lotado na Procuradoria Geral do Estado, sita na Rua Saldanha Marinho, nº 3, em Florianópolis, SC, onde recebe intimações, "ex vi" da competência originária estabelecida na letra "f" do inciso I do artigo 102 da atual Constituição Federal, vem perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal propor a presente

1ger/001-1

p.1

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Ação de Retificação de Demarcação do  
mite Interestadual Marítimo entre os Es-  
tados de Santa Catarina e Paraná, contra  
FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRA-  
FIA E ESTATÍSTICA - IBGE, fundação públi-  
ca federal, com sede à Avenida Franklin  
Roosevelt, 166, 10º andar, Rio de Janei-  
ro, RJ, representada na pessoa de seu  
Presidente, e face ao disposto no artigo  
47 do nosso Estatuto Processual Civil, na  
condição de litisconsortes passivo neces-  
sário o ESTADO DO PARANÁ e o ESTADO DE  
SÃO PAULO, ambos pessoas jurídicas de di-  
reito público interno, representados pe-  
los seus Procuradores-Gerais, lotados nas  
Procuradorias Gerais, situadas, respecti-  
vamente, à rua Marechal Hermes, 999, Cen-  
tro Cívico, Curitiba-PR, e Pátio do Colé-  
gio, 184, 1º andar, São Paulo-SP, pelas  
razões de fato e de direito que passa a  
expor:

A handwritten signature in black ink is located at the bottom right of the text block.

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

I - ~~DOE FATOS~~:

1. - A Fundação IBGE encarregada pela Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1985 e Decreto nº 93.189, de 28 de agosto de 1986, de efetuar o traçado das linhas de projeções das divisas interestaduais marítimas entre os Estados da Federação, para fins de distribuição de "royalties" a título de indenização aos Estados e Municípios confrontantes com poços de petróleo. Ao traçar referida projeção estabelecendo os limites marítimos entre o Estado requerente (SC) e o Estado do Paraná, o fez de forma arbitrária e sem respaldo legal, causando assim, enormes prejuízos ao Estado de Santa Catarina.

2. - O fato supracitado, por lesivo aos interesses do Estado de SC, levou o Governo Catarinense a pleitear junto ao IBGE a "revisão dos critérios da aplicação da legislação s/ projeção de limites territoriais dos Estados sobre a plataforma continental" consoante expressa epígrafe do Of. nº GG-001/87, de 09-01-87 (doc. 1, fls.01-03),

egger/001-1

p.3

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



isto por entender, entre outras razões, que "os pontos intermediários adotados para o traçado das linhas de base retas não estão corretos, pois foram fixados arbitrariamente", sem observância dos critérios legais (Lei 7.525/86 e Dec. 93.189/86).

3. - Em resposta ao referido Of. nº GG-001/87, o IBGE, através de seu então Presidente, Sr. EDSON DE OLIVEIRA NUNES, se propõe a "novo exame e pronunciamento do órgão técnico desta (sic) entidade" (cf. Of. PR 20, de 04-02-87 - doc. 11, fls. 02).

3.1. - Para tanto, o Governo de Santa Catarina indicou para representá-lo, nessa revisão conjunta, o geólogo LUIZ CARLOS DA SILVA, o Procurador do Estado Dr. GILBERTO D'AVILA RUFINO e o geógrafo ADEMIR KOERICH (cf. Of. nº 03432/CC - doc. 111).

4. - Desses trabalhos resultou, além de dados técnicos, parecer jurídico da lavra do Dr. GILBERTO D'AVILA RUFINO (doc. IV, fls. 01/21) e publicado no BDA - Boletim de Direito Administrativo, julho/88, p. 482-490

egger/001-1

p.4

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



intitulado "OS DIREITOS DOS ESTADOS-MEMBROS BRASILEIROS SOBRE A EXPLORAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS ENCONTRADOS NA PLATAFORMA CONTINENTAL", cujas conclusões mereceram a aprovação do Exmo. Sr. Governador do Estado de Santa Catarina (cf. Of/SEPLAN/SC/GABIN N<sup>o</sup> 1500/88 - doc. V).

Referido Parecer, encaminhado ao IBGE, confirma de forma cabal e insofismável a arbitrariedade e ilegitimidade, bem como a incorreção praticada pela mencionada Fundação, ao estabelecer o traçado da projeção do limite interestadual marítimo entre SC e PR.

5. - E, é de se ficar pasmo, pois, por absurdo que possa parecer, o próprio IBGE, em seu "Relatório Técnico DGC n<sup>o</sup> 01/88 - PROJEÇÃO DOS LIMITES INTERESTADUAIS EM ÁREA MARÍTIMA (doc.VIII, fls.03/16) ~~confirma~~ a irregularidade cometida, em detrimento aos direitos do Estado de Santa Catarina, consoante expressa na parte final desse seu relatório, cuja transcrição dá-se abaixo:

5. CONCLUSÕES

Depreende-se do até aqui exposto ser impossível ao IBGE cumprir, sem questionamentos, o que determina a lei n<sup>o</sup>

egger/001-I

*Jury*  
p.5

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



7.525/86 e o Decreto nº 93.189/86, no que tange aos Estados do Piauí e do Paraná.

A solução encontrada CARECE DE RESPALDO LEGAL e parte de uma premissa que não se encontra perfeitamente caracterizada, a da garantia da projeção integral das unidades da federação na 'plataforma continental'.

Considerando que o Governo do Estado de Santa Catarina questiona o procedimento ou procedimentos adotados pelo IBGE, recomenda-se o encaminhamento da questão à Consultoria Geral da República, diante das interpretações de textos legais efetuadas nos estudos e soluções desenvolvidas.

O questionamento levantado pelo Governo do Estado de Santa Catarina, em presença de ocorrências semelhantes em outros países e mesmo questões de limites internacionais em águas marítimas, encontra solução por acordo ou convenção entre as partes, ou ato arbitral.

Rio de Janeiro, 04 de Julho de 1988.

DIRETORIA DE GEOCIÊNCIAS\*.

(doc. VIII, fls.12)

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



6. - De outra parte, é de se observar que o IBGE, através da correspondência PR/298 (doc. X) da sua Presidência, datado de 25 de julho de 1988, confirma não serem conclusivos os estudos para a fixação da divisa marítima entre SC/PR, referida correspondência é vazada nos seguintes termos:

"Conforme expresso no Relatório encaminhado a V. Exa. através do Ofício PR 250/88, os estudos procedidos pelo IBGE não são conclusivos quanto à projeção dos limites dos Estados de Santa Catarina e do Paraná na plataforma Continental, no tocante às jazidas petrolíferas descobertas no mar territorial".

"Cabe observar que o IBGE prossegue no aprofundamento desses estudos e tem-se colocado à disposição para discussão técnica dos problemas com os representantes das Unidades da Federação envolvidas. Assim, o encaminhamento final da questão só será feito após a conclusão desse processo de discussão".

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



7. - Entretanto, apesar das declarações do IBGE de que seus estudos "não são conclusivos quanto à projeção dos limites dos Estados de Santa Catarina e do Paraná na Plataforma Continental" (doc. X), o ora Requerente, Estado de SC, foi surpreendido com a publicação pela Gazeta Mercantil de 30-08-1988, p. 22, dando conta de que, para o IBGE o campo petrolífero de Tubarão está no Paraná. Apresentou, assim, traçado de divisas ainda em discussão, como ponto solucionado.

7.1. - Em decorrência dessa notícia, o Governo do Estado de SC, expediu Telex nº 3.665 e o Of. nº 2229889.1 (doc.XVIII, fls.1/3) expondo sua perplexidade ante a matéria divulgada na Gazeta Mercantil, de 30 de agosto próximo passado, atribuindo ao IBGE a afirmação de que a localização do campo petrolífero de Tubarão está situado na plataforma continental do Estado do Paraná, ...".

7.2. - Em resposta, o IBGE, através do Telex NR 2507 do Of. PR/531 (docs. XIX e XX), assim se manifestou:

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



"Embora os estudos realizados levem a que tecnicamente o IBGE considere o poço em águas do Estado do Paraná. ..., estamos aguardando, até o final deste mês, estudos técnicos conclusivos por parte do Governo desse Estado que comprovem não estar correta a atual colocação do assunto".

(excerto do Of. 2229889.1 - doc. XXI, fls. 1 e 2).

Ao que, acrescenta:

"Como é grande a preocupação deste (sic) órgão em encontrar uma solução para essa demanda antes que o poço comece a produzir óleo e gás, decorrido o referido prazo o IBGE arguirá a Consultoria Geral da República, visando obter sustentação legal para sua decisão técnica".

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



7.3. - Ora, estudos técnicos conclusivos comprovando não estar correta a colocação do IBGE quanto ao traçado da linha de projeção do limite marítimo entre SC/PR, foram remetidos, inclusive com detalhado parecer jurídico exarado pelo Procurador do Estado, Dr. GILBERTO D'AVILA RUFINO (doc.VII, fls.01/21); aliás, o próprio IBGE reconhece expressamente no seu Relatório DGC nº 01/88 (doc. VIII, fls. 15/16), a irregularidade cometida.

Tanto que, consoante afirma, pretende arguir a Consultoria Geral da República, visando obter sustentação legal para sua decisão técnica, o que, DATA VENIA, face a legislação vigente, é impossível, pois, não se pode obter sustentação legal para ato praticado em detrimento da lei (Lei nº 7.525/86 e Dec. nº 93.189/86). Legislação esta que define a forma pela qual referida Fundação teria de efetuar o traçado dessas projeções, ou seja: so IBGE cabe traçar as linhas de projeção dos limites territoriais dos Estados confrontantes segundo a linha geodésica ortogonal à costa, até o ponto de sua intersecção com os limites da plataforma continental (art. 9º, da Lei nº 7.525/86).

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



8. - Corroborando os estudos realizados e em resposta ao Of. PR/531 (doc. XX), o Estado encaminhou ao IBGE, "Réplica ao Relatório DGC N.º 01/88", concernente à projeção dos limites interestaduais em área marítima (doc. XXII, fls.01/07), onde reafirma a rejeição "in totum" dos procedimentos "técnicos" adotados pelo IBGE ao traçar a linha de projeção do limite interestadual marítimo entre os Estados de Santa Catarina e Paraná; haja vista mencionado traçado não ter observado o que determina a legislação que regulamenta tal procedimento (Lei 7.525/86 e Dec. 93.189/86), cuja observância SC espera seja cumprida.

9. - Estranhamente, sem que se apresentasse qualquer solução ao problema, o então Presidente do IBGE, Sr. CHARLES CURT MUELLER, através do Of. PR 430, de 12-10-89 (doc. XVII, fls.01/03), diz ao ora Requerente que:

"Em momento algum, após a apresentação do Relatório Técnico, o IBGE tomou conhecimento de fatos que motivassem a revisão do mesmo".

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



9.1. - DATA MAXIMA VENIA, essa afirmação, à vista das ocorrências - principalmente documentos I, II, VII, VIII, X - só pode ser entendida como delirante, pois além dos pedidos de revisão anexos do Parecer (doc. VII, fls.01/21), da Réplica ao Relatório DGC N° 01/88 (doc. VIII, fls. 01/16), dentre outros documentos anexados, o próprio IBGE atesta a arbitrariedade e ilegalidade praticada no documento (Relatório DGC n° 01/88) que alega ter "elaborado em junho de 1988 e apresentado aos dois governos", bem como informa que esses estudos não são conclusivos, basta se ver o teor de seu Of. PR/298, de 25-07-88 (doc. X).

9.2. - De modo que inconcebível a alegação do então Presidente do IBGE, no sentido de não ter tomado conhecimento de fatos que motivassem a revisão da demarcação procedida referentemente ao limite interestadual marítimo SC/PR.

10. - Diante desse impasse, o Governo do Estado de Santa Catarina, convidou o Estado do Paraná, para, conjuntamente, resolverem "a demarcação das linhas divisórias no mar territorial", consoante expressa o Of. PRCC n° 398/90, de 16-05-90 (doc. XXIX), cujo teor pede-se vênia para transcrever:

egger/001-1

*Jung*  
p.12

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Senhor Governador,

O Governo do Estado de Santa Catarina propõe-se a estabelecer com os Estados limítrofes a demarcação das linhas divisórias no mar territorial da frente atlântica.

As iniciativas conjuntas parecem ser o instrumento adequado para se resolver, definitivamente, qualquer questão de limites, e é, em razão disto, que formulo a presente reivindicação:

Espero que Vossa Excelência concorde em aliar-se à intenção no sentido de dar fiel cumprimento ao art. 12, § 2º das Disposições Transitórias da Constituição Federal em vigor, que entrega aos Estados e Municípios o cuidado de 'promover, mediante acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas' (...).

Os diversos esforços até aqui envidados não lograram êxito nessa delicada tarefa. As últimas informações recebidas do IBGE evidenciam um impasse que se espera seja apenas provisório.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Com efeito, uma carta de 12-10-1989, assinada pelo Presidente do IBGE e endereçada ao Secretário de Estado da Ciência e Tecnologia, das Minas e Energia de Santa Catarina, afirma, segundo relatório do mesmo órgão, elaborado em junho de 1988 e apresentado aos dois Governos, que o poço denominado PRS-4 encontra-se em águas territoriais correspondentes à projeção do Estado do Paraná. Afirma também a referida carta que nenhum fato superveniente ensejou a necessidade de revisão do relatório.

Verifica-se que, no relatório de 11 de junho de 1988, supracitado, o IBGE incorre em vários erros de interpretação de normas jurídicas, chegando a descaracterizar as situações geográficas objetivamente observáveis e a "questionar" as normas que ele reputa estarem em vigor. O relatório, ao invocar os casos dos Estados do Piauí e do Paraná, confessa que a solução por ele mesmo indicada "pode ser considerada arbitrária, incontestavelmente, contudo é a que melhor atende às premissas básicas utilizadas pelo IBGE".

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Conclui o relatório: "Depreende-se do até aqui exposto ser impossível ao IBGE cumprir, sem questionamento, o que determina a Lei nº 7.525/86 e o Decreto nº 93.186/86, no que tange aos Estados do Piauí e do Paraná. A solução encontrada carece de respaldo legal e parte de uma premissa que não se encontra perfeitamente caracterizada: a da garantia da projeção integral das unidades da Federação na 'plataforma continental'.

Fica assim evidenciado que a competência e a seriedade, com as quais o IBGE leva a cabo suas complexas tarefas na área de Geociência, contrastam muito com sua falta de êxito em matéria de hermenêutica jurídica.

As soluções, por ele apontadas, afastam-se em demasia do direito aplicável, para poderem merecer a anuência do Estado de Santa Catarina.

Ao contrário, há possibilidade de se estabelecer os limites marítimos entre os Estado de Santa Catarina e do Paraná, com o devido respeito às normas jurídicas pertinentes.

egger/001-I

p.15

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Essas são as razões pelas quais venho convidar Vossa Excelência para um exame conjunto da questão, no intuito de estabelecer definitivamente os referidos limites. Em razão da premência de prazos, estabelecidos pela Constituição Federal, face às várias providências a serem adotadas, rogo que Vossa Excelência manifeste sua opinião a este respeito, com toda a diligência requerida pela magnitude do assunto, de inquestionável relevância para ambos os Estados.

Por oportuno, quero registrar o alto apreço dos catarinenses por Vossa Excelência, bem como pelo povo do vizinho Estado do Paraná, com o qual Santa Catarina sempre manteve estreitos laços de amizade cordial, com interesses inter-dependentes, o que prezo e desejo manter e cultivar.

11. - De sua parte, o governo do Estado do Paraná, através do Of. ATG 2.302/90, de 25-06-90, (doc. XXX) assim se posicionou:

egger/001-1

p.16

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



"... permita-nos manifestar o entendimento deste Governo de que somente à União cabe tratar esse assunto. E, da parte do Paraná, já foi criada comissão de alto nível, para subsidiar o Governo Federal no que for necessário".

12. - Por outro lado, é de se observar a manifesta preocupação do Ministro ADHEMAR PALADINI GHISI, atual Presidente do Tribunal de Contas da União, ao requerer, em Sessão do TCU, de 17-08-88, fosse solicitada "documentação que versa sobre os estudos especializados" referentemente ao traçado das projeções das linhas de limite marítimo entre os Estados, haja vista "as implicações de ordem legal e política na justa distribuição dos 'royalties' provenientes da extração de óleo, xisto betuminoso e gás natural" (cf. doc XXX, fls. 1).

12.1. - Em decorrência, a PETROBRAS informou não ter realizado qualquer estudo a respeito, tendo em conta que, pela legislação vigente, compete ao IBGE proceder tais estudos, acrescentando:

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



"Assim, a PEIROBRÁS, no pagamento de 'royalties' por produção na plataforma continental, orienta-se por Resoluções do IBGE, às quais dá acolhimento sem discutir o seu mérito. Não obstante, enquanto não se resolve a respeito da real localização da recente descoberta na área do eoco PRS-4, que originou o campo que batizamos de 'Iubarão', a PEIROBRÁS decidiu provisoriamente pela destituição dos eocos a serem ali explorados". (cf. Doc.XXXIII, fls. 12)

12.2. - Do mesmo modo, a Diretoria de Hidrografia e Navegação, do Ministério da Marinha, informa que a competência para o traçado dos limites laterais marítimos estaduais e municipais foi atribuída ao IBGE, agregando que:

"Por oportuno, participo ainda a V. Exa. que, conquanto tenha sido constituído, pela Portaria nº 77, de 18 de Julho de 1988 do Secretário-Geral do Ministério das

egger/001-I

  
p.18

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Ciências e Tecnologia, Grupo de Trabalho no âmbito da Comissão de Cartografia, tendo entre suas tarefas emitir pareceres a respeito da demarcação de limites estaduais sobre a Plataforma Continental, não foi o mesmo ainda instalado. Por conseguinte, não estão sendo realizados estudos na Diretoria de Hidrografia e Navegação pertinentes ao assunto em pauta".

(cf. doc. XXXIII, fls. 14)

12.3. - Aos 14-11-88, ao se manifestar a respeito da questão, o Secretário da SPCI, do TCU, dá conta de que:

"9. O Relatório Técnico produzido pela Diretoria da Geociências do IBGE, em 4 de julho do corrente ano, além da parte expositiva que, por vezes, foge ao entendimento do leigo, produz, nos seus três

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



anexos, a expressão cartográfica da projeção das unidades da Federação na "plataforma continental", na escala 1:20.000.000, imprestável portanto como meio de convencimento.

10. O Relatório da DGC é, em si, igualmente inconcluso sobre o fato questionado, sob a alegação de ser impossível ao IBGE cumprir, sem controvérsia, o que determina a Lei nº 7.525/86 e Decreto nº 93.189/86, no que tange aos Estados do Piauí e do Paraná. Note-se que a definição relativamente ao Estado do Paraná é que gerou a reclamação do Governo do Estado de Santa Catarina e, conseqüentemente, deu origem a este processo, por iniciativa do Sr. Ministro ADHEMAR GHISI.

11. Diante do impasse, recomenda o IBGE o encaminhamento da questão à Consultoria Geral da República, com vistas à interpretação dos textos legais que serviram àquele Instituto no estudo e soluções a que chegou. Lembra, afinal, que ocorrências semelhantes em outros países e mesmo

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



questões de limites internacionais em águas marítimas, encontram solução por acordo ou convenção entre as partes, ou ato arbitral".

E conclui no sentido de que:

"12. Esta Secretaria não dispõe de elementos suficientes, nem de competência especializada para opinar a respeito da controvérsia. Por essa razão, não descartamos, de plano, as sugestões oferecidas pelo IBGE. Vale registrar, por oportuno, que o acordo ou arbitramento são meios reconhecidos pela atual Constituição para promover a demarcação das linhas divisórias litigiosas entre Estados-membros e Municípios (ADCT, art. 12, § 2º). Embora a mencionada disposição se refira, parece-nos, a litígios existentes na área continental, não vislumbramos impedimento que tais recursos indicados para solução de conflito sejam adotados na espécie".

12.4. - Por sua vez, o Secretário do TCU, Dr. DARCI DANTAS, em seu Parecer, de 09-05-90 (doc. XXXIII, fls. 62), conclui, diante do "Relatório" do IBGE, que:

egger/001-1

p.21

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



"a discussão sobre tão relevante matéria só poderá ser alcançada pela via judiciária ou por entendimento político através de negociações entre as partes".

12.5. - Tendo sido o Ministro ADHEMAR GHISSI elevado à Presidência do Egrégio Tribunal de Contas da União, foi designado relator do procedimento desencadeado pelo mesmo, referente ao traçado dos limites marítimos interestaduais, perante aquela Corte de Contas (processo TC-009.098/88-7), o Ministro LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA, que, em seu Despacho de doc. XXXIII, fls. 66) dá conta de que o IBGE,

"... através da Diretoria de Geociências, admite a existência de áreas com indefinições nos limites interestaduais (MA, PI e CE; e SP, PR e SC)".

A handwritten signature in black ink, appearing to be "J. ...".

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



E, ressalta que:

"Efetivamente, o assunto aqui tratado se reveste de relevância e complexidade".

(doc. XXXIII, fls. 66, 'in fine')

12.6. - Por sua vez a Procuradoria do TCU equivocou-se ao entender (item 11 do Parecer doc. XXXIII, fls. 69), que o traçado da projeção da linha de limite-marítimo entre o Estado de SC e PR resultou de projeção ortogonal à costa. Pois, isto é o que determina a lei, mas, que in casu (SC/PR) foi justamente o que não foi cumprido pelo IBGE, e é o que reclama SC, ou seja, que o traçado dessa projeção seja, como determina a lei, uma linha geodésica ortogonal à costa.

Do mesmo modo, não se trata de "... uma possível revisão do diploma regulamentar da Lei nº 7.525... " como acredita o Procurador-Geral junto ao TCU, Dr. FRANCISCO DE SALLES NOURXO BRANCO (item 15 do Parecer - doc. XXXIII, fls. 69), MAS SIM, DA CORRETA APLICAÇÃO DO REFERIDO DIPLOMA.

egger/001-I

p.23

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



12.7. - Em Sessão do TCU, de 19-09-90, o

Ministro - Relator, LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA, entendeu que:

"Tal como realça o nobre órgão do Ministério Público, embora a competência deste Tribunal se restrinja, in casu, à fiscalização da utilização dos recursos oriundos dos chamados 'royalties', o deslinde da questão posta nestes autos é de real interesse do Tribunal, porquanto terá reflexos diretos no rateio do Fundo Especial instituído pela Lei 7.525/86".

E conclui no sentido de ser indagado

"...do IBGE a respeito da realização da audiência sobre o pleito junto à Consultoria Geral da República..." (doc. XXXIII, fls.73)

egger/001-1

p.24

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



12.8. - Tendo o IBGE informado, através do Of. PR/10, de 09-01-91 (doc. XXXIII, fls. 76), que a audiência à Consultoria Geral da República não fora efetivada devido ao entendimento da Procuradoria Geral daquele órgão, de ser a matéria de competência do Supremo Tribunal Federal, competindo ao Estado que se julgar prejudicado com a decisão do IBGE, a iniciativa de recorrer.

À guisa de melhor explicitar a questão, pede-se vênias para transcrever as informações contidas no mencionado Of. PR/10, do IBGE:

\*Preliminarmente, caberia informar que diante das arguições apresentadas pelos governos dos Estados envolvidos com o problema da localização do poço PR-S4, a área técnica do IBGE, incumbida de realizar os estudos relativos à projeção dos limites interestaduais da área marítima, sugeriu que o foro apropriado para elucidar as questões levantadas seria a Consultoria Geral da República.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Ocorre, contudo que a Procuradoria Geral do IBGE, ao examinar a sugestão da Diretoria de Geociências, concluiu que não seria pertinente o encaminhamento do assunto a Consultoria Geral da República, já que o problema não se configura dentro das atribuições e competências que são cometidas aquele órgão por força de legislação.

Entendeu, ainda, a Procuradoria Geral do IBGE que o problema envolve, antes, matéria a ser discutida no âmbito do Poder Judiciário e que, nesta hipótese, a iniciativa de recorrer da decisão técnica caberia ao Estado que se julgasse prejudicado com os resultados dessa decisão e não ao IBGE.

A argumentação do órgão jurídico está fundamentada nos dispositivos constitucionais que dão ao Supremo Tribunal Federal a competência de processar e julgar as causas e os conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

p.26

egger/001-I

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Diante desse pronunciamento, a proposta inicial de recorrer à Consultoria Geral da República ficou prejudicada, não tendo esta Presidência formalizado a consulta.

12.9. - Assim, com o Parecer do Ministério Público junto ao TCU (doc. XXXIII, fls. 81/82), o Ministro-Relator, Dr. LUCIANO BRANDXO ALVES DE SOUZA, proferiu seu voto cuja íntegra dá-se abaixo: (doc. XXXIII, fls. 83-85):

\*TC-009.098/88-7

Definição de limites de projeções estaduais e municipais, na plataforma continental, dos Estados do Paraná e Santa Catarina, para fins de distribuição de quotas de petróleo.

Na Sessão de 17.08.88 (fls. 7), o Tribunal acolheu, por unanimidade, o parecer formulado pelo Sr. Ministro Adhemar Ghisi, hoje ilustrado a Presidência da Corte, no sentido de solicitar aos órgãos

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



III

4. Em resposta à solicitação da Corte, o Sr. Presidente do IBGE informa (fls. 77/78) que a referida audiência não foi efetivada, à vista do entendimento da Procuradoria-Geral da Fundação no sentido de ser a matéria da competência exclusiva do E. Supremo Tribunal Federal. A este cabe - acrescentou o dirigente - , por força de dispositivo constitucional, processar e julgar os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (cf. art. 102-1-f da C.F.). Aduziu, em consequência, que nesta hipótese o foro próprio para RECURSO é o Poder Judiciário, e que a iniciativa de recorrer da decisão do IBGE cabe ao Estado que se julgar prejudicado com os resultados dessa decisão, e não à própria Fundação.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



competentes a documentação sobre os estudos para a definição dos limites das projeções dos Estados e Municípios, na plataforma continental, tendo como base a Lei nº 7.525/86 e a Resolução TCU nº 229/87.

2. A iniciativa decorreu de notícias divulgadas pela imprensa sobre a descoberta de uma nova província petrolífera denominada 1-PR-S-4, cuja localização-Paraná-ou Santa-Catarina gerou polêmica entre esses dois Estados, por implicar em pagamento de royalties pela PETROBRÁS, ao Estado e Município detentor da nova jazida.

II

3. Posteriormente (Sessão de 12.02.90 - fls. 75), o Plenário, ao acolher Voto deste Relator, decidiu indagar à Fundação IBGE a respeito da audiência que teria sido formulada junto à Consultoria-Geral da República; e deliberou também dar conhecimento da questão aos Srs. Ministros da Economia, Fazenda e Planejamento e da infra-Estrutura, para adoção das providências cabíveis no âmbito de suas competências.

egger/001-I

  
P.28

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



5. A ~~Secretaria de Planejamento e Coordenação - SEC~~ deste Tribunal, considerando as informações, prestadas pelo Instituto, e ressaltando que esta Corte já tomou as providências que lhe competia para esclarecer a questão, propõe o encaminhamento de cópia do processo ao Governo do Estado de Santa Catarina, para conhecimento e adoção das providências que entender necessária à defesa dos interesses econômicos daquele Estado.

6. O Sr. ~~Procurador-Geral~~ - Prof. Francisco de Salles Mourão Branco - em parecer emitido (fls.82/85) por solicitação nossa (fls. 81), manifesta-se de acordo com a proposição do Titular da SPG. Conclui acrescentando que "poderá ser dada ciência do desfecho do presente feito ao Governo do Estado de Santa Catarina, afigurando-se-nos oportuno, ainda agora, efetivar-se, no tocante ao v. *decisum* de fls. 75, a comunicação dos fatos emergentes aos Srs. Ministros de Estado da Infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e

A handwritten signature in black ink is located at the bottom right of the page, overlapping the page number.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Planejamento, ex\_vi do disposto nas Leis n.ºs 8.028/90 (art. 23, IV, I) e 8.057/90 e decreto n.º 99.244/90 (arts. 179, 213, 214, 220 e 222), para as providências que julgarem adequadas no caso. É o Relatório.

#### Voto

Conforme registrado, este Colegiado já adotou, no âmbito de suas atribuições e faculdades, as providências cabíveis, buscando viabilizar, através dos órgãos competentes, a real localização da nova província petrolífera para fins de definição dos limites de projeções que propiciarão o recebimento de royalties da Petrobrás pelos Estados do Paraná ou de Santa Catarina, e respectivos municípios.

2. Conquanto tais providências não tenham ensejado o deslinde imediato da matéria em questão, levaram elas à conclusão de que a pendência deverá ser resolvida de duas formas: a saber: através de entendimento entre as partes envolvidas, ou mediante procedimento apropriado na via judiciária.

egger/001-I

p.31

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Diante do exposto, VOTO, de acordo com pareceres, no sentido de que o Tribunal adote a seguinte DECISÃO:

a) encaminhar cópia do presente processo ao Governo do Estado de Santa Catarina para conhecimento do nele contido, e adoção das providências que considerar necessárias à defesa dos interesses econômicos daquele Estado e seus Municípios;

b) comunicar os fatos emergentes destes autos aos Srs. Ministros de Estado da infra-Estrutura e da Economia, Fazenda e Planejamento, para as providências cabíveis; e

c) por fim, tendo em vista a conclusão referida no item 2 deste Voto, arquivar os presentes autos, devendo a SPC cientificar este Plenário sobre a ocorrência de fatos novos envolvendo a matéria em pauta.

Sala das Sessões, em 24 de abril de 1991.

LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA

Ministro-Relator\*, (doc. XXXIII fls 83/86)

A handwritten signature in black ink, appearing to be "Luciano Brandão Alves de Souza".

p. 32

egger/001-1

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



12.10. - As conclusões do Ministro-Relator, supra transcritas, foram acolhidas em Decisão Plenária, pelo TCU, que resolveu:

"... encaminhar cópia do presente processo ao governador do Estado de Santa Catarina para conhecimento do nele contido, e adoção das providências que considerar necessárias à defesa dos interesses econômicos... daquele Estado e seus municípios (cf. doc XXXIII, fls 83".



11 - DAS RAZÕES DE ORDEM ECONÔMICA E AMBIENTAL DO LITÍ-  
GIO

13. - Inicialmente, cumpre explicitar as razões de fundo econômico do litígio. Assim, se de um lado a nossa Carta Magna arrolou em seu artigo 20, como bens da União "o mar territorial" (CF. art. 20, VI), de outro, assegurou, consoante dispõe o parágrafo primeiro do mesmo artigo Constitucional, a participação dos Estados e Municípios no resultado da exploração dos recursos minerais da plataforma continental, como segue:

"É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração".

p.34

gger/001-1



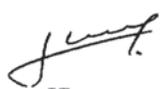
13.1. - De sorte que, os recursos naturais e minerais da plataforma continental, bem assim o mar territorial, foram consagrados pelo Constituinte Federal como bens da União (CF. art. 20, V, VI, IX).

13.2. - Assim, a finalidade da demarcação, pelo IBGE, das linhas de projeção marítimas estabelecendo os limites estaduais, é, no sentido de determinar a projeção continental marítima dos Estados costeiros, para a participação no resultado da exploração de petróleo e gás natural na plataforma continental.

13.3. - Essa participação, assegurada no parágrafo primeiro do artigo 20 da Constituição Federal de 1988, encontra-se estabelecida na Lei nº 7.453/85, que alterou a redação do artigo 27 da Lei nº 2.004/53, criando esse direito para os Estados, nos seguintes termos:

Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985  
Art. 1º - O artigo 27 e seus parágrafos da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pela Lei nº 3.257, de 2 de setembro de 1957, passam a vigorar com a seguinte redação:

egger/001-I

  
p.35



§ 1º - Os valores de que trata este artigo serão fixados pelo Conselho Nacional de Petróleo.

§ 2º - O pagamento da indenização devida será efetuado trimestralmente.

§ 3º - Os Estados, Territórios e Municípios deverão aplicar os recursos previstos neste artigo, preferentemente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento básico.

§ 4º - É também devida a indenização aos Estados, Territórios e Municípios con-  
frontante, quando o óleo, o xisto betumi-  
noso e o gás forem extraídos da platafor-  
ma continental, nos meses 5% (cinco por  
cento) fixados no caput deste artigo,  
sendo 1,5% (um e meio por cento) aos



Estados e Territórios; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios e suas respectivas áreas geo-econômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas; e 1% (um por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios”.

13.4. - É de se notar que a indenização a ser paga pela PETROBRÁS e suas subsidiárias, nos termos do artigo 27 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, com a redação dada pela Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985, estende-se à plataforma continental e obedecerá ao disposto na Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986 (cf. art. 1º, da Lei nº 7.525/86).

13.5. - Assim, o Estado confrontante tem direito a receber indenização calculada sobre o valor do óleo, do xisto betuminoso e do gás natural extraído na plataforma continental.



13.6. - Tal indenização é justificada

pois, além do entendimento de ser a plataforma continental considerada extensão submersa do respectivo território, os Estados e Municípios confrontantes servem de base de apoio para a exploração-extração desses recursos. Assim, para tal mister são utilizados do Estado confrontante, portos, aeroportos, estradas, hospitais, localizam-se oleodutos ou gasodutos. Referido fato gera uma transformação sócio-econômica de vulto considerável, inclusive pela afluência de novos habitantes, gerando, destarte, despesas para o Estado e Municípios confrontantes.

Isto, sem falar nos prejuízos causados à exploração da pesca e do turismo - principais fontes de receita das regiões litorâneas -, em caso de dano ecológico pelo óleo.

14. - Corroborando esse conteúdo indenizatório, o legislador federal estabeleceu:

"Lei nº 7.525, de 22 de Julho de 1986.

Art. 1º - .....



Art. 2º - Para os efeitos da indenização calculada sobre o valor do óleo de eocos ou de xisto betuminosos e do gás natural extraído da plataforma continental, consideram-se confrontantes com eocos produtores os Estados, Territórios e Municípios contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha de limite da plataforma continental, onde estiverem situados os eocos.

Art. 3º - A área geoeconômica de um Município confrontante será definida a partir de critérios referentes às atividades de produção de uma dada área de produção petrolífera marítima e a impactos destas atividades sobre áreas vizinhas.

Art. 4º - Os Municípios que integram tal área geoeconômica serão divididos em 3 (três) zonas, distinguindo-se 1(uma) zona de produção principal, 1(uma) zona de produção secundária e 1(uma) zona limítrofe à zona de produção principal.



§ 1º - ~~Considera-se como zona de produção~~  
essencial de uma dada área de produção  
petrolífera marítima, o Município con-  
frontante e os Municípios onde estiverem  
localizadas ~~3 (três) ou mais instalações~~  
dos seguintes tipos:

- I - instalações industriais para proces-  
samento, tratamento, armazenamento e  
escoamento de petróleo e gás natu-  
ral, excluindo os dutos;
- II - instalações relacionadas às ativida-  
des de apoio à exploração, produção  
e ao escoamento do petróleo e gás  
natural, tais como: portos, armazéns,  
oficinas de manutenção e fabri-  
cação, alojados, armazéns e es-  
critórios.

§ 2º - Consideram-se como zona de produ-  
ção secundária os Municípios atravessados  
por oleodutos ou gasodutos, incluindo as  
respectivas estações de compressão e bom-  
beio, ligados diretamente ao escoamento  
da produção, até o final do trecho que



serve exclusivamente ao escoamento  
produção de uma dada área de produção pe-  
trolífera marítima, ficando excluída, pa-  
ra fins de definição da área geoeconômi-  
ca, os ramais de distribuição secundá-  
rios, feitos com outras finalidades.

§ 3º - Consideram-se como zona limítrofe  
à de produção principal os Municípios  
contíguos aos Municípios que a integram,  
bem como os Municípios que sofram as con-  
sequências sociais ou econômicas da pro-  
dução ou exploração do petróleo ou do gás  
natural.

§ 4º - .....

§ 5º - .....

Art. 5º - .....

Art. 6º - .....

Art. 7º - O § 3º do art. 27 da Lei nº  
2.004, de 3 de outubro de 1953, alterado  
pela Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de  
1985, passa a vigorar com a seguinte re-  
dação:

REPUBLICANAS DE 1964 DO ESTADO DE SANTA CATARINA



§ 3º - Ressalvados os recursos destinados ao Ministério da Marinha, os demais recursos previstos neste artigo serão aplicados pelos Estados, Territórios e Municípios, exclusivamente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico".

15. - Nesse sentido, é de se observar o Ver de proteção ao meio ambiente prescrito na Carta Maior, (Jo § 4º do artigo 225, prescreve ser a zona costeira patrimônio nacional e

"... sua utilização far-se-á, na forma da lei, DENTRO DE CONDIÇÕES QUE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE, inclusive quanto ao uso de recursos naturais".

(CF. 225, § 4º)

15.1. - A implantação de um complexo de exploração de lençol petrolífero, utilizando expressão retirada do inciso IV do artigo 225 da Constituição Federal, constitui-se em "ATIVIDADE POTENCIALMENTE CAUSADORA DE SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE".



E, justamente, no momento em que a humanidade se dá conta do poder-dever de preservar o meio ambiente para a geração presente e as futuras, e que esse **DEVER** impõe-se ao Poder Público (CF art. 225, "caput"), é necessário ao Estado dispor dos meios para cumprir tal mister. E é para isso, que se destina o pagamento dessas indenizações, sob a forma de "royalties".

15.2. - Para que se estabeleçam parâmetros de meio ambiente, cuja proteção é o bem difuso que se quer ver protegido, transcreve-se a definição adotada por JOSÉ DE AVILA AGUIAR COIMBRA, em sua obra "O outro lado do meio ambiente", SP, CETESB, 1984, pág. 29:

"Meio ambiente é o conjunto dos elementos físico-químicos, ecossistemas naturais e sociais em que se insere o homem, individual e socialmente, num processo de interação que atenda ao desenvolvimento das atividades humanas à preservação dos recursos naturais e das características essenciais do entorno, dentro de padrões de qualidade definidos".



15.3. - Sendo certo que, as águas de nanciais, rios e lagos, as águas litorâneas dos estuários praias, os manguezais; as águas doces das chuvas e as águas salgadas dos oceanos, todo o fabuloso universo hídrico é constitutivo eminente do meio.

15.4. - Sem sombra de dúvida, a atividade de extração de petróleo de poços confrontantes constitui-se numa ameaça constante ao equilíbrio ecológico de toda zona litorânea catarinense. Um desequilíbrio ecológico traria ao Estado, além de danos ambientais, que, pela natureza do agente poluidor, petróleo, seriam irreparáveis, danos econômicos e sociais de grande monta.

15.5. - Daí, ser oportuno trazer à colação o cálculo que o economista PAUL A. SAMUELSEN traçou do "BEM ESTAR LÍQUIDO = BEL", que assim poderia ser definido:

"BEL = PNB (Produto Nacional Bruto) menos custos sociais e prejuízos causados ao meio ambiente por conta da obtenção do PNB".

(in J.A.A. COIMBRA, op. cit., p. 35)

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



15.6. - é procedente tal preocupação, pois, em caso de vazamento de óleo, decorrente quer da exploração, quer do transporte, Santa Catarina que tem na atividade pesqueira um dos pontos fortes de sua economia litorânea, seria duramente atingida.

Logo, nada mais justo seja o Estado confrontante indenizado, consoante expressa a já citada legislação regulamentadora da matéria.

15.7. - Indubitavelmente, o campo petrolífero nominado pela PETROBRAS "Campo de Tubarão", onde localiza-se, dentre outros o poço de petróleo designado "PRS-4", a olho nu, sem maiores perquirições técnicas, situa-se no litoral norte do Estado de Santa Catarina, confrontando com o Município catarinense de São Francisco do Sul. Porém, pelo malfadado traçado da linha de projeção do limite territorial marítimo entre os Estados de SC - PR, fixado pelo IBGE, fica referido poço "PRS-4", dentro da projeção do mar territorial paransense. DATA VENIA, essa tendenciosa interpretação esbulha o direito a indenização, devida por lei, ao Estado de Santa Catarina.

egger/01a/1

p. 45

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



III - DO DIREITO

16 - Por primeiro, cumpre ressaltar que a Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986, ao atribuir ao IBGE a competência para traçar os limites interestaduais marítimos entre os Estados Federados, tratou de estabelecer os critérios a serem por este utilizados na execução desse traçado, consoante expressa o artigo 9º da referida lei, abaixo transcrito:

Art. 9º - Caberá à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE:

I - traçar as linhas de projeção dos limites territoriais dos Estados, Territórios e Municípios confrontantes, segundo a linha geodésica ortogonal à costa ou segundo o paralelo até o ponto de sua interseção com os limites da plataforma continental;

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



II - definir a abrangência das áreas geoeconômicas, bem como os Municípios incluídos nas zonas de produção principal e secundária e os referidos no § 3º, do art. 4º desta lei, e incluir o Município que concentra as instalações industriais para o processamento, tratamento, armazenamento e escoamento de petróleo e gás natural;

III - ...

IV - ...

Parágrafo único - Serão os seguintes os critérios para a definição dos limites referidos neste artigo:

I - linha geodésica ortogonal à costa para indicação dos Estados onde se localizam os Municípios confrontantes;

II - sequência da projeção além da linha geodésica ortogonal à costa, segundo o paralelo para a definição dos Municípios confrontantes no território de cada Estado\*.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



17 -Referido critério legal restou estabelecido no Decreto nº 93.189, de 29 de agosto de 1986, regulamentador da Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986, nos seguintes termos:

Decreto nº 93.189, de 29 de agosto de 1989.

Art. 1º - A Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, para traçar as linhas de proteção 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.

Art. 2º - Para o fim de traçar as linhas de proteção dos limites da plataforma continental, entender-se-á por plataforma continental o leito do mar e o subsolo das regiões submarinas adjacentes à costa, ATÉ QUE A PROFUNDIDADE DAS ÁGUAS SOBREJACENTES PERMITA O APROVEITAMENTO DOS RECURSOS NATURAIS DESSAS REGIÕES.

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Art. 3º - 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.

Art. 4º - Os limites dos Estados e dos Territórios serão projetados segundo a linha geodésica ortogonal à costa, enquadrando estas projeções as dos limites municipais.

Art. 5º - Os limites dos Municípios confrontantes serão projetados segundo o paralelo, além da linha geodésica ortogonal à costa, mantendo-se as respectivas projeções no enquadramento das projeções dos Estados e dos Territórios'.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



17.1. - Assim, pela legislação em vigor cumpria ao IBGE traçar as projeções dos limites territoriais dos Estados CONFRONTANTES segundo a LINHA GEODÉSICA A COSTA, até o ponto de sua interseção com o limite da plataforma continental (art. 9º, Lei nº 7.525/86), tomando por base a linha da baixa-mar do litoral continental e brasileiro adotada como referência nas cartas náuticas (Art. 1º, Dec. 93.189/86).

Entendendo-se por plataforma continental o leito do mar e o subsolo das regiões submarinas adjacentes à costa, até o ponto em que a profundidade das águas sobrejacentes permita o aproveitamento dos recursos naturais dessas regiões (Art. 2º, Dec. 93.189/86).

17.2. - Porém, ao efetuar o traçado da projeção marítima do Estado do Paraná, o IBGE desprezou totalmente a legislação regulamentadora da matéria em causa, fato aliás confessado pelo mesmo no seu "Relatório DGC nº 01/88", no qual, partindo de uma falsa premissa, entende que

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



"...se um Estado é litorâneo, parece-lhe lógico que o mesmo deverá se projetar integralmente na 'plataforma continental', admitindo ao menos um ponto de contato com o traçado do limite das 200 milhas marítimas".

(doc.VIII fls. 09)

Buscando na Lógica, enquanto ciência, o silogismo perfeito têm-se que, partindo-se de uma premissa falsa a conclusão, inquestionavelmente, será falsa.

18. - Mesmo reconhecendo que os diplomas legais que tratam da problemática não prevejam a situação acima levantada o IBGE, partindo dessa sua falsa premissa, não prevista em lei, com a finalidade única de, nos seus dizeres,

"... garantir ao menos um ponto de projeção a 200 milhas será considerado o litoral do Estado do Piauí e do Estado do Paraná tendo como 'linha de base reta'

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



uma única reta unindo os seus pontos de limites interestaduais na intersecção com o litoral. Traçando-se a geodésica octogonal a esta linha em seu ponto médio intercepta-se o limite de 200 milhas, definindo o ponto de contato. As projeções desses Estados serão as linhas geodésicas que unem os pontos dos limites interestaduais com o ponto de contato".

(doc. VIII fls 11)

Apesar de reconhecer, expressamente, que esta solução

"... pode ser considerada 'arbitrária' incontestavelmente, contudo é a que melhor atende às premissas básicas utilizadas pelo IBGE e aqui apresentadas".

(doc. VIII, fls. 12 "supra").

18.1. - Do mesmo modo, reconheceu não ter acatado o que determina a Lei (art. 9º da Lei 7.525/86 e art. 1º e 2º do Dec. nº 93.189/86), por entender que

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



~~"A adoção das sociedades anônimas, que~~  
~~criaria limites litigiosos, portanto, per-~~  
 petuando indefinições".

(doc. VIII)

Concluindo

"... SER IMPOSSÍVEL AO IBGE CUMPRIR, SEM QUESTIONAMENTOS, O QUE DETERMINA A LEI 7.525/86 E O DECRETO Nº 93.189/86, NO QUE TANGE AOS ESTADOS DO PIAUÍ E DO PARANÁ. A SOLUÇÃO ENCONTRADA CARECE DE RESPALDO LEGAL E PARTE DE UMA PREMISSA QUE NÃO SE ENCONTRA PERFEITAMENTE CARACTERIZADA; A DA GARANTIA DA PROJEÇÃO INTEGRAL DAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO NA 'PLATAFORMA CONTINENTAL'".

18.2. - Ora, a partir do momento em que o próprio IBGE reconhece que a solução adotada pelo órgão "pode se considerada arbitrária incontestavelmente", convém, por oportuno, trazer à colação conceitos de eminentes e incontestáveis doutrinadores, do vocábulo ARBITRÁRIO.

egger/01a/I

p.53

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Preleção De Plácido e Silva:

'ARBITRÁRIO - Vocábulo designativo de tudo que contém uma deliberação fundada no arbítrio ou vontade de alguém, a qual se manifesta contrariando um princípio de lei ou uma regra pré-estabelecida' (grifo nosso) (in Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva, Editora Forense, 4a. Ed., Volume 1, pág. 147).

Por sua vez, o sempre presente Mestre Hely Lopes Meirelles, assim conceitua o ATO ARBITRÁRIO:

'Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário portanto, quando permitido pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre e sempre, ilegítimo e inválido' (nosso grifo) (in Direito Administrativo Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, 6a. Ed., pág. 137).

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Datíssima vênia, as interpretações do IBGE, não têm o menor sustentação fática, técnica ou legal e encontra-se devidamente refutadas no Parecer da lavra do Dr. GILBERTO D'AVILA RUFINO, acerca dos "Direitos dos Estados-Membros Brasileiros sobre a Exploração dos Recursos Naturais encontrados na Plataforma Continental" (doc. VII fls.17/19), cujas conclusões, por oportuno, transcreve-se:

1. A linha de base normal, de onde se mede a largura do mar territorial e a partir da qual se traçam as fronteiras laterais dos Estados costeiros no mar adjacente, é a linha da baixa-mar como indicada nas cartas marítimas de grande escala.

2. O direito interno brasileiro possui regra específica para delimitação das áreas marítimas confrontantes com os Estados-membros e conseqüente definição dos direitos destes. é o critério da linha ortogonal ou perpendicular à costa, cujo rumo será então determinado pelo ângulo de noventa graus formado com a linha de

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



base. Em razão disso, a orientação matemática da linha de base pode constituir como da discórdia entre os Estados brasileiros, originando disputas sobre a delimitação da projeção dos seus territórios no mar adjacente.

3. O limite interno do mar territorial não pode ser estabelecido, ao longo do território brasileiro, mediante aplicação generalizada do método das linhas de base retas, pois estas somente podem ser adotadas quando as sinuosidades ou anfractuosidades do litoral impeçam a utilização da linha da baixa-mar que constitui a regra geral.

4. De qualquer forma, o direito internacional público não admite o traçado de linhas de base retas que não reproduzam o desenho da costa, ou desta se afastem de maneira apreciável, existindo normas que fixam a extensão máxima dessas linhas.

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



5. O traçado das linhas de base retas, ligando pontos apropriados da costa, não pode transformar em mar territorial o que são águas internas.

6. Nenhuma consistência há no traçado da linha de base ligando os pontos extremos do litoral de um Estado-membro.

7. Por outro lado, a linha geodésica ortogonal deve ser locada nos pontos de limite, nenhum fundamento existindo para o seu lançamento no ponto médio do litoral de um Estado costeiro.

8. O método de fixação das fronteiras laterais do mar territorial, resultante da projeção dos territórios, deve ser explicitado e compreendido à luz da doutrina e jurisprudência do direito internacional público e do direito comparado. A adoção de soluções construídas com base em conceitos geométricos não é forma adequada para suprir as incoerências e omissões da legislação brasileira a esse respeito.

(doc. VII 17/19)

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



20. - Ademais, a legislação é clara em estabelecer que, para o traçado da linha geodésica ortogonal à costa, deve ser tomado por base:

- a - as linhas de baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, adotadas como referências nas cartas náuticas; ou
- b - as linhas de base retas, ligando pontos apropriados, 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 .....

21. - Referida legislação (Lei nº 7.525/86 e Dec. 93.189/86) determina o traçado das linhas de projeção dos limites territoriais dos Estados confrontantes SEGUNDO a linha geodésica ortogonal à costa, até o ponto de sua interseção como os limites da plataforma continental. Por definição, entender-se-á por plataforma continental o leito do mar e o subsolo das regiões submarinas adjacentes à costa, até o ponto em que a profundidade das águas sobrejacentes permita o aproveitamento dos recursos naturais dessa região.

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Restando clara a improcedência do entendimento do IBGE, no sentido de os Estados litorâneos terem direito à que suas projeções marítimas atinjam o limite das 200 milhas. DATA VENIA, tal limite representa o espaço marítimo onde o Estado-Nação exerce a sua Soberania, na chamada zona econômica exclusiva; e, não direito do Estado-Membro, pois, este tem autonomia, mas não soberania cuja titularidade é exclusiva do Estado-Nação.

22. - Mesmo porque, os Estados-membros têm características geográficas próprias, uns com maior dimensão territorial, outros com faixas litorâneas maiores ou menores; outros até sem projeção na costa marítima, como é o caso dos Estados de Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Tocantins, Amazonas, Acre, Roraima. Estados estes que não têm projeção marítima, de consequência, não participam diretamente das indenizações decorrentes da exploração petrolífera na Plataforma Continental, e isso não significa tratamento desigual, mas simplesmente a aplicação da realidade dimensional e geográfica de cada Estado da Federação.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



23. - Assim, não há que se falar em projeção até as 200 milhas. Quando a lei determina que o traçado da linha geodésia ortogonal à costa far-se-á até o ponto de sua interseção com os limites da plataforma Continental, entendida esta como até o ponto em que a profundidade das águas sobrejacentes permita o aproveitamento dos recursos naturais dessa região.

23.1. - Ainda mais que, o advérbio **Até** não significa a obrigação de se atingir esse ponto, mas sim o limite até onde pode chegar essa linha se seu ponto de interseção não ocorrer antes desse limite.

23.2. - No caso em tela, o ponto de interseção das linhas ortogonais à costa, referentemente ao Estado do Paraná, pela peculiaridade geográfica desse Estado, ocorre antes do limite das 200 milhas da zona econômica exclusiva, conforme demonstra a figura anexa ao "Relatório DGC nº 01/88" do IBGE (doc. VIII fl. 16, idem doc. XXXV, fls. 01).

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



24. - Destarte, tendo em vista as características da costa entre os Estados de São Paulo, Paraná e Santa Catarina, o ora Requerente entende ser o caso da adoção da linha da baixa-mar como referências nas Cartas Náuticas, para o fim do traçado das linhas geodésicas ortogonais à costa, com referência à projeção dos limites desses Estados.

25. - Corroborando, o entendimento supra narrado anexa-se estudo realizado pelo Ministério da Marinha do Brasil, encaminhado ao Governo deste Estado, pelo Exmo. Sr. Ministro da Marinha MARIO CESAR FLORES, através do Ofício de 19 de setembro de 1991 (doc. XXXIV fls. 01); documento esse, nos dizeres da Marinha,

"... essencialmente técnico, sobre o que seria a projeção marítima do limite entre Paraná e Santa Catarina, em função das regras que o Brasil aceita para fins internacionais, combinadas com a Legislação em vigor sobre o assunto".

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



Tal assertiva, que pela sua técnica mostra-se isenta de tendenciosidade, conduz a uma solução diametralmente oposta à aquela a que chegou o IBGE.

25.1. - Segundo esses estudos, a Marinha concluiu (item 13) que:

‘Em todo caso, o que a Legislação exige, sem qualquer dúvida, é que as linhas de projeção marítimas dos limites territoriais dos Estados confrontantes sejam ORTOGONAIS À COSTA. Desta forma, qualquer solução adotada deve satisfazer a esta exigência, isto é, AS LINHAS DE PROJEÇÃO MARÍTIMAS DEVEM SER ORTOGONAIS À COSTA (tomando como referência as linhas de base nos pontos dos limites litorâneos dos Estados confrontantes)’.

25.2. - Por compartilhar desse entendimento técnico legal, o Requerente efetuou o traçado gráfico das projeções dos limites marítimos dos Estados de SP - PR - SC, em conformidade com o que determina a legislação em vigor, efetuando o traçado da linha geodésica ortogonal à costa, tomando por base a linha de baixa-mar, resultando na figura constante do doc. XXXVI, fls 01.

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

E ESTE, EMÉRITOS JULGADORES, e O TRACADO  
 QUE AO IBGE INCUMBIA EFETUAR (ver doc. XXXV, fls 01/03)



26. - Destarte, rejeita-se na íntegra o traçado da linha de projeção do limite Paraná - Santa Catarina, por ter sido efetuado em frontal desacato a norma legal que lhe atribuiu tal incumbência.

27. - Note-se, ainda, "ad argumentandum tantum" que além da ausência de respaldo legal para que o IBGE estendesse a linha de projeção do Estado do Paraná até o limite das 200 milhas marítimas, este (IBGE), num total desprezo a qualquer norma regulamentadora, entendeu de efetuar referido traçado a partir de uma linha reta ligando os limites internos do Estado do Paraná, calculando a linha ortogonal ao litoral no seu ponto médio, consoante afirma no item 4 do seu Ofício PR/20, de 04-02-87, abaixo transcrito:

"No caso dos limites dos Estados do Piauí e do Paraná, a aplicação do método das linhas de bases retas apresentou o inconveniente de se cruzarem antes do limite do Mar Territorial e a solução para a definição dos seus limites foi obtida.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



através da definição do ponto central  
uma linha reta ligando os extremos do li-  
toral; calculada a linha ortogonal ao li-  
toral, no seu ponto médio, foi posiciona-  
do o ponto extremo (duzentas milhas) cor-  
respondente ao ponto médio e definidas as  
linhas ligando os limites terrestres ao  
ponto extremo\*.

(doc. II, fls. 01 "in fine")

Data venia, tal solução não encontra res-  
paldo legal, eis que a lei não estabeleceu exceção. Sendo  
IBGE uma Fundação Pública, de consequência um agente públi-  
co, como tal encontra-se adstrito ao princípio da legali-  
dade, ou seja: todo ato da administração pública tem que es-  
tar previsto em lei.

28. - Além do que, o IBGE traçou linhas  
de base reta à costa sem qualquer observância ao que deter-  
mina a lei. Assim, ao efetuar o traçado dessas linhas de  
base reta não atendeu ao limite máximo entre os pontos apro-  
priados nos Estados vizinhos, que é de 24 milhas para a ex-  
tensão das mesmas. (cf. Art. 3º. do Dec. Lei n° 553, de 25.04.69)

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



29. - Outrossim, o traçado das linhas de base retas, ligando pontos apropriados, não pode projetar-se sobre terra firme, como procedeu o IBGE, ao traçar tal linha na costa do Estado de Santa Catarina, transformando porção do território catarinense em mar territorial, do mesmo modo que não poderia tornar águas internas, porções do mar adjacente, como procedeu ao traçar a linha de base reta no Estado de São Paulo (cf. figura doc. XXXV fls 01).

29.1. - Demonstrando o desacerto desse traçado, apresenta-se a situação gráfica que resultaria do deslocamento das linhas de base retas, inadequadamente posicionadas pelo IBGE; destas o único traçado que apresentaria uma certa coerência com a legislação pertinente, seria o que apresenta o deslocamento do ponto "F" e do ponto "G", adequando-os à realidade da Costa (cf. Figuras doc XXXV fls 02/04).

30. - Fez-se referida digressão apenas no intuito de caracterizar a total ausência de sustentação técnica e legal ao traçado do IBGE, eis que, pela lei em vigor (Lei nº 7525/86, Dec. 93189/86) o modo adequado de elaborar esse traçado é o de que SEJAM AS LINHAS DE PROJEÇÃO MARÍTIMA ORTOGONAIS À COSTA.

egger/01a/1

p.65

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



IV - REQUERIMENTO

ISTO POSTO, consubstanciado nas razões fáticas e jurídicas que amparam <sup>o</sup> Ação de Retificação do Traçado da Projeção do Limite Interestadual Marítimo entre os Estados de Santa Catarina e Paraná, VEM REQUERER dignem-se, Vossas Excelências em:

- a) determinar a CITAÇÃO da requerida, FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, na pessoa de seu Presidente, na sua sede na Av. Franklin Roosevelt, nº 166, 10º andar, na cidade do Rio de Janeiro, RJ, para, querendo, contestar a presente ação;
- b) determinar a CITAÇÃO dos litisconsortes passivo necessário (CPC, art. 47), do ESTADO DO PARANÁ e ESTADO DE SÃO PAULO, na pessoa dos seus Procuradores-Gerais,

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



nas respectivas Procuradorias, situadas na rua Marechal Hermes, 999, Centro Cívico, Curitiba, PR, e, Pátio do Colégio, nº 184, 1º andar, São Paulo, SP, para, querendo, contestarem a presente ação;

- c) determinar a intimação do nobre representante do Ministério Público Federal (CPC, 82, III);
- d) julgar, a final, **PROCEDENTE** a presente Ação, para, em assim o fazendo, determinar o correto traçado das linhas de projeção dos limites territoriais do Estado do Paraná e de Santa Catarina, mediante a adoção de linhas de projeção ortogonais à costa, consoante determina a legislação em vigor (Lei nº 7.525/86 Dec. nº 93.189/86), conforme demonstrado no mapa anexo (doc.XXXVI, fls. 01);
- e) tendo em vista que o nosso Estatuto Processual Civil faculta ao Juízo a concessão de medidas acauteladoras, que protejam o interesses das partes até solução

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



do litígio, pela iminência da produção de  
petróleo na região objeto da presente po  
lêmica, REQUER seja intimada a PETROBRAS  
- PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, sociedade de  
Economia Mista, representada pelo seu  
Presidente, com sede na Av. República do  
Chile, nº 65, Rio de Janeiro, RJ, para  
que se abstenha de efetuar pagamentos de  
indenizações decorrentes da exploração  
dos poços de petróleo existentes na re  
gião do litígio e designados pelas si  
glas: "PRS-3", "PRS-4", "3-TB-1", "3-  
TB-3", "1-BSS-55" e "1-BSS-56", conforme  
constam do documento do Ministério da Ma  
rinha (doc. nº XXXIV, fls. 09), determi  
nando sejam referidas indenizações, quan  
do ocorrerem, depositadas perante essa  
Suprema Corte, em conta vinculada ao fei  
to, até deslinde da "questão";

- f) REQUER, também, pela produção de prova em  
direito admitido, em especial pela prova

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA



documental anexa e subsidiária, depoimento pessoal do representante legal da requerida, testemunhas e principalmente pela prova pericial, bem como as que se fizerem necessárias à cabal comprovação das razões de mérito e de direito expostas no petitório.

Termos em que, dá-se à causa o valor de Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros), para fins meramente fiscais.

Pede Deferimento e Espera JUSTIÇA.

FLORIANÓPOLIS (SC) / BRASÍLIA (DF),  
OUTUBRO, 03 - 1991.

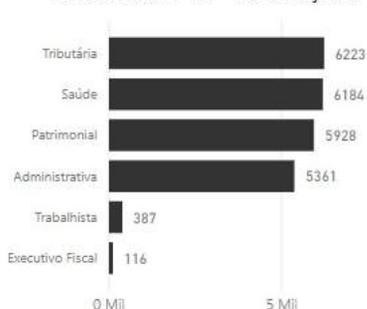
ILDEMAR EGGER  
Procurador do Estado

# Estatísticas 2017

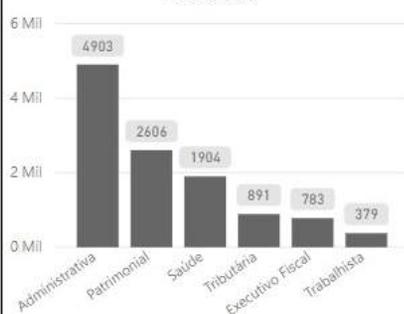
Número de Procuradores que receberam pendências ou finalizaram documentos:

99

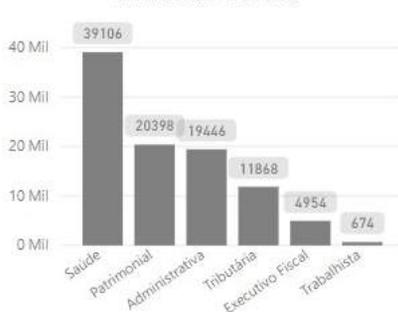
Pendências - Nº de Citações



Recursos



Meios de Defesa



Valor Execuções Fiscais Ajuizadas

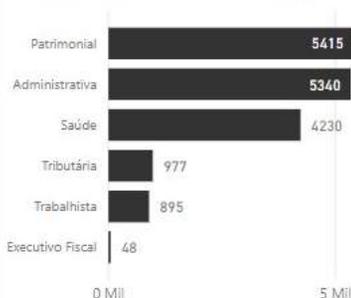


# Estatísticas 2018/ até setembro

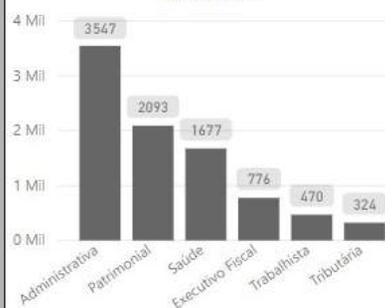
Número de Procuradores que receberam pendências ou finalizaram documentos:

98

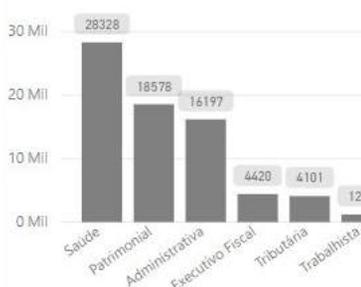
## Pendências - Nº de Citações



## Recursos



## Meios de Defesa



## Valor Execuções Fiscais Ajuizadas

