

ISSN 2319-0671



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria Geral do Estado



2017



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria Geral do Estado

2017

DIREÇÃO DA PGE/SC

João dos Passos Martins Neto

Procurador-Geral

Ricardo Della Giustina

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

Rejane Maria Bertoli

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

Fernando Mangrich Ferreira

Corregedor-Geral

Gian Marco Nercolini

Procurador-Chefe do Centro de Estudos

Impressão

Diretoria da Imprensa Oficial e

Editora de Santa Catarina

Projeto Gráfico e Diagramação

Heloisa de Oliveira Ganzo Vieira

Capa

Heloisa de Oliveira Ganzo Vieira

Revisão

Débora Silveira de Souza Cardoso

COMISSÃO EDITORIAL*

Eduardo Zanatta Brandeburgo

Alisson de Bom de Souza

Bruno de Macedo Dias

* Procuradores do Estado, designados pela Portaria nº 019/2017.

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária Giovania Nunes (CRB-14/993)

R454

Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa
Catarina, n. 6 -- Florianópolis: DIOESC, 2017.
261p.

Anual
ISSN 2319-0671

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

CDU 340



Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina
Rua Duque de Caxias, 261 • Saco dos Limões
CEP 88045-250 • Florianópolis/SC

Editorial

A revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina chega a sua quarta edição com o intuito de reunir temas de interesse da advocacia pública e trabalhos desenvolvidos pela instituição.

O investimento constante na qualificação acadêmica dos integrantes da carreira de procurador do Estado é refletido pela produção científica de seus mestrandos, mestres e doutores, com valiosa contribuição para a instituição e para a comunidade jurídica.

Os autores dos artigos abordam temas de elevada complexidade acadêmica e notável valor para o cotidiano jurídico na administração pública em matéria processual, ambiental, orçamentária e de garantias de direitos fundamentais.

Diante de um contexto de judicialização excessiva e de crise política, a relevância da advocacia pública para o Estado torna-se imprescindível e a atuação consultiva e contenciosa da Procuradoria Geral do Estado ganha maior espaço. Por conseguinte, os temas abordados nesta revista mostram-se atuais e instigantes.

Nossos sinceros agradecimentos a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a sua elaboração.

Comissão editorial

Mensagem do Procurador-Geral do Estado

Assim como nos anos anteriores, a intensa atividade dos procuradores do Estado nos trabalhos rotineiros não impediu a produção acadêmica e científica.

Em 2017 novos procuradores iniciaram o mestrado em direito, o que vem qualificando ainda mais o serviço de advocacia pública. Um doutorado agora se apresenta aos interessados, para continuidade do aperfeiçoamento do quadro institucional.

Os artigos da revista são resultado da qualificação docente e também do estímulo pela busca do saber que move nossos colaboradores.

As novas ideias apresentadas, às vezes sobre questões controvertidas, outras sobre litígios em que o Estado de Santa Catarina participa, demonstram a opinião pessoal dos articulistas, o que é salutar para a oxigenação de entendimentos e evolução de conceitos.

É com júbilo que se apresenta mais uma edição da revista da Procuradoria Geral do Estado, veículo que favorece a liberdade de expressão, e, em verdade, dignifica o sentimento de respeito que devemos aos semelhantes. Nada poderá propiciar a evolução das nossas atividades tanto quanto o incentivo leal e amplo à iniciativa individual. O incentivo ao trabalho, ao estudo e à produção.

Ao tempo que experimentamos gratidão pelas lutas do passado, nos sentimos estimulados com as perspectivas de realização no futuro, a fim de dar sequência a uma advocacia pública de qualidade.

João dos Passos Martins Neto
Procurador-Geral do Estado

Sumário

Os honorários de sucumbência dos procuradores dos Estados e do distrito federal e o novo Código de Processo Civil: caso de Santa Catarina <i>Ana Cláudia Allet Aguiar e Angela Cristina Pelicioli</i>	9
O regime diferenciado de contratações e a impossibilidade de contratação integrada nas reformas de obras públicas <i>Tayse Schristine Marian Borges e Carlos Henrique Machado</i>	35
O dever do Estado de franquear a informação em linguagem de fácil compreensão previsto na lei 12.527/2011 <i>Danilo Cavalcante Sigarini</i>	57
A proteção do meio ambiente como dever fundamental no Brasil e na Espanha <i>Diogo Marcel Reuter Braun</i>	81
Panorama jurisprudencial das ações de indenização por desapropriações indiretas em decorrência da criação do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro <i>Evandro Régis Eckel</i>	99
A participação e a informação para a gestão democrática das políticas ambientais <i>Felipe Wildi Varela</i>	119
Liberdade de expressão e a ética da informação <i>Jocélia Aparecida Lulek</i>	133
A ética na advocacia pública <i>Paulo Roney Ávila Fagúndez</i>	155

As atribuições dos procuradores do Estado no âmbito das políticas públicas: diferença de natureza entre a atividade de consultoria jurídica e a de assessoramento jurídico

Reinaldo Pereira e Silva.....165

Princípio da vedação do retrocesso social e sua aplicação ao âmbito urbanístico

Sérgio Laguna Pereira.....187

Orçamento público e democracia participativa

Tatiana Coral Mendes de Lima207

Alcance panprocessual do julgamento de casos repetitivos – Inconstitucionalidades

Weber Luiz de Oliveira.....221

Taxa de fiscalização de atividade minerária

Winston Clayton Alves Lima.....249

Os honorários de sucumbência dos procuradores dos Estados e do distrito federal e o novo Código de Processo Civil: caso de Santa Catarina

Ana Cláudia Allet Aguiar¹

Angela Cristina Pelicoli²

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Conceito de honorários. Caráter alimentar dos honorários; 3. Os honorários de sucumbência percebidos por procuradores do Estado e do Distrito Federal; 3.1 Compatibilidade da percepção dos honorários de sucumbência com a remuneração de procurador do Estado e do Distrito Federal na forma de subsídio; 3.2 Os honorários de sucumbência no Estado de Santa Catarina; 4. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: A alteração trazida pelo novo Código de Processo Civil (§ 19 do art. 85) garante aos advogados públicos os honorários de sucumbência.

1. Introdução

Este artigo trata de importante alteração na destinação dos honorários de sucumbência trazida pelo novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), qual seja, a de que os honorários de sucumbência são devidos tanto aos advogados públicos quanto aos privados, nos termos da lei (§ 19 do art. 85). Com essa regra, finalmente passa-se a observar o princípio da igualdade de tratamento entre advogados públicos e privados no que concerne ao recebimento dos honorários de sucumbência, obedecido o parâmetro legal, isto é, quando o juiz fixar os honorários ao advogado da parte vencedora. Os honorários de sucumbência são direito de todos os representantes judiciais da parte vencedora³ e, como se sabe, a única diferença entre os advogados que atuam em juízo é a forma de vinculação com seu cliente: os advogados públicos realizam concurso público de provas e títulos e são remunerados pelo Poder Público por meio de subsídios, enquanto os advoga-

¹ Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Procuradora do Estado de Santa Catarina.

² Mestre em ciências jurídicas pela Universidade de Lisboa – Portugal. Doutora em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Procuradora do Estado de Santa Catarina.

³ SILVA, Marcello Terto e. Honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública é parte. COELHO, Marcus Vinícius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coords.). Honorários advocatícios. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 424-430.

dos privados são remunerados ou por meio de contrato de prestação de serviço, ou por meio de contrato de trabalho. A nova regra processual garante, pois, tanto ao advogado público quanto ao advogado privado a percepção de uma quota variável correspondente aos honorários de sucumbência, além do que lhes compete perceber independentemente do êxito processual.

2. Conceito de honorários. Caráter alimentar dos honorários

Com a entrada em vigor do CPC de 2015, a destinação dos honorários de sucumbência fixados pelo juiz foi adequada à jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores e ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994). Com isso, os honorários de sucumbência serão devidos ao advogado da parte vencedora, constituindo direito decorrente do exercício da atividade advocatícia na esfera judicial. O direito subjetivo aos honorários advocatícios de sucumbência, portanto, se constitui por meio de pronunciamento jurisdicional, porque somente a partir daí surge a pretensão de executoriedade⁴. Por possuir natureza alimentar, os honorários de sucumbência têm os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial (art. 85, *caput* e § 14, do CPC de 2015).

Para contextualizar a questão é importante distinguir os honorários advocatícios contratuais (próprios dos advogados privados) dos de sucumbência, uma vez que ambos são verbas pecuniárias pagas ao advogado em contraprestação ao trabalho profissional exercido. Assim, os honorários contratuais são verbas privadas fixadas por contrato decorrente de serviço prestado pelo advogado ao seu cliente, tendo como regra geral a não dependência do êxito no resultado pretendido. Em contrapartida, os honorários de sucumbência são verbas privadas decorrentes de norma processual, são fixados pelo juiz e pagos pelo vencido ao advogado da parte vencedora, em razão de seu êxito em demanda judicial.⁵ Mas nem sempre foi assim, pois os honorários de sucumbência, antes da lei nº 8.906/94 e da jurisprudência

⁴ “Antes disso, detém o advogado mera expectativa acerca de sua fixação, cuja incerteza que lhe é inerente traduz-se na eventualidade do êxito da demanda. Prova disso é que a verba honorária somente pode ser exigida do devedor depois de proferida a decisão que estipula seu pagamento. A respeito do tema, valiosa a lição de Yussef Said Cahali: Só com o provimento judicial nascem o direito e a obrigação pelas despesas. A sentença do juiz em relação às despesas é propriamente constitutiva. A sentença é sempre constitutiva no tocante à condenação em honorários, porque não certifica um direito existente a eles, mas os constitui como direito, provendo-o, ao mesmo tempo, de executoriedade. (Honorários advocatícios. 4ª edição, 2012, p. 81 – sem destaque no original).” (Recurso Especial nº 1.377.764 – MS, rel.: min. Nancy Andrighi, publicado no DJe de 29 de agosto de 2013).

⁵ COSTA, Eduardo Cunha da. *Da percepção dos honorários de sucumbência pelos procuradores do Estado: compatibilidade e eficácia*. ESAPERGS, Porto Alegre-RS: 6 maio 2016. Disponível em: <<http://www.esapergs.org.br/site/index.php>>. Acesso em: 13 de maio de 2016.

pacífica a respeito do tema, tinham por propósito reembolsar as despesas da parte vencedora com a demanda.

Para ilustrar o mencionado acima, traz-se à discussão em plenário havida quando da decisão da súmula vinculante nº 47⁶, que certifica a evolução jurisprudencial sobre a destinação dos honorários de sucumbência:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em síntese, Presidente, o verbete versa sobre a verba honorários advocatícios, retratada em título judicial contra a Fazenda. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – É isso. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quando fiz a Nacional de Direito, aprendi que essa verba visava, de certa forma, reembolsar a própria parte. Mas a jurisprudência pacífica no Tribunal, hoje, é no sentido de que a titularidade – portanto é um crédito à parte que não se confunde com o principal – é do patrono da causa. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Ministro Marco Aurélio, *eu sempre tive também, ao longo de muito tempo pelo menos, o mesmo entendimento que Vossa Excelência hauriu dos bancos escolares, mas realmente a jurisprudência evoluiu no sentido de se entender que agora isso configura uma verba alimentar dos advogados.* O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Credor é o advogado, não a parte. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – O credor é o advogado, que tem o direito, inclusive temos decidido, de seccionar o precatório para recebê-lo de pronto.⁷

Com efeito, o Código de Processo Civil de 1973 (lei nº 5.869), em seu art. 20, estabelecia a fixação pelo juiz na sentença condenatória de pagamento ao vencedor das despesas que antecipou, além dos honorários advocatícios. Ou seja, os honorários eram devidos à parte vencedora e não ao seu advogado. Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo da entrada em vigor da lei nº 8.906/94, já entendia que os honorários advocatícios sucumbenciais⁸ pertenciam ao advoga-

⁶ “Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.”

⁷ Súmula vinculante 47, DJe de 2 de junho de 2015.

⁸ “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR, MESMO QUANDO SE TRATAR DE VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. PRECEDENTES

do da parte vencedora, e não à parte vencedora, com caráter alimentar⁹, isso porque os honorários são a retribuição do trabalho realizado pelo advogado.

Com o advento da lei nº 8.906/94, em seus arts. 22, 23 e 24¹⁰, ficou garantido para os inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil o direito aos honorários de sucumbência com prerrogativa de execução de sentença, podendo ser requerida a expedição de precatório, além de constituírem crédito privilegiado nos casos definidos em lei.

Mesmo depois do advento da lei nº 8.906/94 e com a jurisprudência dos tribunais superiores favoráveis ao reconhecimento dos honorários de sucumbência como direito dos advogados da parte vencedora, ainda existem doutrinadores con-

DA CORTE ESPECIAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COLISÃO ENTRE O DIREITO A ALIMENTOS DO CREDOR E O DIREITO DE MESMA NATUREZA DO DEVEDOR. 1. Honorários advocatícios, sejam contratuais, sejam sucumbenciais, possuem natureza alimentar. (REsp 706331/PR, rel. ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJe 31/03/2008). 2. Mostrando-se infrutífera a busca por bens a serem penhorados e dada a natureza de prestação alimentícia do crédito do exequente, de rigor admitir o desconto em folha de pagamento do devedor, solução que, ademais, observa a gradação do art. 655 do CPC, sem impedimento da impenhorabilidade constatada do art. 649, IV, do CPC.” RECURSO ESPECIAL nº 948.492 – ES (2007/0103337-5) relator: ministro Sidnei Beneti, data do julgamento em 1º de dezembro de 2011.

⁹“II – Os honorários de advogado têm caráter alimentar. Em sua liquidação é de se levar em conta o percentual de 70,28% relativo ao IPC de janeiro de 1989.” (REsp 32.741-0-SP, 1ª turma, decisão de 25/08/93, rel. min. Humberto Gomes de Barros, STJ). Decisões no mesmo sentido: REsp 18.454, decisão de 16/12/92, rel. min. Humberto Gomes de Barros; 21.210-1 e 20.493-1).

¹⁰ Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. § 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado. § 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB. § 3º Salvo estipulação em contrário, um terço dos honorários é devido no início do serviço, outro terço até a decisão de primeira instância e o restante no final. § 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou. § 5º O disposto neste artigo não se aplica quando se tratar de mandato outorgado por advogado para defesa em processo oriundo de ato ou omissão praticada no exercício da profissão. Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial. § 1º A execução dos honorários pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier. § 2º Na hipótese de falecimento ou incapacidade civil do advogado, os honorários de sucumbência, proporcionais ao trabalho realizado, são recebidos por seus sucessores ou representantes legais. § 3º É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência. § 4º O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convenencionados, quer os concedidos por sentença.

trários a esse direito, insistindo na tese de que os honorários de sucumbência pertencem à parte vencedora.¹¹ No entanto, esse argumento é tão somente político, não possuindo nenhum embasamento jurídico, pois contrariava e contraria as regras até então vigentes e agora reiteradas pelo novo Código de Processo Civil.

Como decidiu o ministro Carlos Ayres Britto em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1.194-4, do Distrito Federal, “os honorários de sucumbência não fazem parte do direito de propriedade de nenhuma das partes em juízo.”¹² Na mesma linha de entendimento o ministro Maurício Correa, relator da ADIN nº 1.194-4, utiliza argumento que se adapta perfeitamente para a situação atual da nova regra do art. 85, do CPC de 2015, quando assegura que:

Toda a argumentação da requerente cai por terra ante o disposto nos arts. 22 e 23 do Estatuto da Advocacia, que, encerrando a discussão acerca da titularidade da verba em face da redação do artigo 20 do CPC, assegurou expressamente que o advogado tem direito aos honorários de sucumbência. Em que pese a constitucionalidade de tais preceitos ter sido objeto também desta ação direta, a questão não pôde ser apreciada em virtude da ilegitimidade ativa da requerente por impertinência temática. Pertencendo a verba honorária ao advogado, não se há de falar em recomposição do conteúdo econômico-patrimonial da parte, criação de obstáculo para o acesso à justiça e, muito menos, em ofensa a direito da litigante. Ainda que se entenda que os honorários se destinavam a ressarcir a parte vencedora pelas despesas havidas com a contratação de profissional da advocacia e nessa perspectiva pertencessem ao litigante, segundo o art. 20 do CPC, restaria clara sua revogação pelos artigos 22 e 23 do superveniente Estatuto da OAB (LICC, artigo 2º, § 1º).

Outro fundamento que reafirma ser a titularidade dos honorários de sucumbência do advogado da parte vencedora é o seu caráter alimentar. Em recurso re-

¹¹ “O art. 23 do Estatuto da Advocacia (lei nº 8.906/94, de 04/07/1994) diz pertencerem ao advogado os honorários incluídos na condenação, tendo ele ‘direito autônomo’ para executar a sentença nesta parte. Deve se entender que este direito pressupõe que o advogado não tenha ainda recebido integralmente seus honorários do cliente, pois, se tal ocorreu, ao cliente cabe a legitimação, para postular o reembolso contra o vencido, salvo se o advogado tiver direito aos honorários de sucumbência por haver contratado com o cliente que estes lhe pertencem, em caso de vitória, cumulativamente, com os honorários entre eles ajustados”. (SILVA, OVÍDIO A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. I, Do processo de conhecimento, arts. 1º a 100. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 124).

¹² ADIN nº 1.194-4-DF, publicada no DJe de 11/09/2009, rel. min. Maurício Correa.

petitivo do Superior Tribunal de Justiça, a natureza dos honorários advocatícios foi equiparada à natureza alimentar dos créditos trabalhistas para efeito de habilitação em falência.¹³ Os argumentos trazidos nessa discussão pelo ministro relator Luis Felipe Salomão esclarecem o porquê da natureza alimentar dos honorários de sucumbência:

Peço licença para lembrar aos meus pares que se trata de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C, CPC) no qual se discute a classificação do crédito de honorários advocatícios na falência, mais precisamente a correta interpretação do art. 24 da lei nº 8.906/1994, que os coloca na categoria de “crédito privilegiado”, com posição igual ao do crédito trabalhista, dada sua natureza alimentar. [...] O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ofereceu manifestação na qual defendeu o entendimento de que os “honorários advocatícios configuram a remuneração do causídico, como único fruto do desenvolvimento profissional do mister. É fonte primária de subsistência, devendo, portanto, receber o mesmo tratamento privilegiado de todas as demais espécies remuneratórias”. Ademais, penso que não há, por qualquer ângulo, nenhum prejuízo para os demais trabalhadores eventualmente constantes da lista e com créditos trabalhistas, na medida em que todos sofrerão o limite de valor para recebimento do que for devido, na forma do art. 83, inciso I, da Lei de Recuperação e Falência (até 150 salários mínimos).

Na mesma linha, tomo de empréstimo os fundamentos aduzidos pela eminente ministra Nancy Andriighi na relatoria do REsp. 988.126/SP, Terceira Turma, julgado em 20/4/2010: Nos termos do art. 24, *caput*, da lei 8.906/94, os honorários advocatícios são créditos privilegiados em face de concurso de credores, falência, liquidação extrajudicial, concordata e insolvência civil. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido consignou que “no concurso de credores em questão o coagravante só poderia satisfazer seu crédito [honorários advocatícios] depois do trabalhista”. Adotar esse entendimento

¹³ Precedentes do STJ: REsp. 865.469/SC, segunda turma, DJ de 22/08/2008; documento: 1110179 – inteiro teor do acórdão – site certificado – DJe: 12/12/2011, página 6 de 9, Superior Tribunal de Justiça EREsp. 647283/SP, primeira seção, DJ de 09/06/2008; REsp. 909.668/PR, segunda turma, DJ de 08/05/2008; EREsp. 854.535/RS, primeira seção, DJ de 18/04/2008; REsp. 1032747/RS, primeira turma, DJ de 17/04/2008; REsp. 798.241/RJ, DJ de 26/03/2008 e EREsp. 706331/PR, corte especial, DJ de 31/03/2008.

levar-se-ia à conclusão de que somente os salários, *stricto sensu*, são passíveis da proteção absoluta. Todavia, uma reflexão um pouco mais detida leva à conclusão oposta. As proteções conferidas ao salário, como a que ora se comenta, não foram estabelecidas pela lei de maneira meramente dogmática. Há, naturalmente, uma finalidade que a norma pretende atingir. *No caso em tela, essa finalidade é garantir ao trabalhador que, na medida do possível, receba seus proventos, e, conseqüentemente, tenha garantida sua sobrevivência e a de sua família. Vale dizer: é o caráter alimentar do salário que justifica a proteção que a lei lhe concede. Ora, se do caráter alimentício também estão revestidos os honorários, não vejo motivo pelo qual não se deveria estender também a eles a proteção legal. Note-se que, aqui, não estou a dizer que honorários e salários são figuras idênticas. Salário, nos termos dos arts. 457 e 458 da CLT, é o rendimento auferido pelo empregado, como consequência pela prestação de serviços ao empregador, no âmbito de uma relação de emprego. A figura do salário é específica, e para sua caracterização devem estar presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT. O que afirmo, em vez disso, é que na natureza alimentar, e somente nela, as figuras são afins. Ora, se são figuras afins em sua natureza alimentar, o privilégio conferido pela Lei de Falências (arts. 102 do DL 7.661/45 e 83 da lei 11.101/05) e pelo CTN (art. 186) aos salários deve ser estendido também aos honorários advocatícios, pois é exatamente isso que a lei visa a proteger. Dessarte, assim como o salário está para o empregado e os honorários estão para os advogados, o art. 24 do EOAB deve ser interpretado de acordo com o princípio da igualdade. Vale dizer: os honorários advocatícios constituem crédito privilegiado, que deve ser interpretado em harmonia com a sua natureza trabalhista-alimentar. Portanto, o crédito decorrente de honorários advocatícios, exatamente por ostentar natureza alimentar, equipara-se a créditos trabalhistas para efeito de habilitação em falência. Releva notar que, por força da equiparação, haverá o limite de valor para o recebimento – tal como ocorre com os credores trabalhistas – na forma preconizada pelo artigo 83, I, da Lei de Recuperação Judicial e Falência. Esse fator inibe qualquer possibilidade de o crédito de honorários obter mais privilégio que o trabalhista, afastando também suposta alegação de prejuízo aos direitos dos obreiros.*¹⁴

¹⁴ REsp. 1152218/RS, rel. Luis Felipe Salomão, data de julgamento 07/05/2014, data de publicação no DJe de 09/10/2014, recurso repetitivo: tema 637.

O Supremo Tribunal Federal garante que “os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consistem em verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”.^{15 16}

O reconhecimento pelos tribunais superiores da natureza alimentar dos honorários advocatícios repercute em diferentes áreas do direito, inclusive no âmbito da administração pública, como é o caso da verba de honorários de sucumbência garantida aos advogados públicos no CPC de 2015, em seu § 19, do art. 85:

Por fim, realço a importância do precedente ora em debate, com o rito e efeito do recurso repetitivo (art. 543-C, CPC), pois uma vez afirmada a natureza alimentar dos honorários de advogado no âmbito do direito privado – caso acolhida a tese ora proposta – é bem verdade que seus reflexos diretos e indiretos não se esgotarão na classificação do crédito para efeito de falência ou recuperação. Evidentemente que o alcance do conceito – verba alimentar dos honorários, no campo cível – atinge outras esferas, tarefa de interpretação e aplicação que caberá à doutrina e jurisprudência.¹⁷

3. Os honorários de sucumbência percebidos por procuradores do Estado e do Distrito Federal

A igualdade de tratamento entre advogados públicos e privados no que concerne aos honorários de sucumbência é medida que há muito deveria ter sido aplicada por todos os entes da federação, isso porque, quando se utiliza “uma interpretação literal, sistemática e teleológica dos arts. 3º, § 1º; 22; 23 e 24, § 3º do Estatuto da Advocacia (lei nº 8.906/94), fica claro que o legislador fixou, de forma intencional, específica e redundante a titularidade dos honorários ao advogado, seja público ou privado.”¹⁸

Como se sabe, os advogados públicos são os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, e das Procuradorias dos Estados,

¹⁵ Súmula vinculante nº 47 do Supremo Tribunal Federal, com data de publicação no DJe em 2 de junho de 2015.

¹⁶ Não se confunde com o crédito principal que cabe à parte, o advogado tem o direito de executar seu crédito, nos termos do disposto nos artigos 86 e 87 do ADCT.

¹⁷ Voto do rel. ministro Luis Felipe Salomão no REsp. 1152218/RS, data de julgamento 07/05/2014, data de publicação no DJe de 09/10/2014, recurso repetitivo: tema 637.

¹⁸ Britto, Carlos Ayres. Em casos contra a Fazenda, honorários pertencem aos advogados, e não ao Estado. In: <<https://www.ayresbritto.com.br/em-casos-contr-a-fazenda-honorarios-pertencem-aos-advogados-e-nao-ao-estado/>>, p. 1. Acesso em 03/07/2017.

do Distrito Federal, dos municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional, que postulam em órgão do Poder Judiciário e nos juizados especiais, além de realizarem atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas (§ 1º do art. 3º c/c incisos I e II do art. 1º da lei nº 8.906/94).

A todos advogados públicos são devidos os honorários de sucumbência, muito embora neste artigo se pretenda tratar exclusivamente do caso do procurador do Estado.

Assim sendo, o procurador do Estado é o integrante da Advocacia de Estado que atua em nome de um ente da federação, compõe uma carreira cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos e exerce atividade considerada essencial à justiça (art. 132 da Constituição Federal).

O procurador do Estado é o profissional do direito cuja função, essencial à funcionalidade do Estado de direito, “consiste na consultoria jurídica e na representação judicial do Estado, e de quem se espera todo o cuidado possível para que o interesse público que lhe é confiado não se envolva em temeridades, nem se desguarneça das necessárias medidas de amparo.”¹⁹

Como se depreende de várias decisões do Supremo Tribunal Federal, as atribuições do procurador do Estado são:

[...] inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. [...] A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “*ad libitum*” pelo Chefe do Poder Executivo local, pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais. (ADI-PB 4.843, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 11/12/2014).

¹⁹SILVA, Reinaldo Pereira e. A autonomia funcional do procurador do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina*, nº 4, Florianópolis: DIOESC, 2015, p. 10.

A Constituição Federal assegura ao procurador do Estado as atribuições de representante judicial e de consultor jurídico do ente público que representa, para que atue de forma independente, sem receio ou medo da perda de seu cargo, agindo, no controle da legalidade dos atos da administração pública, em estrito cumprimento de seu dever.²⁰

Não quis a Constituição que o exame da legalidade dos atos da Administração Estadual se fizesse por servidores não efetivos. Daí o sentido de conferir aos Procuradores dos Estados – que devem se compor em carreira e ser todos concursados – não só a defesa judicial, a representação judicial do Estado, mas também a consultoria, a assistência jurídica. De tal maneira, um Procurador pode afirmar que um ato de Secretário, do Governador não está correspondendo à lei, sem nenhum temor de poder vir a ser exonerado, como admissível suceder se ocupasse um cargo em comissão. (voto do min. Néri da Silveira, ADI 881-MC/ES, rel. min. CELSO DE MELLO).

Para assegurar, no âmbito dos direitos e dos atributos funcionais, a igualdade de tratamento entre os advogados, ao procurador do Estado, como a todos os advogados públicos, foi reconhecido o direito à percepção dos honorários de sucumbência, nos termos da lei (art. 85, § 19, do CPC de 2015).

A “lei” referida no § 19 do art. 85, do CPC de 2015, corresponde à lei nº 8.906/94²¹, ou seja, os honorários de sucumbência já deviam ter sido destinados a todos os procuradores dos Estados sem distinção desde a edição do Estatuto da Ordem dos Advogados, em 1994. Tanto isso é verdade que em várias unidades da federação, antes mesmo da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, os procuradores já percebiam. Essa é a realidade.

O diagnóstico das Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal realizado pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal²², informa que em 16 (dezesseis) unidades federadas (AC, BA, CE, DF, GO, MA, MT, MS, MG, PA, PR, PE, RJ, RR, RN e SP)²³ há a percepção de honorários de

²⁰ PELICIONI, Angela Cristina. O procurador do Estado, as políticas públicas e o orçamento. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, v. 31, nº 12, p. 1.457-1.465, dez. 2015.

²¹ Britto, Carlos Ayres. Em casos contra a Fazenda, honorários pertencem aos advogados, e não ao Estado, p. 2. Idem item anterior.

²² Diagnóstico das Procuradorias Gerais dos Estados e do DF – Relatório geral de 2017 – Gestão 2014 a 2017 – ANAPE, p. 217.

²³ A forma de pagamento dos honorários de sucumbência realizada nos referidos estados se dá por meio de: 1. fundo da PGE (AC, BA, CE, DF, MT, MS, PA, PE); 2. conta específica da Associação (AC, DF, GO); e, 3. caixa

sucumbência por procuradores dos estados e em 8 (oito) delas (AC, CE, DF, GO, PR, PE, RJ e RN) essa percepção se dá extra teto, em razão da natureza privada da verba.²⁴

Mario Sesta é enfático quanto à natureza privada dos honorários e à consequente *desnecessidade de lei regulamentadora*, até porque, como sublinha, falece competência aos estados para legislar sobre a referida matéria:

Assim, a atividade do advogado público é a mesma, mas a postura é diversa da do advogado liberal pela peculiar natureza do interesse aconselhado ou patrocinado judicialmente. É precisamente em razão dessa diferença que o legislador deixa claro terem os advogados públicos o direito à verba sucumbencial exatamente como os demais, ou seja, nos termos da lei; da lei processual e do Estatuto da Advocacia.

Outros diriam melhor: a lei a que faz menção a parte final do parágrafo dezenove, do art. 85, do novo CPC, não é lei futura: é a lei federal nº 8.906/94, ou seja, o Estatuto da Advocacia.

É evidente que compete à União legislar sobre o exercício das profissões e sobre o processo, sempre podendo dispor novamente sobre a questão, retornando total ou parcialmente ao regime da verba sucumbencial adotado pelo CPC de 1973 ou adotando outra solução qualquer. Mas não é essa possibilidade, que obviamente não precisa ser anunciada, que a parte final do parágrafo 19, do art. 85, do novo CPC, afirma. Aliás, salvo essa possibilidade que não precisa e, portanto, não está enunciada na lei, nenhuma lei federal poderá “regulamentar” esse direito, garantido de forma ampla, pura e simples na cabeça do art. 85 do CPC vigente. Pode, sempre, lei nova federal revogar ou alterar o mencionado dispositivo. Ou seja, o disposto no art.85, §19, do novo CPC enuncia comando de eficácia plena e imediata.Com mais razão, nenhuma lei estadual, distrital ou municipal poderá dispor validamente sobre verba honorária, primeiro porque é matéria processual e, assim, de competência própria da União e, em segundo lugar, por não poderem tais normas dispor sobre verba privada. A União pode, no caso da advocacia pública, desprivatizar novamente a verba honorária

de honorários, com natureza jurídica própria de direito privado (GO, MG, PR). (Diagnóstico das Procuradorias Gerais dos Estados e do DF, p. 217).

²⁴ Importa salientar que nove estados não responderam ao diagnóstico promovido pela Anape.

correspondente às hipóteses que decorram do exercício da advocacia pública, como se disse, mas estados, Distrito Federal e municípios não podem dispor sobre a matéria porquanto a competência para legislar a respeito de processo e do exercício profissional é própria da União.

Repita-se: não pode lei distrital, estadual ou municipal dispor como, quando, em que proporção, com base em qual critério será distribuída a verba sucumbencial aos respectivos advogados públicos. Nos termos do Estatuto da Advocacia, restituídos à sua forma originária e reforçados pelo novo CPC, os honorários da sucumbência, correspondentes à atividade dos respectivos advogados públicos, são desde logo dos advogados da parte vencedora. Assim como, na advocacia privada, a parte vencedora não pode mais, desde a vigência do novo CPC, dispor, condicionar, parcelar, destinar em parte ou no todo para qualquer fim a verba sucumbencial, pela simples razão de que tal verba não lhe pertence, assim também os estados, o Distrito Federal e os municípios nada têm a dispor sobre tais valores. Não só não precisam legislar sobre a matéria, mas, principalmente, não podem legislar a respeito. Falece-lhes competência para tanto e os valores não lhes pertencem. Diferentemente, e como já se disse, a União, constitucionalmente competente para legislar sobre o exercício profissional e sobre processo pode, mediante lei, a qualquer momento dispor como entender melhor sobre a matéria em foco, inclusive extinguindo *in totum* a verba sucumbencial.²⁵

Dessa forma, os honorários de sucumbência percebidos por procurador de Estado estão amparados nos termos da lei nº 8.906/94, “lei” essa a que se refere o CPC de 2015. No entanto, caso se entenda necessária a criação de uma lei para regulamentar a matéria, tal regulamentação deve cingir-se a aspectos meramente procedimentais (recolhimento, gestão, rateio e outros), não podendo, em nenhuma hipótese, “suprimir a titularidade e o direito à percepção dos honorários de sucumbência dos advogados públicos”, como indica, de maneira precisa, o enunciado nº 384 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.²⁶

²⁵ SESTA, Mario Bernardo. *Honorários sucumbenciais na advocacia pública*. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/artigo_1468350140.pdf>.

²⁶ Em sentido contrário: a simples previsão do § 19 do art. 85, do CPC de 2015, não é suficiente para que os advogados públicos percebam os honorários. Necessária uma lei regulamentadora para operacionalizar a percepção dos honorários de sucumbência. É oportuno frisar que: “A lei a ser editada não pode, todavia, suprimir esse direito nem subtrair sua titularidade. Nesse sentido, o enunciado nº 384 do Fórum Permanente de Proces-

3.1 Compatibilidade da percepção dos honorários de sucumbência com a remuneração de procurador do Estado e do Distrito Federal na forma de subsídio

Como se viu, a destinação da verba honorária sucumbencial aos advogados públicos já foi considerada matéria controvertida. Muito se questionou sobre a compatibilidade do recebimento dos honorários pelos advogados públicos com a remuneração em forma de subsídio. No entanto, a doutrina foi se desenvolvendo a ponto de superar supostos obstáculos e encontra hoje amparo em inúmeros julgados que abonam a percepção da verba honorária por procuradores municipais, estaduais e federais.

Como a emenda constitucional nº 19/98 estabeleceu na Carta Federal (art. 39, § 4º) que o subsídio deve ser pago em parcela única, sem o acréscimo de qualquer vantagem pecuniária de origem pública, como forma de remuneração a alguns agentes do Estado, houve quem compreendesse que a verba honorária se caracterizaria como uma vantagem pecuniária porque paga pelo erário de acordo com o regime da despesa pública e, por isso, impedidos estavam os advogados públicos a usufruírem.

Ocorre que, como visto acima, a análise da legislação faz ver claramente que os valores dos honorários de sucumbência não têm natureza pública, mas privada, porque decorrentes de norma processual, fixados pelo juiz e pagos pelo vencido ao advogado da parte vencedora, em razão de seu êxito em demanda judicial. Porque a lei processual exige o pagamento dos honorários ao defensor da parte vencedora e não mais à parte como ressarcimento do seu patrimônio, é que se conclui que a importância em questão não mais pertence à pessoa jurídica de direito público, impedida que está legalmente de receber a verba, mas ao seu representante judicial.

Em estudo doutrinário, elaborado antes da edição do Código de Processo Civil vigente, acerca da compatibilidade da remuneração em forma de subsídio com os honorários sucumbenciais, Murillo Giordan Santos²⁷ faz uma incursão pelo direito financeiro para também deixar caracterizada a natureza privada da verba honorária:

Nota-se que, apesar de a verba ser recolhida aos cofres públicos, isso não confere à verba de sucumbência o caráter de receita pública orçamentária. Aliás, é tradicional no direito financeiro a diferenciação entre entrada e receita pública.

sualistas Civil." (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 115).

²⁷ SANTOS, Murillo Giordan. A compatibilidade do subsídio com a verba honorária de sucumbência. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 50, nº 199, p. 179-194, jul./set. 2013, p.187.

Entrada é todo e qualquer dinheiro que ingressa nos cofres públicos, a qualquer título. Toda entrada é um ingresso provisório nos cofres do Estado. Distingue-se da receita que são ingressos definitivos nos cofres do Estado e nele devem permanecer de acordo com as previsões orçamentárias. Diferentemente, as entradas devem ser devolvidas, daí sua caracterização como provisórias.

[...] Da mesma forma, os honorários de sucumbência recolhidos aos cofres públicos constituem-se como mera entrada e não como receita pública, já que deverão ser devolvidos (destinados) aos seus verdadeiros titulares, ou seja, os advogados públicos, permanecendo provisoriamente nos cofres do Estado.

É certo que algumas leis orçamentárias, como a lei federal, elencam os honorários advocatícios como receita pública, o que constitui apropriação ilegítima de verba que não pertence ao Estado.

Assim, essas leis orçamentárias devem ser imediatamente revistas, a fim de que os honorários de sucumbência sejam destinados a fundos próprios dos advogados públicos, com o fim de repartir essa verba entre seus verdadeiros titulares, o que reforçará a sua natureza de entrada (sempre provisória).

Não existe previsão legal para que os honorários de sucumbência sejam considerados receita pública, ao contrário, a legislação prevê que eles são verba de natureza alimentar e pertencem aos advogados, sejam eles públicos ou privados. Logo, eventual recolhimento dos honorários aos cofres públicos é apropriação indevida de verba alheia.

Kiyoshi Harada²⁸, no mesmo diapasão, ensina que:

[...] é importante deixar claro que o conceito de receita pública não se confunde com a de entrada. Todo ingresso de dinheiro aos cofres públicos caracteriza uma entrada. Contudo, nem todo ingresso corresponde a uma receita pública. Realmente, existem ingressos que representam meras

²⁸ HARADA, Kiyoshi. Teto remuneratório e verba honorária percebida pelos procuradores. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande: XV, nº 104, set. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leituraartigo_id=12161>, p. 2

‘entradas de caixa’, como cauções, fianças, depósitos recolhidos ao Tesouro, empréstimos contraídos pelo poder público que são representativos de entradas provisórias que devem ser, oportunamente, devolvidas.

[...] No caso de verba honorária, por expressa disposição da lei de regência, ela não pertence ao Poder Público, pelo que não pode ser considerada receita pública. Outrossim, a sua distribuição aos integrantes da carreira de Procurador não pode ser considerada uma despesa pública, pois quem a paga não é o Poder Público, mas o sucumbente em ação judicial. Daí porque na distribuição dos honorários da sucumbência aos Procuradores não se cogita de empenho, aliás, tecnicamente impossível por ausência de despesa pública a esse título.

Rafael Canesin²⁹, por sua vez, reitera a natureza privada dos honorários de sucumbência do advogado público:

Os honorários advocatícios somente seriam públicos se o ordenamento permitisse sua afetação ao patrimônio público. Isso pressuporia que a Administração Pública seria seu titular. Ou seja, para tal, seria imperiosa a existência de norma que autorizasse ao Poder Público se apropriar de uma coisa privada, tornando-a pública e pondo-a a uso público. Em se tratando de dinheiro ou de crédito, entretanto, inexistente lei que autorize a Administração Pública trazer os honorários de seu advogado para o erário ou para uso de uma coletividade.

É fundamental destacar que os honorários advocatícios, hodiernamente, são expressos em moeda ou pecúnia, mas mantém sua natureza creditícia. Daí que, de acordo com a moldura normativa vigente, seria inegavelmente confiscatório eventual ato do Poder Público que proíba, obste, retarde

²⁹ CANESIN, Rafael. A natureza jurídica dos honorários sucumbenciais do advogado público. *Revista Digital da ESAPERGS*, nº 6, de 11 de maio de 2017. Disponível em <<http://www.esapergs.org.br/revistadigital>>. Acesso em: 8 de agosto de 2017. Nesse sentido, vale citar a súmula 8 do Conselho Federal da OAB: “Os honorários constituem direito autônomo do advogado, seja ele público ou privado. A apropriação dos valores pagos a título de honorários sucumbenciais como se fosse verba pública pelos Entes Federados configura apropriação indevida”. E ainda, o entendimento de Allan Titonelli Nunes em artigo intitulado “Desvio de finalidade das verbas sucumbenciais”, in *Revista Jurídica Consulex*, Ano XVI, nº 377, 1º de outubro de 2012, p. 40: “A tentativa de subordinar a sua percepção, pelos advogados públicos, às normas orçamentárias estatais e às exigências relativas à fixação de vantagens remuneratórias para os servidores públicos configura-se como evidente apropriação indébita.”

ou mitigue a distribuição da verba honorária sucumbencial entre os seus Procuradores. Isso pelo fato de os honorários pertencerem ao advogado, quer público, quer privado.

Importante anotar que a doutrina de Murillo Giordan Santos, mesmo elaborada antes do novo CPC, define a percepção dos honorários pelos advogados públicos em vários outros aspectos. No seu entender, por força da lei 8.906/94, o recebimento da verba honorária é direito autônomo de qualquer advogado, seja público ou privado, sendo por isso desnecessária a ocorrência de outra lei prevendo expressamente o pagamento dessa verba ao procurador/advogado do Poder Público, mas tão somente regulando a operacionalização da percepção da verba honorária:

Portanto, não há dúvidas quanto ao direito autônomo dos advogados públicos perceberem verba honorária, mesmo nas carreiras em que o subsídio constitucional já foi implantado. No entanto, a operacionalização (procedimento) desse direito deve ocorrer por meio de lei formal, à qual caberá dispor sobre questões como a forma de recolhimento dos honorários, os critérios de rateio do montante arrecadado, a gestão dessa verba, o fundo ou a conta corrente em que ficarão depositados.³⁰

Com a determinação expressa no § 19 do art.85, do CPC de 2015, de que os honorários de sucumbência pertencem aos advogados públicos, muitos estudiosos se debruçaram sobre o tema, abordando vários aspectos, em especial a compatibilidade da percepção dos honorários com o instituto do subsídio, como sistema remuneratório da advocacia pública. Eduardo Cunha da Costa³¹, ao defender a eficácia direta e imediata do § 19 do art. 85 do CPC de 2015, ainda que permitida a sua regulamentação futura, traz lições fundamentais ao entendimento da natureza do instituto do subsídio.

³⁰ SANTOS, Murillo Giordan. A compatibilidade do subsídio com a verba honorária de sucumbência, p. 192. Oportuno, citar o acórdão proferido pelo E. TJESP (apelação nº 0133200-36.2005.8.26.0000, da Comarca de São Paulo – Relatora Constança Gonzaga – 7ª Câmara de Direito Público – 26/05/11): “No que se refere aos Procuradores trata-se, isso sim de entrada de dinheiro a ser repartida entre os integrantes da carreira, não se trata de receita pública nos termos da lei nº 4.3020/64. Trata-se de verba de caráter pessoal, paga “*pro labore facto*”, vantagem que não se pode retirar do patrimônio deles devendo ser excluída da apuração do teto dos vencimentos. Há recurso relatado pelo ministro Carlos Ayres Britto afirmando que: as vantagens pessoais devem ser excluídas do teto remuneratório, previsto no inciso XI do art. 37 da Magna Carta. Precedentes exemplificativos: ADIs 2.087-MC e 2.116-MQAO 524 e REs 209.036 e 387.241-Agl e AI 452.574-AR. (AgRg no RE nº 400.404-CE, j. 23/05/06)”.

³¹ COSTA, Eduardo Cunha da. *Da percepção dos honorários de sucumbência pelos procuradores do Estado: compatibilidade e eficácia*. Conteúdo jurídico, Brasília-DF: 31 de maio de 2016. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55997&seo=1>>. Acesso em: 24 jun. 2017, p. 16.

De acordo com o art. 39, § 4º, da Constituição Federal, o subsídio deve ser fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. Contudo, diz o jurista, não é desconhecido que, apesar da dicção extremada de exclusão de outras parcelas, o instituto do subsídio convive com diversas outras parcelas remuneratórias, indenizatórias e mesmo híbridas, especialmente, mas não exclusivamente, de cunho constitucional.

Interessante ressaltar o seguinte excerto do referido texto doutrinário que demonstra que a percepção de honorários de sucumbência é compatível com a remuneração em forma de subsídio:

Diante disso, mostra-se absolutamente necessário afastar o véu que cobre o mito do instituto do subsídio como parcela única, pois, se é verdade que o constituinte (derivado reformador) o quis como forma remuneratória muito mais enxuta (e de veras o é), não consiste ele em um instituto incompatível com as conquistas e garantias dos trabalhadores (e como tal dos servidores públicos) asseguradas pela Constituição da República. Somente afastando essa pré-compreensão que nos induz a equívocos podemos constatar a harmônica coexistência de outros institutos remuneratórios com o subsídio, especialmente diante da necessidade de se interpretar a Constituição sem macular o núcleo de nenhum de seus institutos. E não demanda nenhum extremado esforço a apresentação de exemplos desses casos, dentre os quais está a percepção de gratificação por desempenho de função, como a que recebem os presidentes dos Tribunais, gratificação adicional de férias, décimo terceiro salário, gratificação por substituição, gratificação eleitoral, dentre inúmeras outras.

Da mesma forma, o instituto do subsídio convive também com outras verbas de natureza remuneratória independentemente do *nomen iuris* que lhes é dado, como, por exemplo, os honorários pagos por participação em Banca Examinadora ou pelo magistério (com fundamento no art. 11 da resolução-CNJ Nº 159/2012, no caso dos magistrados).

É também conhecida a percepção de jetons pagos a ministros e secretários de Estado pela participação em sessões de Conselhos de Estatais.

Nisso, porém, não há nenhuma surpresa ou ilegalidade. Inúmeros são os institutos remuneratórios ou mesmo *sui generis* estabelecidos ou decorrentes de normas constitucionais que não podem ser ignorados, demandando a sua compatibilização com a aparente exclusão geral do subsídio.

Esse é o caso, por exemplo, do prêmio de produtividade de que trata o art. 39, § 7º, da CF (emblematicamente inserido no mesmo art. 39 que estabelece o sistema remuneratório por subsídio, e, portanto, indubitavelmente de mesma estatura), o qual dispõe que a Administração Pública disciplinará a aplicação dos recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão para, dentre outras medidas, a criação de adicional ou prêmio de produtividade.

Evidentemente que a natureza jurídica dos honorários de sucumbência mostra-se *sui generis*, refugindo aos conceitos clássicos de remuneração, indenização e gratificação, dado que não são pagos pelos cofres públicos.

Isso, por maior razão, não os torna incompatíveis com a remuneração por subsídio, visto que não são o único exemplo de instituto de natureza jurídica híbrida, e não simplesmente enquadrável no leito de Procusto³² dos conceitos tradicionais de remuneração ou indenização, mas que mantêm conhecida convivência harmônica em âmbito constitucional com todos os demais institutos clássicos.

A verba não provir da fonte pagadora pública não destoa em nada de inúmeros outros exemplos como o caso dos jetons pagos por Conselhos de Estatais ou a remuneração pela participação em Bancas Examinadoras de Concurso.

Como visto, os honorários de sucumbência possuem uma natureza *sui generis*, pois não consistem em uma (simples)

³² Procusto era um ladrão que roubava quem passasse pela estrada entre Mégara e Atena. Só poderia cruzar seu caminho quem passasse por um terrível julgamento. O ladrão possuía uma cama de ferro de seu tamanho exato, nenhum centímetro a mais ou a menos, onde ele fazia sua vítima deitar-se. Se a pessoa fosse maior que a cama lhe amputava as pernas, se fosse menor era esticada até atingir o tamanho desejado. Esse horror só teve fim quando o herói Teseu fez ao ladrão o que ele sempre fazia às suas vítimas, colocou-o na cama, mas um pouco de lado, sobrando assim a cabeça e os pés que foram amputados pelo herói (SOUZA, Brandão Junio de. *Mitologia Grega*. 19. ed., Petrópolis: Vozes, 2012, p. 51).

retribuição pelo trabalho, mas decorrem exclusivamente do êxito (*propter exitum*), bem como não advém da fonte pagadora de sua remuneração, mas, sim, da parte vencida, de natureza privada, portanto. Por fim, os honorários de sucumbência consistem em uma conquista da Advocacia, atividade indispensável à administração da Justiça com assento constitucional.³³

A alegação de que os honorários de sucumbência

[...] têm natureza de vencimento é o mesmo que afirmar que o Procurador tem uma parte de seus vencimentos paga por um particular, o sucumbente em processo judicial, incorrendo em violação do elementar conceito do que sejam vencimentos, que exige fixação do respectivo valor por lei como contrapartida pelo exercício de cargo ou função pública. Basta atentar para a origem (sucumbencial) da verba honorária, para se concluir que ela não corresponde à retribuição pecuniária pelo (simples) exercício do cargo de Procurador.³⁴

Como os honorários de sucumbência do procurador do Estado e do Distrito Federal não são vencimentos, nem qualquer outro tipo de verba de natureza pública, não podem ser inseridos no teto remuneratório.

A inclusão das ‘vantagens pessoais ou de qualquer natureza’ a que se refere o inciso XI, do art. 37, da CF, evidentemente, diz respeito à verba de natureza pública paga pelo erário com observância do regime da despesa pública de conformidade com a lei de regência da matéria, ou seja, da Lei nº 4.320/64. Não há que se incluir nos vencimentos ou nos proventos, para efeito de aferição do teto remuneratório, uma verba que não é paga pelos cofres públicos.³⁵

Abrindo um parêntese, não se deve esquecer que o teto remuneratório do procurador do Estado, definido no art. 37, XI e § 12, da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 41/03 e pela EC nº 47/05, corresponde ao subsídio per-

³³ COSTA, Eduardo Cunha da. *Da percepção dos honorários de sucumbência pelos procuradores do Estado: compatibilidade e eficácia*, p. 2.

³⁴ HARADA, Kiyoshi. *Teto remuneratório e verba honorária percebida pelos Procuradores*, p. 2.

³⁵ *Idem*, p. 1.

cebido por ministro do Supremo Tribunal Federal, isso porque, com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.854 MC-DF³⁶, foi excluída “a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto remuneratório, já que uno é o Poder Judiciário, não se admitindo distinção de tratamento entre a magistratura federal e a estadual.”³⁷ Como o procurador do Estado e do Distrito Federal exerce função essencial à Justiça (art. 132, da CF) uma interpretação sistemática da Constituição não pode senão garantir-lhe que o teto constitucional a que se sujeita é o mesmo dos membros do Poder Judiciário.³⁸

Dessa forma, o valor correto do teto de remuneração do Procurador, assim como o dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, corresponde ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Nesse teto, aplicável aos Desembargadores, Procuradores, Membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, não se computa a verba honorária paga pela parte sucumbente na ação judicial, percebida pelos Procuradores, nos termos da legislação própria.³⁹

3.2 Os honorários de sucumbência no Estado de Santa Catarina

Como mencionado anteriormente, inúmeras unidades da federação, incluídos os municípios, já apresentam em seu ordenamento regulamentação que garante a percepção dos honorários por seus procuradores.

No Estado de Santa Catarina, porém, os valores dos honorários de sucumbência de titularidade dos procuradores do Estado, são ainda depositados na conta do Fundo Especial de Estudos Jurídicos e de Reparelhamento – FUNJURE, vin-

³⁶ “MAGISTRATURA. Remuneração. Limite ou teto remuneratório constitucional. Fixação diferenciada para os membros da magistratura federal e estadual. Inadmissibilidade. Caráter nacional do poder Judiciário. Distinção arbitrária. Ofensa à regra constitucional da igualdade ou isonomia. Interpretação conforme dada ao art. 37, inc. XI, e § 12, da CF. Aparência de inconstitucionalidade do art. 2º da resolução nº 13/2006, ambas do Conselho Nacional de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida. Voto vencido em parte. Em sede de liminar de ação direta, aparentam inconstitucionalidade normas que, editadas pelo Conselho Nacional da Magistratura, estabelecem tetos remuneratórios diferenciados para os membros da magistratura estadual e os da federal (ADI nº 3.854 MC-DF, rel. min. César Peluso, publicado no DJ de 29 de junho de 2007, p. 22).

³⁷ HARADA, Kiyoshi. Teto remuneratório e verba honorária percebida pelos Procuradores. p. 1.

³⁸ QUAGLIA, Paulo Cesar Velloso Filho. Procuradores do Estado e do Distrito Federal: subsídio e teto remuneratório das funções essenciais à justiça como prerrogativas e garantia da independência na sua atuação. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 39, nº 1, p. 53, 2014.

³⁹ HARADA, Kiyoshi. *Teto remuneratório e verba honorária percebida pelos procuradores*, p. 1.

culado à Procuradoria-Geral do Estado e por ela administrado para fins variados (pagamento de diárias, locação de prédios, contratação de empresas de informática, consultoria, vigilância e outros), conforme disposições da lei complementar estadual nº 56, de 29 de junho de 1992, o que evidencia o desatendimento à nova ordem legal que destinou aos advogados públicos os honorários de sucumbência.⁴⁰

De acordo com a exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei⁴¹ referente à criação do mencionado Fundo, seu objetivo é o equipamento e o reaparelhamento técnico da Procuradoria, o aperfeiçoamento dos seus servidores, em especial, do seu corpo de procuradores, e “[...] até suplementar eventuais insuficiências orçamentárias no custeio das atividades do órgão”.

Mais do que suplementar, hoje os honorários de sucumbência depositados na conta do FUNJURE parecem ser a única fonte de recursos que mantém a Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina.

Ora, a titularidade da verba honorária, prevista no § 19 do art. 85, do CPC de 2015, tornou sem efeito o inciso II do artigo 2º da lei complementar estadual nº 56, de 26 de junho de 1992. Desse modo, à legislação do Estado de Santa Catarina, se impõe, mais do que urgentemente (dado o esgotamento da *vacatio legis* do novo Código de Processo Civil), adequar-se à nova disciplina nacional, uma vez que, em sendo verba privada de natureza alimentar, não estão os honorários de sucumbência à disposição do Poder Público.⁴²

Mesmo que o Estado de Santa Catarina permaneça inerte quanto à regulamentação do direito dos procuradores do Estado à percepção dos honorários de sucumbência, a legislação atual já garante à advocacia pública *ação autônoma de execução de honorários*.

Nesse sentido, Ivan Barbosa Rigolin prescreve:

⁴⁰“No Distrito Federal, e em quase todos os Estados brasileiros, figurando o Rio Grande do Sul entre as patéticas exceções, em todas as capitais do país e num grande número de municípios, a verba honorária já vem sendo paga aos respectivos procuradores há muito tempo. À primeira vista, examinando as soluções em cada caso adotadas para viabilizar esses pagamentos, depararemos com leis distritais, leis estaduais e municipais regulamentando a matéria. Esse panorama pode gerar a falsa impressão de que tais pagamentos continuam a depender de lei da respectiva pessoa administrativa. Ocorre que todas essas leis, repita-se, todas elas, são anteriores ao início da vigência do novo CPC; algumas anteriores mesmo à promulgação do vigente Estatuto da Advocacia.” (SESTA, Mario Bernardo. Honorários sucumbenciais na advocacia pública, p. 9).

⁴¹ Exposição de motivos PGE nº 003/92, anexada à mensagem nº 607 do governador do Estado de Santa Catarina à época, senhor Vilson Pedro Kleinübing, datada de 30 de março de 1992, que encaminhou o projeto de lei complementar dispondo sobre a organização e funcionamento da Procuradoria-Geral do Estado. Documento arquivado na Divisão de Documentação da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

⁴² Deve também o Estado implementar o mecanismo de compensação, que está previsto no próprio texto legal. Para tanto, é necessário cumprir o inciso III do art. 2º, da lei complementar nº 56/92, ou seja, efetuar o depósito no FUNJURE de cinco por cento da dívida ativa tributária cobrada no Estado.

VII – Assim, *a)* não sendo nenhum benefício patronal ao profissional; *e, b)* não sendo despesa pública mas particular, mas, sobretudo, *c)* sendo mandamento de lei federal disciplinadora de profissão – que não está ao sabor de nenhuma lei local quanto a serem devidos –, os honorários de sucumbência *são devidos pelas partes vencidas em ações* a todos os profissionais advogados do Brasil, sem distinção de serem servidores públicos, profissionais empregados da iniciativa privada ou autônomos, e esse direito, se lhes for negado ou subtraído, *dá-lhes direito a ação autônoma de execução de honorários*, na forma exata do disposto no art. 23, da lei nº 8.906, de 1994, que reza:

Art. 23 Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou *sucumbência*, *pertencem ao advogado, tendo esse direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.* (Grifamos). Mais claro e transparente, apenas a água das praias do Caribe.⁴³

4. Conclusão

O § 19 do art. 85, do CPC de 2015, trata de importante alteração na destinação dos honorários de sucumbência que agora também são devidos aos advogados públicos, nos termos da lei. Caracterizados como verba de natureza alimentar tem sua satisfação realizada com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada a ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

A lei a que refere a parte final do § 19 do art. 85, do CPC de 2015, é a lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que assegura a titularidade dos honorários a todos os advogados. No entanto, caso se entenda necessária a criação de uma lei para regulamentar a matéria, tal regulamentação deve se limitar a aspectos meramente procedimentais (recolhimento, gestão, rateio), não podendo, em nenhuma hipótese, “suprimir a titularidade e o direito à percepção dos honorários de sucumbência dos advogados públicos”, como indica, de maneira precisa, o enunciado nº 384 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. A competência privativa da União para legislar a respeito de processo e do exercício profissional e o caráter particular de natureza alimentar da verba honorária não permitem ao Estado dispor sobre essa questão.

⁴³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Honorários advocatícios e o poder público*. Disponível em: <http://www.acopesp.org.br/artigos/Dr.%20Ivan%20Barbosa%20Rigolin/parecer/ivan_rigolin/artigo%2082.doc>. Acesso em: 10 ago. 2017, p. 8.

Os honorários de sucumbência dos advogados públicos não representam verba de natureza pública, são compatíveis com o subsídio e não podem ser inseridos no teto remuneratório, em razão de sua natureza privada, decorrente de norma processual, fixada pelo juiz e paga pelo vencido ao advogado da parte vencedora.

O Estado de Santa Catarina, diferente das demais unidades federativas, ainda não adequou sua legislação, não obstante os honorários de sucumbência não mais lhe pertencerem. É chegada a hora de atender à nova ordem processual.

Bibliografia

BRASIL. Associação Nacional dos Procuradores de Estado e Distrito Federal – ANAPE. *Diagnóstico das Procuradorias Gerais dos Estados e do DF – Relatório Geral de 2017 – Gestão 2014 a 2017.*

_____. *Exposição de Motivos PGE nº 003/92*, anexada à mensagem nº 607 do governador do Estado de Santa Catarina à época, senhor Vilson Pedro Kleinübing, datada de 30 de março de 1992, que encaminhou o projeto de lei complementar dispendo sobre a organização e funcionamento da Procuradoria Geral do Estado. Documento arquivado na Divisão de Documentação da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Honorários advocatícios para advogados públicos: uma estrutura remuneratória premial moderna. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEPF*, Belo Horizonte, ano 2, nº 5, p. 97-115, mai./ago. 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. *Em casos contra a Fazenda, honorários pertencem aos advogados, e não ao Estado*. Disponível em: <<http://www.ayresbritto.com.br/em-casos-contra-a-fazenda-honorarios-pertencem-aos-advogados-e-nao-ao-estado/>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 4. edição, 2012.

CANESIN, Rafael. A natureza jurídica dos honorários sucumbenciais do advogado público. *Revista Digital da ESAPERGS*, nº 6, de 11 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.esapergs.org.br/revistadigital>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

CAPUCHO, Fabio Jun. *Honorários advocatícios dos advogados públicos: sistemática*

do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/honorarios-advocaticios-dos-advogados-publicos-istematica-do-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

COSTA, Eduardo Cunha da. *Da percepção dos honorários de sucumbência pelos Procuradores do Estado: compatibilidade e eficácia*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:31 maio2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55997&seo=1>>. Acesso em: 24 de jun. de 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HARADA, Kiyoshi. *Teto remuneratório e verba honorária percebida pelos Procuradores*. Âmbito Jurídico, Rio Grande: XV, nº 104, set. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leituraartigo&id=12161>.

NUNES, Allan Titonelli. Desvio de finalidade das verbas sucumbenciais. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XVI, nº 377, 1º de outubro/2012.

PELICIOLO, Angela Cristina. O Procurador do Estado, as políticas públicas e o orçamento. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, v. 31, nº 12, p. 1.457-1.465, dez. 2015.

QUAGLIA, Paulo Cesar Velloso Filho. Procuradores do Estado e do Distrito Federal: subsídio e teto remuneratório das funções essenciais à justiça como prerrogativas e garantia da independência na sua atuação. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 39, nº 1, p. 53, 2014.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Honorários advocatícios e o poder público*. Disponível em: <http://www.acopesp.org.br/artigos/Dr.%20Ivan%20Barbosa%20Rigolin/parecer/ivan_rigolin/artigo%2082.doc>. Acesso em: 10 ago.2017.

RODRIGUES OLIVEIRA, Bruna Joselica. *Honorários sucumbenciais para os advogados públicos federais*. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/335544-honorarios-sucumbenciais-para-os-advogados-publicos-federais>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

SANTOS, Murillo Giordan. A compatibilidade do subsídio com a verba honorária

de sucumbência. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 50, nº 199, p.179-194, jul./set. 2013.

SESTA, Mario Bernardo. *Honorários sucumbenciais na advocacia pública*. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/artigo_1468350140.pdf>.

SILVA, Marcello Terto e. Honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública é parte. In: COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coords.). *Honorários advocatícios*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 424-430.

SILVA, OVÍDIO A. Baptista da. Comentários ao código de processo civil. Vol. I, *Do processo de Conhecimento, arts. 1º a 100*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina*, nº 4, Florianópolis: DIOESC, 2015.

SOUZA, Brandão Junito de. *Mitologia Grega*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

O regime diferenciado de contratações e a impossibilidade de contratação integrada nas reformas de obras públicas

Tayse Schristine Marian Borges¹

Carlos Henrique Machado²

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Os fundamentos e a aplicabilidade do regime diferenciado de contratações; 3. A contratação integrada como regime de execução inovador introduzido pela lei nº 12.462/2011; 4. A impossibilidade de contratação integrada em reformas de obras públicas na visão dos Tribunais de Contas do Estado de Santa Catarina; 5. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: A possibilidade de adoção da chamada contratação integrada como regime de execução nas reformas de obras realizadas pelo Poder Público, submetidas à sistemática do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), é ainda um tema a ser mais bem desenvolvido pela doutrina e pelos Tribunais. Na perspectiva das Cortes de Controle de Contas, entretanto, vem se consolidando um entendimento em sentido desfavorável a essa alternativa de contrato público. Com o advento do modelo diferenciado de contratações públicas, disciplinado pela lei nº 12.462/2011, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro um regime de execução denominado de contratação integrada, cuja característica essencial reside precisamente na possibilidade de uma só empresa participar de todas as etapas da realização da obra pública, ficando responsável tanto pela elaboração do projeto básico e de executivo, bem como pela execução da obra e sua entrega ao órgão ou à entidade licitante. Os Tribunais de Contas, contudo, notadamente a Corte catarinense, firmaram um posicionamento no sentido de que esse modelo não se aplica às reformas públicas, justamente porque, ao invés de proporcionar a pretendida vantajosidade da licitação, acaba onerando ainda mais as contratações públicas.

¹ Bacharel em direito. Especialista em gestão pública avançada Fundação Escola de Governo (ENA Brasil). Servidora pública do Estado de Santa Catarina.

² Doutorando em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Consultor jurídico da Secretaria de Estado do Planejamento. Professor.

1. Introdução

Declarado o país sede da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, o Brasil viu-se diante da realização de megaeventos esportivos. Buscando dar mais desenvoltura ao procedimento licitatório, com o intuito de viabilizar a concretização dos referidos eventos, foi então instituído o Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC), por intermédio da lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, regulamentada pelo decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.

A lei que introduziu o novo regime estipula uma nova roupagem às contratações públicas. Criou-se uma modalidade licitatória única, na qual a realização do certame não fica vinculada às modalidades licitatórias determinadas unicamente em razão do valor do objeto a ser contratado, como acontece na Lei Geral de Licitações. Inaugurou-se uma nova sistemática para a participação dos particulares nos processos de escolha que antecedem as contratações realizadas pelo Poder Público.

O Regime Diferenciado de Contratações públicas pode ser traduzido como um conjunto de normas voltado às contratações públicas, especificamente para a efetivação dos grandes eventos esportivos supraditos, que diverge da Lei Geral de Licitações em pontos fulcrais e de bastante relevância, com o propósito de conceber um ambiente de licitações mais célere e aperfeiçoar a execução dos contratos oriundos desse novo regime.

Característica significativa ressalta da afeta legislação, consubstanciada nos múltiplos instrumentos propiciados com a finalidade de melhor atender ao interesse público. Assim, diante da discricionariedade que lhe é permitida, compete ao gestor público, em cada caso concreto, optar pela melhor alternativa dentre as previstas na respectiva legislação.

Além de tentar ampliar a eficiência nas contratações públicas e buscar superar os entraves das modalidades de licitação e outras dificuldades encontradas na lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, denota-se que ao criar o RDC houve a intenção de evitar que conluios e práticas viciadas ocorressem, favorecendo, dessa forma, o aumento da concorrência.

Resplandece a ideia do legislador em reunir pontos positivos acerca do tema que se encontram dispersos na legislação concernente. Ademais, inovações também surgiram com o advento do RDC, a exemplo da contratação integrada, questão central deste artigo.

2. Os fundamentos e a aplicabilidade do regime diferenciado de contratações

O Regime Diferenciado de Contratações públicas, em sua concepção originária, fora destinado exclusivamente para as licitações e os contratos voltados à execução das vultosas obras desportivas que ocorreriam nos próximos cinco anos a contar do seu advento.

Tinha-se o RDC como uma solução temporária para a realização dos mega-eventos esportivos sobreditos. Entretanto, desde 2011, ano em que fora instituído, outras hipóteses de aplicação do novo regime licitatório foram paulatinamente adicionadas, expandindo os seus limites de atuação devido à necessidade de facilitar e conceder maior agilidade na conclusão dos processos licitatórios.

O artigo 1º da lei nº 12.462/2011 enumera as hipóteses de aplicação do referido regime.

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO);

II – da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV – das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela lei nº 12.688, de 2012);

V – das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela lei nº 12.745, de 2012);

VI – das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela lei nº 13.190, de 2015);

VII – das ações no âmbito da segurança pública. (Incluído pela lei nº 13.190, de 2015);

VIII – das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela lei nº 13.190, de 2015);

IX – dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela lei nº 13.190, de 2015);

X – das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016).

Constata-se que apenas os três primeiros incisos estavam previstos na versão original da lei do RDC, enquanto os demais foram inseridos por leis posteriores em virtude dos resultados iniciais da aplicação do novo regime.

Em face da inclusão desses novos itens, como as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)³ e das obras e dos serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, tornou-se inócua o caráter temporal que lhe havia sido conferido pela legislação ordinária.

Resta evidenciada, portanto, a atemporalidade do novo regime licitatório pelo prisma de Zymler e Dios:

Com esse dispositivo, confirma-se o afastamento do caráter de transitoriedade do Regime Diferenciado e amplia-se de forma significativa o espectro daqueles que podem dele se utilizar, pois todos os entes da Federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – são responsáveis por organizar e manter os sistemas públicos de ensino e de saúde. (ZYMLER e DIOS, 2014, p. 18)

³ O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) foi lançado pelo Poder Executivo em 22 de janeiro de 2007, mediante o decreto nº 6.025/2007, e compreende um conjunto de ações com vistas a promover o crescimento econômico brasileiro. (Zymler e Dios, 2014, p. 17).

Diversamente do disposto na Lei Geral de Licitações e na Lei do Pregão, não ficou registrada expressamente pela lei que instituiu o RDC a abrangência de sua aplicabilidade aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

Porém, vários dispositivos da lei nº 12.462/2011 desvelam o propósito do legislador em editar uma norma de cunho nacional, a exemplo o § 1º do artigo 15 que dispõe regras de publicidade aplicáveis a cada ente, assim como o § 6º do artigo 8º, o qual autoriza a adesão dos demais entes da Federação para utilizarem sistemas de referência de preços distintos dos adotados pela União.

Nesse sentido, ainda nos ensinamentos de Zymler e Dios (2014, p. 21), os autores se posicionam acerca da abrangência e aplicabilidade do novo regime licitatório.

Em razão dessa aplicabilidade ampla, deve prevalecer o entendimento de que o RDC foi editado com fundamento no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, o qual, além de exigir o *caráter de generalidade da norma*, fornece o necessário substrato constitucional para que leis da espécie sejam aplicáveis a diversos entes da Federação. (grifo do autor)

Como é sabido, a União detém a competência para legislar sobre normas de caráter geral a respeito de licitações e contratações públicas, sendo que essa não exclui a competência suplementar dos estados, conforme previsão do artigo 24, § 2º, da Carta Magna. Por conseguinte, estados e municípios, respeitados os limites de suas competências, detêm a prerrogativa de regulamentar o RDC segundo as suas necessidades.

Em alguns estados da Federação houve a elaboração de leis estaduais que possibilitaram a introdução do regime diferenciado nessas unidades. É o caso do Estado de Santa Catarina, no qual a disciplina jurídica do Regime Diferenciado de Contratações fora introduzida expressamente pela lei estadual nº 16.020, de 6 de junho de 2013, que dispõe sobre a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações públicas ao Programa Pacto por Santa Catarina (PACTO)⁴:

Art. 1º Fica adotado, no âmbito do Estado de Santa Catarina, o Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC), instituído pela lei federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011,

⁴ O programa Pacto por Santa Catarina (PACTO) é composto por programas de caráter estruturante e prioritário, envolvendo áreas sociais e técnicas que afetam a competitividade da economia catarinense, a fim de garantir o rápido avanço na infraestrutura e no desenvolvimento do Estado e é regido pelo decreto nº 1.537, de 10 de maio de 2013. Disponível em: < <http://www.pge.sc.gov.br/index.php/legislacao-estadual-pge>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

aplicável facultativamente às licitações e aos contratos relativos aos programas, aos projetos e às ações de que tratam as leis nº 15.255, de 5 de agosto de 2010, nº 15.830, de 30 de maio de 2012, nº 15.855, de 2 de agosto de 2012, nº 15.941, de 20 de dezembro de 2012, nº 16.129, de 23 de setembro de 2013, e o decreto nº 1.537, de 10 de maio de 2013. (Redação alterada pela lei nº 16.519, de 2014).

§ 1º O Chefe do Poder Executivo encaminhará à Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina relatório indicando quais as obras do Programa Pacto por Santa Catarina (PACTO) serão contratadas observando o Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC), sob pena, de não o fazendo, não poder aplicar a presente legislação.

§ 2º Não se aplicam ao Regime de que trata esta Lei as contratações destinadas à fiscalização e supervisão.

Nessa linha, pois, não há como negar a juridicidade que reveste a adoção do Regime Diferenciado de Contratações públicas no âmbito do Estado de Santa Catarina.

Por outro lado, consoante dispõe artigo 1º, § 2º, da lei nº 12.462/2011, a opção pelo RDC deverá constar expressamente do instrumento convocatório, resultando, assim, no afastamento das normas da Lei Geral de Licitações, salvo nos casos previstos nesta lei.

3. A contratação integrada como regime de execução inovador introduzido pela lei nº 12.462/2011

O Regime Diferenciado de Contratações possibilitou a adoção de um novo regime de execução de obras e serviços de engenharia, além daqueles já compreendidos pela Lei Geral de Licitações e Contratos. Trata-se da contratação integrada, exposta na lei nº 12.462/2011, em seu artigo 9º:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela lei nº 12.980, de 2014)

I – inovação tecnológica ou técnica; (incluído pela lei nº 12.980, de 2014)

II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (incluído pela lei nº 12.980, de 2014)

III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. (incluído pela lei nº 12.980, de 2014)

Nesse regime existe a possibilidade de que uma única empresa contratada realize todas as etapas de uma obra, sendo que essa ficará responsável pela elaboração dos projetos básico e executivo, bem como pela execução da obra, entregando-a pronta ao órgão licitante. Contrapõe-se à Lei Geral de Licitações, na qual os projetos básico e executivo devem ser feitos por empresas diferentes.

Define o artigo 9º, § 1º, que a “contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

Em sua obra, Marçal Justen Filho (2013, p. 178) traz a definição de contratação integrada:

A contratação integrada consiste num contrato de empreitada de obra e serviços de engenharia, em que a Administração contratante apresenta um anteprojeto de engenharia e o particular contratado assume a obrigação de conceber as soluções, elaborar os projetos básico e executivo e executar o objeto com o fornecimento de materiais, utilização de equipamentos, aquisição e desenvolvimento de programas de informática e tudo o que mais se fizer necessário à entrega do objeto em funcionamento, mediante remuneração abrangente e vinculação à operação do empreendimento em condições predeterminadas.

Destaca-se que inexistente projeto básico aprovado pela autoridade competente, como anexo do instrumento convocatório, nas licitações promovidas por esta modalidade de regime, diferentemente da sistemática tradicional apregoada pela lei nº 8.666/1993, na qual se tinha por requisito básico o fornecimento do referido projeto para a abertura de processo licitatório. Isso indica que o participante elaborará sua proposta sem que a administração pública conceda projeto básico próprio já existente.

Contudo, trouxe o distinto regime, como observado na definição acima, um novo elemento denominado anteprojeto, o qual fará parte do instrumento convocatório, conforme determina o artigo 9º, § 2º, inciso I, da Lei do RDC.

Art. 9º [...]

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no *caput* e no § 1º do art. 6º desta lei;
- c) a estética do projeto arquitetônico; e
- d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade. (grifo nosso)

O anteprojeto constitui-se em um documento de engenharia mais simplificado, se equiparado ao projeto básico, mas não tão simples a ponto de ser impreciso e insuficiente na caracterização da obra ou do serviço. Nele deverão ser apresentados os elementos mínimos, com a indicação de esboços e estudos, capazes de identificar o objeto das propostas.

O § 3º do artigo 74 do decreto nº 7.581/2011 dispõe que “o anteprojeto deverá possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas das licitantes” e, ainda sob a redação do referido artigo, deverá incluir os seguintes documentos abaixo transcritos:

Art. 74. O instrumento convocatório das licitações para contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar

a caracterização do objeto contratual, incluindo:

I – a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

II – as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega;

III – a estética do projeto arquitetônico; e

IV – os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

Portanto, é imperiosa a observância do dispositivo legal quanto aos requisitos contidos no anteprojeto, no qual há de haver elementos que assegurem a possibilidade de confrontar as propostas concorrentes.

Considerados regimes de preço global fixo, pode-se afirmar que existem semelhanças entre o regime de contratação integrada e o regime de empreitada integral elencado na Lei de Licitações e Contratos, sendo que esse último consiste na contratação de uma obra ou um serviço em sua integralidade, em que há o desenvolvimento de todas as etapas de obras, serviços e instalações necessárias, cuja responsabilidade recai sobre a contratada até que o objeto contratado seja entregue à contratante em condições de pleno funcionamento.

Entretanto, distinguem-se, já que na contratação integrada, por exemplo, a definição do objeto ocorrerá por anteprojeto de engenharia, os projetos básico e executivo serão de incumbência da contratada, que somente os executará depois do contrato firmado, acarretando maior transferência de riscos à contratada, e o valor estimado para o certame será elaborado com base em critérios próprios e compatíveis com o estabelecido pela norma por meio do anteprojeto de engenharia.

Poderá a administração pública utilizar o regime de contratação integrada, nas obras e nos serviços de engenharia, desde que técnica e economicamente justificada, conforme prevê o artigo 73 do decreto regulamentador. Trata-se de aplicação facultativa, todavia desde que preenchidos os requisitos fixados pelo diploma legal.

Para a utilização da contratação integrada há de se comprovar cabalmente, por intermédio de justificativa, em termos técnico-econômicos, a vantajosidade de aplicá-la em detrimento de outros regimes igualmente preferenciais anunciados pelo § 1º do artigo 8º da Lei do RDC. A justificativa técnica deve estar embasada

em aspectos técnicos das áreas jurídica, contábil e de engenharia e desenvolvida por profissionais capacitados e habilitados nas mencionadas áreas, os quais deverão evidenciar as vantagens e conveniências para adotar este regime. Pelo panorama econômico, deve-se demonstrar precisamente, com a utilização de métodos comparativos, que valores inferiores serão obtidos por meio da contratação integrada, bem como a execução do objeto contratado ocorrerá dentro do prazo acordado, sem margens à realização de termos aditivos.

No que diz respeito à aplicabilidade da contratação integrada, deve o objeto a ser licitado, necessariamente, incluir, no mínimo, uma das condições prescritas no artigo 9º da lei nº 12.462/2011.

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I – inovação tecnológica ou técnica;

II – possibilidade de execução com diferentes metodologias;
ou

III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. (grifo nosso)

Caso o objeto do certame não contemple ao menos uma das condicionantes acima expostas, resta descabida a aplicação do regime de contratação integrada ao procedimento licitatório em concreto, uma vez que contraria a previsão do dispositivo legal supracitado.

Corroborando o disposto no artigo 4º, inciso III, da referida lei, que deverá ficar demonstrada a vantajosidade da adoção desse regime no tocante a custos e benefícios de natureza econômica, social ou ambiental, assim como em relação à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.

Com referência às peculiaridades da contratação integrada, há que se mencionar que a Lei do RDC é restritiva quanto à celebração de termos aditivos para alterar as disposições contratuais avençadas. Segundo a legislação pertinente, estão textualmente proibidos os termos aditivos em decorrência de falha na elaboração dos projetos, básico e executivo, e erros na fase de execução.

A exceção à vedação imposta encontra respaldo nos artigos 9º, § 4º, da Lei do

RDC, e art. 76 do decreto nº 7.581/2011, sendo-lhe permitida a realização, primeiramente, em casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior. Noutra hipótese, quando houver a necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da contratante, desde que não decorram de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites para acréscimos ou supressões de até vinte e cinco por cento do valor inicial do contrato em obras, serviços ou compras e até o limite de cinquenta por cento para acréscimos em reforma de edifício ou equipamento, previstos na Lei de Licitações e Contratos.

Ao adotar a contratação integrada como regime de execução o órgão licitante deverá desenvolver o anteprojeto que comporá o instrumento convocatório, como já mencionado. Contudo, cabe registrar a existência dos riscos envolvidos ao lidar com o anteprojeto, cuja previsão legal encontra-se no § 5º do artigo 9º da Lei do RDC:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

[...]

§ 5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante. (grifo nosso)

Denota-se que o procedimento licitatório realizado mediante anteprojeto de engenharia não apresenta um orçamento com condições tão precisas quanto as de um projeto básico, cuja estrutura deverá trazer orçamento analítico com a composição de custos e pesquisa de preços dos insumos.

Nesse sentido, Mendes (2013, p. 259) aponta a relevância da matriz de riscos como elemento substancial do instrumento convocatório, ao eleger a contratação integrada como regime de execução para o certame:

Ademais, como as licitações serão realizadas apenas com anteprojeto, não serão nada raros os pleitos das construtoras alegando lacunas na documentação técnica fornecida, sob

a ameaça de que, em sendo negados, os produtos finais não serão aqueles que atendem plenamente às necessidades do contratante. Para mitigar essa insegurança da Administração na gestão de obras licitadas por contratação integrada, é altamente recomendável que o edital contenha uma ‘matriz de riscos’, na qual as eventuais futuras necessidades de ajustes estejam previstas, com a prévia atribuição da responsabilidade por assumir os custos para realizá-los.

Cumpra assinalar que o Tribunal de Contas da União já se posicionou, por intermédio do acórdão nº 1.510/2013 – plenário⁵, estabelecendo a obrigatoriedade da inclusão da matriz de riscos nos anteprojetos de licitações que apliquem o regime da contratação integrada.

9.1.3. a “matriz de riscos”, instrumento que define a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, na medida em que é informação indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, como também essencial para o dimensionamento das propostas por parte das licitantes, é elemento essencial e obrigatório do anteprojeto de engenharia, em prestígio ao definido no art. 9º, § 2º, inciso I, da lei 12.462/2011, como ainda nos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do julgamento objetivo, da eficiência e da obtenção da melhor proposta.

Diante do posicionamento doutrinário e jurisprudencial exposto, resta evidenciado que ao se aplicar o regime de contratação integrada deve a matriz de riscos compor o instrumento convocatório. Do contrário, haverá afronta direta ao que dispõe a norma disciplinadora do distinto regime de execução.

4. A impossibilidade de contratação integrada em reformas de obras públicas na visão dos Tribunais de Contas

Ao editar a lei nº 16.020/2013, o Estado de Santa Catarina proporcionou aos administradores a faculdade de aplicar o Regime Diferenciado de Contratações públicas às licitações e aos contratos administrativos relativos aos projetos e às ações

⁵ Acórdão TCU nº 1.510/2013 – plenário. Rel. min. Valmir Campelo. Sessão 19/06/2013. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1510&anoAcordao=2013>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

pertencentes ao Programa Pacto por Santa Catarina.

As Secretarias de Estado da Agricultura, Educação, Justiça e Cidadania, Saúde e Segurança Pública foram algumas das que tiveram as suas ações contempladas pelo referido programa de governo. Dentre elas, merece especial destaque a setorial da educação, sobre a qual recai uma análise mais detida por meio do presente artigo.

Visando construir novas unidades escolares e realizar reformas e ampliações naquelas já existentes, houve o lançamento de diversas licitações pelas Secretarias de Desenvolvimento Regionais, atuais Agências de Desenvolvimento Regionais, e pela Secretaria de Estado da Educação para a execução dessas obras, sendo que alguns órgãos optaram por licitar pelo Regime Diferenciado de Contratações.

Devido à gravidade de alguns casos, haja vista o péssimo estado de conservação das salas de aula, a falta de vagas para os novos alunos e a infraestrutura insuficiente para atender à demanda estudantil, aplicou-se a contratação integrada como o regime de execução, com intuito de trazer celeridade aos processos licitatórios.

As justificativas para a adoção da contratação integrada trazidas aos processos de licitação dos referidos órgãos estão baseadas no caráter emergencial das demandas, como se depreende do trecho extraído do termo de justificativa nº 009/2014, nos autos do processo nº SDR18 nº 5.158/2014, promovido pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional da Grande Florianópolis, cujo objeto é a reforma e ampliação da Escola de Ensino Básico Wanderley Júnior:

Insta salientar que esta escola e mais outras cinco são objeto de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, todas no município de Palhoça, o que torna ainda mais emergencial o atendimento às reformas, no intuito de não lesar os estudantes dessa região. Outrossim, até o presente momento, fora oportunizado apenas noventa dias para realização das obras sob pena de nova interdição aos estabelecimentos escolares, tempo muito apertado para realizar as pretensões proferidas pelo ínclito juízo.

Ao desempenhar a sua função de órgão fiscalizador, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC analisou os editais de licitação lançados pela SDR de Joaçaba, que utilizaram o RDC, com a adoção da contratação integrada, como o regime de execução para os certames a seguir:

a) Edital RDC presencial nº 003/2014 – Reforma e ampliação da Escola de Educação Básica Irmã Wienfrida, no município de Catanduvas/SC. Área total de 3.418,08 m², do tipo técnica e preço em regime de contratação integrada (valor previsto: R\$ 3.397.706,35 reais);

b) Edital RDC presencial nº 004/2014 – Reforma e ampliação da Escola de Educação Básica Vitório Roman, no município de Vargem Bonita/SC, do tipo técnica e preço em regime de contratação integrada (valor previsto: R\$ 2.677.204,06 reais);

c) Edital RDC presencial nº 005/2014 – Reforma e ampliação da Escola de Educação Básica Ruth Lebarbechon, município de Água Doce/SC, do tipo técnica e preço em regime de contratação integrada (valor previsto: R\$ 2.492.015,21 reais); e

d) Edital RDC presencial nº 006/2014 – Reforma e ampliação da Escola de Educação Básica Joaquim D’Agostini no município de Lacerdópolis/SC, do tipo técnica e preço em regime de contratação integrada (valor previsto: R\$ 1.171.962,18 reais).

Considerando a semelhança entre os processos, os quais têm como objeto a reforma e ampliação de escolas, a distinta Corte de Contas tratou de apontar algumas irregularidades encontradas nos editais.

Para o TCE/SC não é possível aplicar o regime de execução de contratação integrada nos certames que tenham como objeto a reforma de obras públicas, pois as reformas são caracterizadas pela incerteza na estimativa dos quantitativos dos serviços.

É sabido que em obras que envolvam reforma, mesmo que se tenha um projeto de qualidade, bem detalhado, não é incomum o surgimento de imprevistos. Assim o fez o legislador prevendo, no § 1º do artigo 65 da Lei de Licitações e Contratos, um percentual maior de aditamento para os casos de reforma, cinquenta por cento sobre o valor inicial atualizado contratado, ao contrário dos vinte e cinco por cento estipulados para a construção de obras novas.

Na decisão exarada pela Corte de Contas, nos autos do processo nº ELC-14/00416059, o TCE/SC consigna a existência da incerteza no levantamento dos quantitativos dos serviços no caso de reforma:

[...] a contratação integrada não é recomendada para reformas, como é o caso dos autos, que se caracterizam pela incerteza na estimativa dos quantitativos dos serviços. Isso porque a licitante incluirá um elevado montante de contingência em sua proposta, de forma a mitigar os custos eventualmente não previstos e os inevitáveis riscos de variação de quantitativos, principalmente porque a lei federal nº 12.462/11 trouxe restrições quanto aos aditamentos contratuais. Por consequência, como tais contingências poderão não se verificar efetivamente durante a execução contratual, o Poder Público poderá ser onerado

demasiadamente, o que não aconteceria caso a obra fosse executada por preços unitários, em detrimento aos princípios da eficiência e economicidade.

Portanto, a contratação integrada, por ser um regime de preço global, é indicada quando os quantitativos dos serviços que serão executados puderem ser definidos com precisão, de forma que os referidos custos possam ser contabilizados com um baixo grau de incerteza, incompatível com as características de uma reforma.

Ainda em relação ao campo da incerteza, não foram apresentadas justificativas técnicas e econômicas que atendessem ao artigo 9º da lei nº 12.462/2011, como se observa no trecho referente à decisão acima mencionada:

[...] entre as irregularidades citadas pela DLC, destaca-se a utilização do regime de contratação integrada envolvendo obras de reforma e ampliação, sem as justificativas técnicas e econômicas, por se tratar de obras com incertezas inerentes nas estimativas de seus quantitativos de materiais e serviços e por envolver serviços de domínio comum no mercado, não sendo a técnica de execução fator preponderante para a finalidade da licitação, para a caracterização do objeto e para o atendimento ao interesse público.

Seguramente, afirma-se que o objeto da licitação realizada por RDC, com a aplicação da contratação integrada como regime de execução, deve necessariamente atender, pelo menos, a um dos incisos do artigo 9º da mencionada lei. Em outras palavras, o objeto da licitação deverá: (i) proporcionar inovação tecnológica ou técnica; (ii) ou poderá ser executado com diferentes tecnologias; (iii) ou, ainda, possibilitar sua execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. Caso o objeto não se enquadre em uma dessas três opções, não há que se falar em contratação integrada, ainda que a justificativa esteja fundamentada na ausência de planejamento, na carência de equipe técnica, na falta de manutenção preventiva ou de outra qualquer natureza.

Ressalta-se que a justificativa também deve abordar o prisma econômico, comprovando que a adoção da contratação integrada, em comparação a outro regime, geraria economia ao órgão contratante, mediante a demonstração de valores inferiores obtidos.

Nesse sentido, também é o posicionamento do Tribunal de Contas da União, proferido no acórdão nº 1.978/2013 – plenário6, quanto a não adoção da contratação

⁶ Acórdão TCU nº 1.978/2013 – plenário. Rel. min. Valmir Campelo. Sessão 31/07/2013. Disponível em: <

integrada como regime de execução em licitações destinadas à reforma de obra pública:

De fato, existem certos tipos de obras e sistemas construtivos que, por suas características, não possibilitam uma quantificação absolutamente acurada dos exatos volumes a executar. Há uma imprecisão nata nesses afazeres. São os casos, por exemplo, da execução de grandes volumes de terraplenagem. (...)

Natural concluir que, não obstante os cuidados no projeto básico para adequadamente quantificar os volumes de terraplenagem, sempre haverá uma boa margem de indeterminação.

Idêntica afirmativa pode ser imposta em contratos de **reforma de edificação** (como é o presente caso). Não há como prever o exato estado das tubulações no interior dos pisos e paredes, sem antes demoli-las. Em restaurações de prédios históricos, igualmente tortuoso identificar, com antecedência, a perfeita quantidade de pisos, portas, esquadrias e janelas a serem totalmente substituídos e quais serão recuperados. Obras urbanas, que intuem interferências diversas, possuirão mesma peculiaridade. Alguns tipos de fundações, principalmente as cravadas, também. Recuperações estruturais e manutenção rodoviária são outro exemplo. Existe uma gama de outras situações.

Caso utilizada uma empreitada por preço global nesses tipos de objetos, as medições serão realizadas por etapas; não por quantitativos medidos. **Resultado: os construtores irão alocar uma parcela muito alta de risco para adimplir, com segurança, o objeto licitado. Na verdade, essa segurança não existirá, porque o imponderável é muito alto. A melhor proposta para a administração mais se voltará para a aleatoriedade que propriamente a uma boa oferta licitatória.**

Por esse motivo, nesses empreendimentos eivados de imprecisão congênita, é preferível a utilização de empreitadas por preço unitário, pelas características próprias do sistema de medição. (grifo do autor)

<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1978&anoAcordao=2013>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

Os riscos citados no acórdão supra são provenientes de futuros eventos que poderão ocorrer depois da contratação. Esses riscos serão mensurados, estimados e incluídos na proposta que o licitante elaborará para participar do certame.

Encara-se, mais uma vez, a matriz de riscos como item obrigatório do instrumento convocatório, ficando nela ajustada a responsabilidade de custos com eventos supervenientes; a sua ausência afronta o posicionamento do TCU, citado anteriormente, assim como o do TCE/SC, contrariando, além disso, a norma que rege o RDC.

Salienta-se que nenhum dos processos licitatórios analisados pelo Tribunal de Contas, cujo objeto fosse reforma de obra pública e com adoção da contratação integrada como regime de execução, apresentou a matriz de riscos. Logo, resta evidente afronta ao previsto nos artigos 3º e 9º, § 5º, da lei nº 12.462/2011.

Ademais, a negativa da adoção da contratação integrada como regime de execução nos processos licitatórios, promovidos pelos órgãos acima elencados, destinados à reforma de obra pública, está também baseada na inobservância dos itens abaixo:

1. Escolha do tipo de licitação “técnica e preço”, sendo que a utilização desse critério de julgamento destina-se “exclusivamente a objetos de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica” ou “que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado”, contrariando o artigo 20, § 1º, da lei nº 12.462/2011.

Nessa esteira, Mendes (2013, p. 272) valida o emprego da contratação integrada em obras que se encaixem nas condições determinadas pelo tipo de licitação “técnica e preço”, como visto abaixo:

Ademais, a indisponibilidade de um projeto básico completo conduz à existência de um nível de risco bastante expressivo, o qual certamente será computado no orçamento dos licitantes, elevando o preço final a ser suportado pela Administração. E não pode o poder público, injustificadamente, arcar com custos maiores para a consecução de seus objetivos. Fica claro, portanto, que o RDC estabelece que a empreitada por preço global é o regime preferencial de execução de obras comuns, enquanto a contratação integrada o é para obras que se conformem às condições especificadas para as licitações por técnica e preço, quais sejam: a) objetos de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; b) objetos que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado. (grifo nosso)

Cumpra frisar que nos editais analisados, cujo objeto em comum é a ampliação e reforma de escolas, mesmo que se considerasse apenas a ampliação das escolas, não seria possível aplicar a contratação integrada, pois são serviços ordinários, sem as condições necessárias elencadas no artigo 9º da lei nº 12.462/2011.

2. Incongruências na elaboração do orçamento pela ausência de definição objetiva do tipo e conteúdo dos projetos, haja vista a errônea escolha do tipo “técnica e preço” para as referidas licitações, estando em desacordo com o artigo 9º, § 1º, dessa mesma lei.

Aponta a Corte de Contas, em trecho extraído da decisão referente ao processo nº ELC-14/00416059, que as impreviões contidas em reforma de obra dificultam sobremaneira a formulação do orçamento:

Por outro lado, a execução de obras de reforma de edificações é carregada de impreviões, em função da própria natureza das edificações, normalmente antigas e sem manutenção adequada. Isso gera dificuldades não somente em executar os serviços, mas também em elaborar o orçamento prévio para uma licitação. Em termos de mercado, isso é traduzido na forma de risco, considerado elevado para essa condição e que poderá estar remunerado junto às despesas indiretas contidas na taxa de BDI, ou mesmo na elevação nos custos dos serviços diretos. (grifo nosso)

Infere-se, nesses casos, que a metodologia não é fator decisivo para a execução das obras de reforma com adoção da contratação integrada, uma vez que os serviços em questão são de natureza comum, habitual.

3. Inexistência de anteprojeto válido, já que o anteprojeto apresentado não preenche os requisitos previstos da lei nº 12.462/2011, antes transcritos, de encontro ao que dispõe o artigo 9º, inciso I, da Lei do RDC e artigo 74 do decreto nº 7.581/2011.

A importância do anteprojeto pode ser descrita como o instrumento que proporcionará os elementos essenciais para a elaboração das propostas, bem como viabilizará a comparação entre elas.

Nessa esteira, considerando as razões acima expostas, e alegando a violação aos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do julgamento objetivo, da eficiência e da obtenção da melhor proposta, norteadores da licitação, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no exercício de suas competências, diante da verificação de indícios de irregularidades que prejudicariam a finalidade da licitação pública e do próprio Regime Diferenciado de Contratações, determinou o não

prosseguimento dos referidos certames, assim como o de outros que seriam realizados tendo como objeto a reforma de obra pública e como regime de execução a contratação integrada.

5. Conclusão

O assunto é, portanto, bastante amplo e complexo. Para ser aplicada, a contratação integrada deve demonstrar o atendimento de diversas condições, tais como a elaboração de anteprojeto de engenharia, a justificativa técnica e econômica e a previsão de matriz de riscos. Por essa razão, os elementos que constituem o objeto do certame devem ser adequadamente estipulados, inexistindo margens para imprecisões, que gerariam propostas inexequíveis ou, até mesmo, com valores demasiadamente altos para a administração pública.

É notório que há mais incertezas em obras de reforma do que em construção de obra nova, já que os quantitativos dos serviços a serem levantados não podem ser estimados com precisão. Logo, inadequada seria a aplicação da contratação integrada para obras de reforma; no caso em análise, para as ampliações e reformas de escolas públicas.

Diante dos posicionamentos doutrinário e jurisprudencial apresentados, conclui-se que a aplicação da contratação integrada para as obras públicas está restrita àquelas que apresentarem condições de execução com diferentes metodologias, inovação tecnológica ou técnica ou com possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado, nas quais a técnica de execução empregada seja fator preponderante para definição do objeto, bem como para alcançar a finalidade da licitação, sendo a satisfação do interesse público seu maior objetivo. Nos casos em análise, não houve o atendimento a pelo menos uma das condições exigidas para o emprego da contratação integrada.

Cabe à administração pública estadual, portanto, aprimorar o planejamento das licitações referentes às demandas de obras em unidades escolares, bem como realizar estudos capazes de indicar, mediante equipe técnica capacitada, a modalidade e o regime de execução adequados para os certames em questão, visando não incorrer em atos antieconômicos para a administração pública.

Assim, as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no que tange à aplicabilidade da contratação integrada em licitações cujo objeto é a reforma de obra pública, vão ao encontro do posicionamento adotado pela doutrina e pelo Tribunal de Contas da União.

Por fim, não tendo a pretensão de esgotar o assunto, uma vez que inovações tecnológicas e diferentes metodologias poderão surgir, abrindo espaço para novas

discussões, verifica-se que as decisões dos Tribunais de Contas, em especial o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, orientam pela não aplicabilidade da contratação integrada como regime de execução nas reformas de obras públicas submetidas ao Regime Diferenciado de Contratações.

Bibliografia

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: versão atualizada até a emenda nº 91/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. *Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011*. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações públicas – RDC, de que trata a lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. *Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações públicas – RDC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

MENDES, André. *Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas*. São Paulo: Pini, 2013.

SANTA CATARINA. *Decreto nº 1.537, de 10 de maio de 2013*. Dispõe sobre o programa Pacto por Santa Catarina (PACTO). Disponível em: <<http://www.pge.sc.gov.br/index.php/legislacao-estadual-pge>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. *Lei nº 16.020, de 6 de junho de 2013*. Dispõe sobre a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) ao Programa Pacto por Santa Catarina (PACTO). Disponível em: <<http://200.192.66.20/alesc/>>

docs/2013/16020_2013_lei.doc>. Acesso em: 27 abr. 2017.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

O dever do Estado de franquear a informação em linguagem de fácil compreensão previsto na lei 12.527/2011

Danilo Cavalcante Sigarini¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Do direito de acesso à informação e da lei nº 12.527/2011; 2.1 Fundamento constitucional; 2.2 Da importância da Lei de Acesso à Informação; 2.3 Da abrangência da lei; 3. Das diretrizes e conceitos relevantes da lei nº 12.527/2011; 3.1 Diretrizes da lei; 3.1.1 Publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção; 3.1.2 Divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações e utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; 3.1.3 Fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e desenvolvimento do controle social; 3.2 Conceito de informação pública; 4. Do modo do franqueamento da informação e o uso da linguagem de fácil compreensão; 4.1 Deveres no franqueamento da informação; 4.2 Linguagem de fácil compreensão: linguagem cidadã; 4.3 Da relevância na utilização de linguagem de fácil compreensão; 4.4 Dos parâmetros para a materialização da linguagem de fácil compreensão; 4.4.1 Dos manuais de padronização de atos dos entes públicos; 4.4.2 Dos parâmetros sugeridos pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União; 4.4.3 Da utilização dos parâmetros da lei complementar nº 95/98; 4.4.4 Dos parâmetros do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA; 5. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O direito de acesso à informação foi abordado pela lei 12.527/2011 em atendimento à previsão do artigo 5º, XXXIII, da Constituição da República. Com ela, além da publicidade da informação ter se tornado a regra (e o sigilo a exceção), impôs-se ao Poder Público o dever de fornecê-la de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. O objetivo do presente trabalho é justamente analisar a maneira como tal premissa se efetiva uma vez que nem a lei nem o decreto federal que a regulamenta no âmbito da União assim o fazem. Para tanto, contextualizou-se tal obrigação e apresentou-se sugestões de parâmetros para sua materialização como as orientações do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União e as normas fornecidas no Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA. As alternativas apresentadas não se excluem mutuamente e sim, complementam-se, cada qual dentro de suas respectivas particularidades à luz do mandamento de que a garantia

¹ Procurador do Estado de Rondônia. Pós-graduando em direito administrativo e em direito e prática previdenciária pela Universidade Estácio de Sá.

do acesso à informação exige a clareza e compreensão como prioridade e não o estilo da escrita.

1. Introdução

A Constituição da República consagrou no inciso XXXIII, do seu artigo 5º, que “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade*”. A materialização de tal direito se deu apenas após a edição da lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação. Com o advento de tal legislação, efetivou-se a publicidade como regra fundamental de modo que o acesso somente pode ser denegado em situações excepcionais autorizadas em lei e com a devida fundamentação.

Além disso, instituiu-se como dever de o Estado garantir que a informação seja franqueada de forma ágil, transparente em linguagem de fácil compreensão. O atendimento desta última premissa, porém, pressupõe que o Poder Público efetivamente se preocupe com a forma como se entrega a informação de modo a oferecê-la de forma clara e concisa dentro de um contexto que a torne compreensível ao cidadão. Todavia, embora a legislação mencione a obrigação de utilizar-se de tal abordagem, não trouxe consigo parâmetros sobre o conteúdo de tal mandamento. Assim, resta a seguinte questão: como se comunicar de tal modo?

O objetivo do presente trabalho é justamente analisar a maneira pela qual se efetiva tal dever. Para tanto, é necessário contextualizá-lo com as demais previsões legais e constitucionais sobre o tema, bem como apresentar sugestões para sua materialização.

Para o desenvolvimento de tal análise utilizou-se o método da pesquisa bibliográfica baseando-se em referências como artigos e obras que tratam do tema, a exemplo do artigo de Ana Paula de Barcellos (*Acesso à informação: princípios da lei nº 12.527/2011*) e da obra de Márcio Camargo e Xavier, Vitor César Silva (*Lei de acesso à informação: teoria e prática*). Ademais, foram utilizadas as instruções normativas e manuais instituídos pelos órgãos federais referentes à Lei de Acesso à Informação, em especial a Controladoria e da Ouvidoria Geral da União.

O trabalho se estrutura em três capítulos, tratando o primeiro do direito em si de acesso à informação, seu lastro constitucional e legal constante na lei nº 12.527/2011, bem como a importância e abrangência dessa. Posteriormente, aborda-se suas diretrizes e o conceito de informação pública ventiladas na legislação. Após, adentrando-se no cerne da questão em si, aborda-se os deveres do Estado quando do franqueamento da informação (tanto na transparência passiva quanto na ativa) e, ao

final, enfatiza-se o dever de valer-se de linguagem de fácil compreensão pelo cidadão, pontuando-se sua importância, a inexistência de previsão da forma como se dá sua efetivação bem como sugerindo-se parâmetros para se solucionar a tal celeuma.

2. Do direito de acesso à informação e da lei nº 12.527/2011

2.1 Fundamento constitucional

Entende-se² por direito de acesso à informação aquele que assegura a qualquer pessoa o acesso a informações públicas ou sobre si mesmo que estejam armazenadas em arquivos e bancos de dados governamentais e privados, ressalvados às exceções previstas pela lei e pela Constituição³. Essa, por sua vez, em seu artigo 5º, inciso XXXIII, o garantiu como direito fundamental dispondo que *“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade”*. Todavia, o próprio constituinte ressaltou *“aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”*.

Garantiu a Carta Magna ainda, no mesmo artigo, a garantia do inciso XIV de ser *“assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”* bem como a previsão do artigo 37, § 3º, inciso II, que determina que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta *“regulando especialmente, o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo”*. Ainda, mas com outro enfoque, o artigo 216, § 2º, da Carta Magna, que determina caber a administração pública, *“na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”*.

Desse modo, por obrigação constitucional, o Poder Público tem a obrigação de prestar contas e ser transparente no exercício de sua função ao passo que o cidadão tem o direito de saber a forma que seu representante atua em seu nome. Para tanto, exige-se a instituição de canais que efetivamente disponibilizem o acesso à informação, como assim o dispôs a lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI)⁴, objeto da presente análise.

² CEPIK, Marco. *Direito à informação: situação legal e desafios*. Revista IP – Informática Pública, Belo Horizonte, v. 02, nº 2, p. 43-56, dez. 2000. Disponível em: <http://professor.ufrgs.br/marcocepiik/files/cepiik_-_2000_-_direito_informacao_-_ip.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional, promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Último acesso em: 25 abr. 2017.

⁴ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII,

2.2 Da importância da Lei de Acesso à Informação

A Lei de Acesso à Informação, verdade seja dita, não foi a primeira a tratar do acesso à informação após a edição da Constituição da República. Antes, a matéria já encontrava amparo nas leis nº 11.111/2005⁵, 8.159/1991⁶ e em alguns dispositivos da lei 8.112/90⁷ que abordavam o tema, mesmo que tangencialmente. As mencionadas legislações, contudo, sofriam diversas críticas pela doutrina especialmente por focarem mais na proteção das informações do que, efetivamente, na garantia do acesso à informação em si. Somente com o advento da *novel* legislação houve um real enfoque em tal prisma infraconstitucionalmente, destinando-se a assegurar efetivamente o direito fundamental de acesso à informação pelo cidadão garantido constitucionalmente.

Quanto às novidades no conteúdo da legislação, inclusive, Clèmerson Merlin Clève e Julia Ávila Franzoni⁸ indicam como mais impactantes

o fato de tal direito passar de um proclamação para mecanismos concretos de transparência ativa – divulgação espontânea de informações públicas, independentemente de solicitação – e transparência passiva – divulgação de informações públicas em atendimento a uma solicitação. Além disso, a nova lei estabeleceu procedimentos e parâmetros para eventuais restrições de acesso e definiu as responsabilidades dos agentes públicos, civis ou militares, por possíveis violações ao direito de acesso à informação pública.

A lei nº 12.527/2011, em verdade, mais do que parâmetros substantivos estabelece procedimentos para o diálogo e enriquece o processo de interpretação acer-

do art. 5º, no inciso II, do § 3º, do art. 37, e no § 2º, do art. 216 da Constituição Federal; altera a lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

⁵ _____. *Lei 11.111, de 5 de maio de 2005*. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII, do *caput* do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm>. Acesso em: 16 mar. 2017.

⁶ _____. *Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991*. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm>. Acesso em: 4 abr. 2017.

⁷ _____. *Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações federais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm> Acesso em: 20 mar. 2016.

⁸ Ob. cit., p. 24.

ca da aplicação do princípio da transparência do qual o acesso à informação é um dos pilares, ao ampliar os canais e procedimentos, institucionalizados e legítimos, para atuação dos diversos atores envolvidos⁹ assim como garantiu o constituinte originário.

2.3 Da abrangência da lei

A lei tem caráter nacional e observância obrigatória pela União, estados, Distrito Federal e municípios abrangendo os órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo, Legislativo (inclusive Tribunais de Contas) e Judiciário (além do Ministério Público)¹⁰. No entanto, ao mesmo tempo em que vincula todos os entes da Federação, a lei apresenta dispositivos aplicados tão somente à União. Em outras palavras, mesmo nacional tem dispositivos federais, a exemplo de como ocorre nos artigos 16 e 17.

Se a legislação é nacional, poderia-se questionar qual seria o motivo pelo quais estados e municípios disporem de legislação própria já que a lei já lhes é aplicada. Todavia, a regulamentação pelos estados e municípios é recomendada pelo próprio Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União¹¹ vez que é com essa que se adequa as regras genéricas e abstratas da lei às especificidades locais, de modo a conferir uma maior efetividade ao exercício do direito de acesso às informações. Tanto é assim que no próprio âmbito federal, há regulamentação através do decreto nº 7.724/2012.¹²

Além dos acima mencionados, igualmente, submetem-se à tal regramento as respectivas autarquias, fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente por tais esferas de poder.

⁹ NASCIMENTO ROCHA, Heloísa Helena. *Transparência e accountability no estado democrático de direito: reflexões à luz da Lei de Acesso à Informação*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – transparência e controle social. Edição Especial – Ano XXX. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1682.pdf>, p. 6. Acesso em: 06 abr. 2017.

¹⁰ Cf. artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Acesso à Informação.

¹¹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. *Guia técnico de regulamentação da Lei de Acesso à Informação em municípios e check list*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/guia_checklist.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2017.

¹² _____. *Decreto Federal nº 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII, do caput do art. 5º, no inciso II, do § 3º, do art. 37, e no § 2º, do art. 216, da Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Último acesso em: 25 fev. 2017.

Quanto às autarquias, em especial àquelas possuidoras do *status* de agências reguladoras, embora se submetam integralmente ao regime de direito público, é necessário observar que a aplicação da lei não lhes é irrestrita, pois, dentro do seu mister de regularização e fiscalização detém em seu poder informações privadas produzidas por aqueles que lhe estejam sob sua fiscalização. Assim, mesmo as custeando não lhe é imposta a divulgação quando houver prejuízo à competitividade e a livre iniciativa de tais empresas.

Especificamente quanto às empresas estatais que explorem a atividade econômica, aliás, a submissão ao regime em questão também é aplicável de forma diferenciada em virtude do regime jurídico híbrido a que estão submetidas já que são regidas por normas de direito privado no exercício de tal função ao mesmo tempo em que se submetem a regras de direito público em sua relação jurídica com o ente público a ela vinculado. Assim, para entidades em tais hipóteses haveria apenas uma aplicação parcial da legislação, excetuando-se da divulgação às informações referentes à exploração direta de mercado. Todavia, no tocante à sua relação jurídica com o Estado, a divulgação das informações é a regra e o sigilo a exceção. Tanto é assim que a lei 13.303/2016¹³ (Estatuto das Empresas Estatais) prevê em seu artigo 83 que estas deverão disponibilizar *“para conhecimento público, por meio eletrônico, informação completa mensalmente atualizada sobre a execução de seus contratos e de seu orçamento, admitindo-se retardo de até 2 (dois) meses na divulgação das informações”*.

Além disso, também se submetem à legislação as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para a realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, no que se refere à parcela de recursos públicos recebidos e à sua destinação¹⁴. Essas, porém, submetem-se às regras da Lei de Acesso à Informação apenas no montante de recursos públicos recebidos por elas, sendo que em relação às demais atividades em que não haja qualquer contrapartida do Poder Público, não há obrigatoriedade de tal divulgação.

¹³ BRASIL. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>. Acesso em: 25 fev. 2017.

¹⁴ Cf. Artigo 2º da LAI.

3. Das diretrizes e conceitos relevantes da lei nº 12.527/2011

3.1 Diretrizes da lei

O artigo 3º da LAI institui três mandamentos relevantes. Primeiramente, determina que os procedimentos descritos na lei se destinem a assegurar o direito fundamental de acesso à informação, demonstrando assim, prisma orientador que deverá ser observado na interpretação na lei. Em segundo lugar, reforçando o conteúdo normativo da Constituição, impõe a necessidade de observâncias dos princípios constitucionais da administração pública na execução de suas disposições. Passadas tais premissas, determina que os procedimentos nela previstos devam ser executados em conformidade com as seguintes diretrizes: observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção (inciso I); divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações (inciso II); utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação (inciso III); fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública (inciso IV) e desenvolvimento do controle social da administração pública (inciso V). Os quais se analisa a seguir¹⁵.

3.1.1 Publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção

Tal diretriz é fundamento que norteia toda a aplicação da lei.

Estabelece ele a publicidade das informações públicas como a regra, de modo que o acesso somente pode ser denegado em situações excepcionais autorizadas legislativamente mediante fundamentação. Essa, inclusive, é passível de controle pelo Poder Judiciário.

Todavia, há exceções. O próprio inciso XXXIII do artigo 5º excetua de tal acesso as informações “*cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*”. Tais situações, aliás, foram dispostas pela Lei de Acesso em seu artigo 23, o qual entendeu, dentre outras hipóteses, por exemplo, como aquelas que possam pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional. As informações de tal caráter poderão ser classificadas como ultrassecreta, secreta ou reservada, observado o interesse público e à luz da premissa de valer-se do critério menos restritivo possível, bem como a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado e o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação: os princípios da lei 12.527/2011. *Revista Quaestio Juris*. v. 8, nº 3, Rio de Janeiro, 2015, pp. 1.741-1.750. DOI: 10.12957/rqi.2015.18181, p. 1.743. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/18818>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

defina seu termo final, conforme determinado pelo artigo 25 da lei.

Mesmo havendo as possibilidades de restrição, como a publicidade é a regra, tem-se a obrigação de que seja divulgada a informação na maior plenitude possível ao interessado caso não seja viável fornecê-la de maneira integral. Nesse sentido, inclusive, o artigo 7º, § 2º da lei, ao estabelecer que quando não for possível o fornecimento integral da informação *“é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo”*. Assim, a inexistência de acesso à integralidade do conteúdo não é motivo para sua negativa.

3.1.2 *Divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações e utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação*

A lei previu duas espécies de transparência, quais sejam, passiva e ativa.

A passiva é aquela que se formaliza mediante solicitação do cidadão. Sua efetivação é viabilizada mediante a obrigação de criação dos Serviços de Informação ao Cidadão (SIC) em seus órgãos e entidades, cujo objetivo é atender e orientar o público quanto às informações, informar sobre a tramitação de documentos e protocolizar documentos e requerimentos de acesso à informação (artigo 9º). Uma vez recebido o pleito, o órgão ou entidade deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível (artigo 11 da LAI). Caso isso não seja possível, o pedido deverá ser atendido em prazo não superior a 20 (vinte) dias, o qual poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, com cientificação do requerente (§ 1º).

Por sua vez, entende-se por transparência ativa a divulgação de informações de interesse público por iniciativa da própria administração pública, independentemente de solicitações. Dispôs assim o artigo 8º da legislação, que órgãos e entidades públicas devem promover, independentemente de requerimentos, *“a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas”*.

As informações que devem ser disponibilizadas são listadas em rol exemplificativo previsto no parágrafo primeiro do mesmo artigo 8º o qual as elenca, dentre outras coisas, como o registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público (inciso I); os registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros (inciso II) e respostas a perguntas mais frequentes da sociedade (inciso V).

Tal divulgação, porém, não poderá ocorrer de qualquer modo, devendo os órgãos e entidades públicas se valerem, preferencialmente, dos meios de comuni-

cação viabilizados pela tecnologia da informação. Ora, se o ordenamento jurídico transcende a barreira da mera publicidade dos atos, deve o Poder Público utilizar de todos os meios capazes de proporcionar ciência e conhecimento do conteúdo de seus atos aos administrados.

Assim sendo, é obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (artigo 8º, § 2º), os quais devem, dentre outras coisas (§ 3º), conter formulário para pedido de acesso à informação, ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão (inciso I) e garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência (inciso V). Tal divulgação na *internet* não é obrigatória, porém, para municípios de população de até 10.000 (dez mil) habitantes, sendo mantida, porém, a obrigatoriedade de divulgação de informações relativas à execução orçamentária e financeira nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 8º, § 4º).

Vale o registro, ainda, que a obrigatoriedade de publicações específicas de maneira proativa pelo Poder Público não é prática consagrada em outros países¹⁶. Na Suécia, por exemplo, embora haja a cultura de publicação de informações de interesse coletivo, não há imposição legal nesse sentido. Na Inglaterra, também é usual a divulgação de informações sobre a estrutura e as atividades desenvolvidas, conquanto, também não haja uma lista de informações específicas obrigatórias que cada órgão tem a obrigação de publicar. Já nos Estados Unidos da América, assim como no Brasil, há prescrição legal mínima sobre o que dever ser publicado.

3.1.3 Fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e desenvolvimento do controle social

Ao mesmo tempo em que o sigilo se tornou exceção, o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência foi elevado a um dos pilares sobre o qual se edifica o efetivo acesso à informação. Buscou a legislação combater a cultura de sigilo que usualmente prevaleceu na gestão pública e em seu lugar instituir a cultura da transparência.

A mudança de tal paradigma, porém, não é automática simplesmente por estar presente na Lei de Acesso. Exige-se, por exemplo, que o ente público realize ações para capacitar os seus servidores para fornecerem as informações à população (espontaneamente ou quando solicitado) bem como buscar conscientizar a popula-

¹⁶ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. *Aplicação da Lei de Acesso à Informação em recursos à CGU*. Brasília, agosto/2015. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/aplicacao-da-lai-em-recursos-a-cgu.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

ção no que se refere aos mecanismos de acesso a tais informações. Se a informação pertence ao cidadão e não ao ente público, para que seja implementada tal diretriz, é fundamental tanto que quem a forneça esteja qualificado para assim o realizar como que seu titular tenha conhecimento e fácil acesso aos mecanismos para buscá-la.

Nesse panorama, a obrigação da utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação é fundamental. A divulgação e disponibilização em sítios oficiais e portais de transparência de informações e a existência de formulários e ferramentas de pesquisa de conteúdo materializam a obrigação da cultura de transparência possibilitando uma maior proximidade entre Estado e cidadão. Em âmbito federal, por exemplo, cita-se o Portal da Transparência¹⁷ e o Programa Brasil Transparente¹⁸.

Além disso, é fundamental que a sociedade, após tomar conhecimento de tal arcabouço de informações, saiba como usá-lo para acompanhar as ações governamentais exercendo efetivamente um controle social dos atos dos seus representantes. Em que pese não ser atribuível à lei a tarefa de produzir convencer as pessoas de que é vantajoso acompanhar regularmente os atos de seus governantes, no entanto, a falta de informação sobre as questões públicas pode e deve ser combatida. Franqueando-se as informações de fácil acesso e compreensão para o público, as dificuldades acima relatadas serão minoradas, contribuindo-se para a construção da cultura de transparência e viabilizando o controle social.

3.2 Conceito de informação pública

O artigo 4º da lei traz o conceito de informação como sendo “*dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato*” (artigo 4º, I). Pode esta, aliás, estar contida em qualquer meio, suporte ou formato, seja físico, eletrônico, na forma de gravação, áudio ou vídeo.

Porém, a legislação não define específica e precisamente o que é informação pública. Tal ausência de conceito é relevante na medida em que a Constituição da República garante além do acesso a informações de interesse particular, aquelas de interesse coletivo ou geral.

De plano, a informação não é pública simplesmente por ser produzida ou custodiada pelo Poder Público. Há informações produzidas por outros entes que

¹⁷ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Portal da Transparência. Governo Federal. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/>>. Último acesso em: 23 mar. 2017.

¹⁸ _____. Brasil transparente. *Transparência pública*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/brasil-transparente>>. Último acesso em: 23 fev. 2017.

também são inseridas em tal conceito (a exemplo das entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos – artigo 2º da lei) bem como aquelas que são de posse do ente público, mas que não podem ser divulgadas (como ocorre com as empresas estatais atuantes no regime de concorrência quando o conteúdo possam vir a causar risco à competitividade e governança – artigo 5º, § 1º, do decreto federal nº 7.724/2012).

Diante da insuficiência desse conceito, Ana Paula de Barcellos aponta como solução analisar o tipo de interesse por trás da informação visando classificá-la. Logo, informação pública seria aquela que envolve interesse público. A autora cita a existência de pelo menos dois deles, a saber: o interesse relacionado com o controle social e o interesse vinculado ao cidadão usuário dos serviços prestados pelo Poder Público¹⁹. O primeiro seria a atividade de monitoramento das ações estatais e de reação a elas (tais como protestos, manifestações públicas e opções eleitorais) ao passo que o segundo seria o interesse vinculado ao cidadão usuário dos serviços prestados, diretamente ou mediante delegação, os quais se vinculam com a promoção e a proteção dos direitos fundamentais. Assim, a informação pública é aquela cujo conteúdo viabiliza o controle social ou a referente ao interesse vinculado do cidadão usuário dos serviços que lhe são prestados pelo Poder Público.

Logo, pode-se dizer que o conceito em voga é amplo, garantindo-se o acesso além das informações de interesse particular, àquelas de interesse coletivo produzidas ou custodiadas pelo Poder Público. Tutela-se a informação como um todo, estando apenas de fora de sua proteção às exceções previstas legal ou constitucionalmente em prestígio à diretriz básica da lei nº 12.527/11 de que a publicidade é a regra e o sigilo a exceção (artigo 3º, I).

Diferencia a lei, ainda, informação sigilosa de informação pessoal.

A primeira é *“aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado”* (artigo 4º, III). É a informação ainda que pública, que tem sua divulgação restrita por ser imprescindível à segurança do Estado e da sociedade.

Por sua vez, a segunda é *“aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”* (artigo 4º, IV). É a que diz respeito à intimidade particular de alguém, ainda que esteja registrada ou custodiada pelo Poder Público. Quanto a tal modalidade, determina o artigo 31 que seu tratamento *“deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”*.

¹⁹ *Ob. cit.*, p. 1.751.

4. Do modo do franqueamento da informação e o uso da linguagem de fácil compreensão

4.1 Deveres no franqueamento da informação

Além de garantir o acesso, a lei nº 12.527/2011 foi além, instituindo ainda a forma como a informação deverá ser franqueada. Nesse espeque, diz seu artigo 5º ser “*dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão*”. Tamanha a importância de tal preceito que Juliano Heinen²⁰ o entende como um resumo do escopo da legislação.

O intuito legal com a mencionada determinação foi efetivar a premissa de que não basta entregar a informação ao cidadão. É necessário que a entrega se dê de forma ágil, transparente e, principalmente, que o cidadão a compreenda para que possa participar do debate político e da gestão do Estado de maneira eficiente. Franquear a informação sem tal compromisso é esvaziar a garantia constitucional em questão. É certo que a ação estatal não terá como garantir que, de fato, as pessoas terão conhecimento e compreensão total de tais atos, contudo, é imprescindível que se crie as melhores condições para que isso seja possível.

Antes de se abordar o uso da linguagem de fácil compreensão, objeto do presente estudo, necessário se deter previamente sobre os demais mandamentos presentes no dito comando normativo, ressaltando-se o que já foi dito referente ao direito de acesso à informação em si.

Primeiramente, a informação deve ser garantida mediante procedimentos objetivos e ágeis tanto quanto solicitada pelo interessado como disponibilizada proativamente pelo Poder Público. Como regra geral, os pedidos devem ser atendidos prontamente. Somente quando isso não for possível, poderá ser prestada dentro do prazo de vinte dias, prorrogáveis por mais dez, mediante justificativa expressa. Em tal resposta o Poder Público deve comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão bem como, se for o caso, indicar os motivos da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido ou comunicar que não possui a informação, indicando, se tiver conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação (artigo 11, *caput*, §§ 1º e 2º).

No que tange à transparência ativa, o artigo 8º, *caput*, da legislação determina ser dever do Estado promover a divulgação em local de fácil acesso de informações

²⁰ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei nº 12.527/2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 130.

de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas determinando-se a divulgação obrigatória pela internet (§ 2º), no qual entre outras coisas, deve constar “*ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão*” (§ 3º, inciso I).

Além disso, o franqueamento deve ser realizado de forma clara e transparente, propiciando seu amplo acesso a sua divulgação (artigo 6º, § 1º) sendo garantido, inclusive, quando da negativa, o acesso aos documentos ou às informações utilizadas como fundamento da decisão denegatória bem como o direito de ser informado sobre a possibilidade de recursos, prazos e condições para sua interposição com a indicação da autoridade competente para apreciação (artigo 8º, § 3º).

Por derradeiro, determina o artigo 5º que a informação, além de ser franqueada através de procedimentos objetivos e ágeis e de forma transparente e clara, deve o Poder Público valer-se de linguagem de fácil compreensão ao cidadão, característica que se abordará a seguir.

4.2 Linguagem de fácil compreensão: linguagem cidadã

A comunicação através de linguagem de fácil compreensão contida no artigo em comento é chamada de linguagem cidadã. Tratando de tal abordagem, a Ouvidoria Geral da União no artigo 4º, parágrafo único, da instrução normativa nº 01/2014²¹ a entende “*aquela que, além de simples, clara, concisa e objetiva, considera o contexto sociocultural do interessado, de forma a facilitar a comunicação e o mútuo entendimento*”. Em poucas palavras, linguagem cidadã é aquela que o cidadão consegue entender. É aquela clara, concisa, objetiva, desburocratizada. A materialização de tal premissa será abordada adiante.

Pontua-se que previsão semelhante já existia desde a Carta de Serviços do Cidadão criada pelo decreto nº 6.932/2009²², no qual se determinou que os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal devem observar como diretriz na relação entre si e o cidadão a “*utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de sigla, jargões e estrangeirismos*” (artigo 1º, VII). Lembra-se, ainda que, especificamente no tocante à divulgação de dados e informações dos órgãos e entidades da administração pública federal por meio da *internet*, em 16 de março de

²¹ BRASIL. *Instrução normativa nº 1 da Ouvidoria Geral da União, de 5 de novembro de 2014*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in-ogu-01-2014.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

²² BRASIL. *Decreto federal nº 6.932, de 11 de agosto de 2009*. Dispõe sobre a simplificação do atendimento público prestado ao cidadão, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma em documentos produzidos no Brasil, institui a “Carta de serviços ao cidadão” e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6932.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

2016 foi editada a portaria interministerial nº 140²³, a qual, com lastro no decreto nº 5.482/2005²⁴ (que tratou do tema e instituiu o portal da transparência no âmbito federal) já instituiu que no âmbito do Poder Executivo Federal as informações deveriam ser apresentadas de maneira simples, com a utilização de recursos de navegação intuitiva a qualquer cidadão (artigo 16).

A utilização de tal linguagem deve ser observada tanto quanto do fornecimento das informações via transparência ativa e passiva. Ainda, tal esclarecimento de ser buscado também as hipóteses de negativa de acesso vez que a legislação não faz tal distinção.

4.3 Da relevância na utilização de linguagem de fácil compreensão

Mais que uma opção legislativa, a utilização da linguagem cidadã como mandamento transparece o mandamento instituído pela Constituição da República em seu artigo 1º. Se todo poder emana do povo (que o exerce através de seus representantes eleitos ou diretamente), agindo o administrador público em nome da coletividade, é imprescindível que seja dado conhecimento a todos os administrados das atividades desenvolvidas no exercício da função administrativa.

Contudo, não basta isso. A efetividade do acesso às informações necessita da devida preocupação com a compreensão daquilo que está escrito. Apenas com a adequação da linguagem para a realidade do cidadão é que, de fato se possibilita a democratização ao acesso às ações do Poder Público. Em outras palavras: não basta apenas publicar a informação. O Poder Público tem o dever de se fazer entender pelo cidadão. Para tanto, é primordial que a informação oferecida seja clara e concisa dentro de um contexto que a torne compreensível de forma significativa, sob pena de esvaziamento da garantia constitucional.

A utilização de linguagem mais acessível ao cidadão não diminui o respeito e nem torna o discurso raso e fraco, e sim, dentre outras coisas, legitima a atuação estatal sendo primordial a exposição da informação de forma clara e objetiva e de fácil compreensão.

²³ _____. *Portaria interministerial nº 140, de 16 de março de 2006*. Disciplina a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal por meio da rede mundial de computadores – internet – e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu-mpog_140_2006.pdf>. Último acesso em: 10 abr. 2017.

²⁴ _____. *Decreto federal nº 5.482, de 30 de junho de 2015*. Dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por meio da rede mundial de computadores – internet. Portal da Legislação. Brasília, jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5482.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

4.4 Dos parâmetros para a materialização da linguagem de fácil compreensão

No entanto, embora a legislação mencione a obrigação de utilizar-se linguagem de fácil compreensão, não trouxe consigo parâmetros sobre o conteúdo de tal mandamento. Na seara federal, igualmente o decreto nº 7.724/2011, silencia quanto a tal ponto. Assim, resta a seguinte questão: como se comunicar através de linguagem de fácil compreensão?

Ante tal panorama, analise-se como sugestão para a materialização de tal dever a utilização dos seguintes parâmetros: manuais de padronização de atos administrativos dos entes públicos, os parâmetros indicados pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e da Controladoria Geral da União, a lei complementar nº 98/95²⁵ e as diretrizes do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA²⁶.

É certo, porém, que independentemente do parâmetro, o que se deve ter sempre em vista, que a garantia do acesso à informação exige a clareza e compreensão como prioridade e não o estilo da escrita, motivo pelo qual todas as alternativas devem ser assim analisadas e, se possível, conjugadas visando tornar a mensagem o mais compreensível ao cidadão.

4.4.1 Dos manuais de padronização de atos dos entes públicos

Inicialmente como sugestão de parâmetro pode-se utilizar, naquilo que couber, os pressupostos de técnica normativa já instituídos internamente no âmbito dos entes públicos vistas a padronização dos seus atos administrativos em seus manuais oficiais. Exemplo de tal categoria é o disponibilizado pelo Senado Federal²⁷ e pela Presidência da República²⁸.

²⁵ BRASIL. *Lei complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único, do art. 59, da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp95.htm>. Último acesso em: 10 abr. 2017.

²⁶ _____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Plano Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA. Fugindo do “burocratês”: como facilitar o acesso do cidadão ao serviço público*. Disponível em: <http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/linguagem_cidadada_-_versao_final_web.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2017.

²⁷ _____. Congresso Nacional. Senado Federal. *Manual de padronização de atos administrativos normativos*. Brasília: 2002. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496338/000960587.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

²⁸ BRASIL. Presidência da República. *Manual de redação da Presidência da República*. 2. ed. rev. e atual. – Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

Se tais entes o utilizam quanto ao correto emprego da linguagem e das estruturas formais do discurso, de fato, é necessário que tais parâmetros sejam observados naquilo que for possível. No entanto, ressalva-se novamente que deve ser dada interpretação conforme o arcabouço jurídico garantido pela Constituição e pela legislação, podendo-se aplicar tais parâmetros tão somente naquilo que seja consentâneo com o sistema jurídico de garantia de acesso à informação já que tais orientações tiveram por intenção a padronização da linguagem e dos atos de tais entes, e não o enfoque da fácil compreensão da linguagem.

Assim, tais regras devem realmente possibilitar a elaboração de comunicações claras, concisas e de fácil compreensão haja vista que o objetivo da Constituição da República e da legislação é que haja a recepção correta da mensagem e não sua mera transmissão.

4.4.2 Dos parâmetros sugeridos pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União

O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União disponibiliza em seu sítio oficial orientações para que a linguagem utilizada nas respostas aos pedidos de acesso busque ao máximo a aproximação entre a administração pública e o cidadão. Exemplo de tal acervo, cita-se o contido no manual de aplicação de Lei de Acesso à Informação em recursos à CGU²⁹, o manual para ouvidores federais (instrução normativa nº 1 da Ouvidoria Geral da Controladoria Geral da União)³⁰ e da Ouvidoria Pública³¹.

Para tanto, preceitua-se que informação deve ser oferecida de forma clara e concisa, de maneira a possibilitar a compreensão da mensagem de forma significativa pelo receptor. Por exemplo, recomenda-se a utilização de frases em discurso direto bem como transformar a linguagem tecnicista (muito comum nas informações geradas pelo setor público), numa linguagem dialógica, objetiva e compreensível ao público.

Pontua-se, porém, que embora demonstre de fato a utilização na prática da linguagem cidadã, tais materiais não abordam especificamente a linguagem cidadã,

²⁹ Ob. cit., p. 20.

³⁰ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Ouvidoria Geral da União. Manual para ouvidores federais. Brasília, março de 2015, p. 22. Disponível em: <<http://www.ouvidorias.gov.br/ouvidorias/legislacao/instrucao-normativa/manual-instrucao-normativa.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

³¹ _____. Manual de Ouvidoria Pública. Edição revisada e ampliada da coleção OGU, rumo ao sistema participativo, p. 59. Disponível em: <<http://www.ouvidorias.gov.br/ouvidorias/orientacoes/manual-de-ouvidoria-publica.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

ocupando-se, em verdade, com a Lei de Acesso à Informação como um todo. Assim, mesmo importante, tal parâmetro por si só não exaure tal dever.

4.4.3 Da utilização dos parâmetros da lei complementar nº 95/98

Outra sugestão é valer-se dos mesmos princípios estabelecidos no art. 11 da lei complementar nº 95/98 para elaboração e alteração das leis, quais sejam: clareza, precisão e observância à ordem lógica. Nessa linha de raciocínio, com vistas à obtenção da clareza do discurso (inciso I), deve-se, por exemplo, usar as palavras e expressões em sentido comum através de frases curtas na ordem direta. Por sua vez, a precisão do conteúdo (inciso II) é feita, *exempli gratia*, valendo-se de termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional (evitando o uso de expressões locais ou regionais) bem como evitar o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico. Já a ordem lógica (inciso III) é atendida restringindo-se o conteúdo de cada informação a um único assunto ou princípio.

Ora, se a técnica legislativa exige o correto emprego da linguagem e das estruturas formais do discurso com vistas a garantir a segurança jurídica quanto ao fiel conteúdo da lei (fonte primária de obrigação) para o cidadão, naturalmente pode-se defender que tais parâmetros devem ser observados também para que o cidadão possa compreender as informações fornecidas pelo Poder Público.

Todavia, como já dito anteriormente, não se pode perder de vista o arcabouço jurídico garantido pela Constituição e pela lei devendo ser aplicado como solução naquilo que for possível. Embora seja inegável que a lei deve ser compreensível a todos, a garantia de acesso à informação vai além já que permite vencer as barreiras da formalidade. Pela busca pela real compreensão, por exemplo, permite-se utilizar-se de formas diferentes de abordagem a depender do público-alvo destinatário da informação e do meio de comunicação (a *internet*, por exemplo), o que não é possível quando da elaboração da legislação. Assim, devem tais aspectos serem observados.

4.4.4 Dos parâmetros do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA

Como outro paradigma apresenta-se como parâmetro as sugestões disponibilizadas pelo Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA em seu *site* oficial. O objetivo de tal programa foi de contribuir para a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos, o que necessariamente pressupõe uma fácil compreensão do cidadão quanto às informações

prestadas pelo Poder Público.

Nesse esboço, o primeiro passo a ser observado para se comunicar valendo-se da linguagem cidadã é o planejamento. Aqui, deve-se buscar determinar com quem se busca comunicar, adaptando-se a linguagem e forma de desenvolvimento das ideias contidas na mensagem justamente para que se possa repassar a informação e o público-alvo consiga entendê-la. É necessário nessa etapa, ainda, que se busque conhecer minimamente quem é o público-alvo da informação devendo-se ter em mente o que já se sabe sobre o assunto.

Além disso, deve-se buscar a organização e estruturação da mensagem já que tais parâmetros possam influenciar no maior interesse do cidadão pelo seu conteúdo bem como melhorar a compreensão do que se pretende passar. Por exemplo, sugere-se a utilização de segmentos pequenos de textos, utilização de gráficos, tabelas e títulos para substituir blocos de texto, utilização de listas, dentre outros recursos.

Uma vez superada a fase de planejamento, aí sim, deve-se focar na utilização de linguagem clara, objetiva e de fácil compreensão.

Para tanto, orienta o programa a utilização de uma escrita direta, assertiva e sem palavras ou expressões dúbias em vagas que possam gerar mais de uma interpretação. É primordial, ainda, que sejam enfatizadas e repassadas as informações definidas como regras e não pelas exceções, preferencialmente utilizando-se do uso de exemplos para esclarecer conceitos complexos e substituir longas informações possibilitando, inclusive, o público a se identificar com a mensagem que se pretende divulgar.

Além disso, deve-se buscar escolher cuidadosamente as palavras a serem utilizadas devendo ser utilizado sempre o termo no contexto de sua definição mais conhecida e aquele mais associado com a ideia que se busca transmitir. Ainda, para evitar confundir o cidadão, a mesma palavra deve ser aplicada quando se buscar atingir o mesmo conceito, mesmo que isso torne o texto repetitivo. Aqui se exige a clareza como prioridade e não o estilo da escrita.

Igualmente, deve-se evitar o uso de palavras e expressões que não acrescentem ao conteúdo do que se pretender transmitir bem como a utilização de siglas, abreviações, palavras exóticas, termos obsoletos, estrangeirismos e jargões. É importante ter em mente que se deve escrever visando atender o seu público-alvo, adaptando-se a linguagem e vocabulário para o cidadão. Caso haja públicos diferentes, devem estes ser tratados separadamente. Isso evita confusão e ajuda o cidadão a achar mais facilmente a informação que lhe interessa. Posteriormente, além do planejamento e da adequação da linguagem, deve-se, antes do fornecimento da informação, proceder com a revisão do seu conteúdo.

É importante ponderar a situação da linguagem a ser utilizada através da

rede mundial de computadores. Tal realidade traz peculiaridades que não podem ser ignoradas pelo Poder Público na disponibilização da informação. Por exemplo, segundo informado pela GESPÚBLICA³², os usuários leem em média apenas 18% (dezoito por cento) do conteúdo escrito de uma página na *internet* bem como ou usuários levam, em média, cinco segundos após entrar em uma página para decidir se a mesma é ou não útil.

Ante tal realidade, a abordagem deve levar em consideração tal panorama adequando-se para que possa ser recebida e entendida pelo usuário. Assim, *verbi gratia*, orienta-se que as informações mais importantes figurem em destaque inicial (para evitar que os usuários abandonem as páginas de plano), bem como que haja readequação de um texto escrito em outro formato (visando torná-lo mais atrativo), conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que possibilite o acesso direto ao que se pretende encontrar bem como seção específica com as perguntas mais frequentes e as respectivas respostas.

Seja dentro ou fora do mundo virtual, a utilização de tal abordagem sugerida pela GESPÚBLICA é importante ferramenta para se atingir ao fim aqui analisado. Contudo, para tanto, é necessário não se perder de vista, a informação só estará, de fato, acessível à compreensão quando o cidadão poderá nela encontrar o que precisa, entenda o que nela se encontrou e utilize o conhecimento adquirido com isso para atender as suas necessidades.

A utilização de linguagem mais acessível ao cidadão não substitui a formalidade que rege a administração pública, e sim, legitima a atuação estatal na forma como garantiu a Constituição da República, sendo primordial a exposição da informação de forma clara e objetiva e de fácil compreensão.

5. Conclusão

A Constituição da República garante o direito de acesso à informação em seu artigo 5º, inciso XXXIII. A materialização de tal direito ocorreu com a lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

A mencionada legislação, além de tonificar a publicidade como regra e tornar o sigilo como exceção, instituiu em seu artigo 5º como dever do Estado o franqueamento da informação de linguagem de fácil compreensão. No entanto, embora atribua tal encargo, a lei não trouxe consigo parâmetros sobre o conteúdo de tal mandamento. O objetivo do presente trabalho foi justamente analisar a maneira pela qual se materializa tal dever.

Ante tal panorama, trouxe quatro parâmetros como sugestão de materialização.

³² Ob. cit., p. 8.

Quanto aos manuais de padronização dos entes públicos, concluiu-se que, embora tais parâmetros devam ser observados quanto ao correto emprego da linguagem e das estruturas formais do discurso, é necessário que tais parâmetros sejam observados à luz do arcabouço jurídico garantido pela Constituição da República e pela lei nº 12.527/2011, já que tais orientações tiveram por intenção justamente a padronização da linguagem e dos atos de tais entes, e não o enfoque da linguagem de fácil compreensão pelo cidadão.

Como segundo parâmetro, analisou-se o material disponibilizado pelo próprio Ministério da Transparência, Fiscalização em seu sítio oficial. Concluiu-se, porém, que embora demonstre de fato a utilização na prática da linguagem cidadã, os materiais disponibilizados pelo ente não abordam especificamente a linguagem cidadã, ocupando-se, em verdade, com a Lei de Acesso à Informação como um todo, motivo pelo qual devem ser analisados com outros paradigmas.

Ainda, analisou-se os princípios contidos na lei complementar nº 95/98 buscando-se obter a clareza, precisão e observar a ordem lógica da explanação. Todavia, tal solução deva ser aplicada como solução naquilo que for possível já que embora seja inegável que uma lei deve ser compreensível a todos, a garantia de acesso à informação vai além já que permite vencer as barreiras da formalidade permitindo a utilização de formas diferentes de abordagem a depender do público-alvo destinatário da informação e do meio de comunicação.

Como quarta sugestão, analisou-se o estabelecido pelo Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA. Nessa visão, após as etapas de planejamento e estruturação da mensagem, dentre outras coisas, orientou-se focar na utilização de linguagem clara, objetiva e de fácil compreensão do cidadão através, dentre outras coisas, da utilização de uma escrita direta, assertiva e sem palavras ou expressões dúbias em vagas que possam gerar mais de uma interpretação.

Ante tal panorama, percebeu-se que independentemente do parâmetro utilizado, deve-se ter sempre em vista que a garantia do acesso à informação exige a clareza e compreensão como prioridade e não o estilo da escrita, motivo pelo qual se conclui que todas as alternativas apresentadas não se excluem mutuamente e sim, complementam-se, cada qual dentro de suas respectivas particularidades à luz da busca da linguagem de fácil compreensão.

Bibliografia

BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à Informação: os princípios da lei 12.527/2011. *Revista Quaestio Juris*. v. 08, nº 3, Rio de Janeiro, 2015, pp. 1.741-1.750. DOI: 10.12957/rqi.2015.18181. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/>

index.php/ quaestioiuris/article/view/18818>. Acesso em: 7 jun. 2017.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. *Manual de padronização de atos administrativos normativos*. Brasília: 2002. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496338/000960587.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional, promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. *Decreto federal nº 5.482, de 30 de junho de 2015*. Dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por meio da rede mundial de computadores – internet. Portal da Legislação. Brasília, jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5482.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. *Decreto federal nº 6.932, de 11 de agosto de 2009*. Dispõe sobre a simplificação do atendimento público prestado ao cidadão, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma em documentos produzidos no Brasil, institui a “Carta de serviços ao cidadão” e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6932.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. *Decreto federal nº 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII, do caput do art. 5º, no inciso II, do § 3º, do art. 37, e no § 2º, do art. 216, da Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. *Instrução normativa nº 1 da Ouvidoria Geral da União, de 5 de novembro de 2014*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in-ogu-01-2014.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações federais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>

Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. *Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991*. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. *Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005*. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII, do caput do art. 5º, da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII, do art. 5º, no inciso II, do § 3º, do art. 37, e no § 2º, do art. 216, da Constituição Federal; altera a lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. *Lei complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59, da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp95.htm>. Último acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Plano Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA. *Fugindo do “burocratês”*: como facilitar o acesso do cidadão ao serviço público. Disponível em: <http://www.GESPÚBLICA.gov.br/sites/default/files/documentos/linguagem_cidada_-_versao_final_web.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União.

Aplicação da Lei de Acesso à Informação em recursos à CGU. Brasília, agosto/2015. Disponível em: <<http://www.acessoinformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/aplicacao-da-lai-em-recursos-a-cgu.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. *Guia técnico de regulamentação da Lei de Acesso à Informação em municípios e check list*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasiltransparente/arquivos/guia_checklist.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2017.

_____. *Portaria interministerial nº 140, de 16 de março de 2006*. Disciplina a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal por meio da rede mundial de computadores – internet – e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgumpog_140_2006.pdf>. Último acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Presidência da República. *Manual de redação da Presidência da República*. 2. ed. rev. e atual. – Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CEPIK, Marco. *Direito à informação: situação legal e desafios*. *Revista IP – Informática Pública*, Belo Horizonte, v. 02, nº 2, p. 43-56, dez. 2000. Disponível em: <http://professor.ufrgs.br/marcocepik/files/cepik_-_2000_-_direito_informacao_-_ip.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei nº 12.527/2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Ouvidoria Geral da União. *Manual para ouvidores federais*. Brasília, março de 2015, p. 22. Disponível em: <<http://www.ouvidorias.gov.br/ouvidorias/legislacao/instrucao-normativa/manual-instrucao-normativa.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Brasil transparente. *Transparência pública*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/brasil-transparente>>. Último

acesso em: 23 jun. 2017.

_____. *Manual de Ouvidoria Pública. Edição revisada e ampliada da coleção OGU, rumo ao sistema participativo*. Disponível em: <<http://www.ouvidorias.gov.br/ouvidorias/orientacoes/manual-de-ouvidoria-publica.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. *Portal da Transparência*. Governo Federal. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/>>. Último acesso em: 23 jun. 2017.

NASCIMENTO ROCHA, Heloísa Helena. *Transparência e accountability no estado democrático de direito: reflexões à luz da Lei de Acesso à Informação*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – Transparência e Controle Social. Edição Especial – Ano XXX. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1682.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

A proteção do meio ambiente como dever fundamental no Brasil e na Espanha

Diogo Marcel Reuter Braun¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Deveres fundamentais; 3. Ponderações sobre o meio ambiente; 4. Dever fundamental de defesa e proteção do meio ambiente no Brasil; 5. Dever fundamental de conservação do meio ambiente na Espanha; 6. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar a proteção do meio ambiente, como dever fundamental, nas Constituições brasileira e espanhola. Para tanto, traça-se um breve estudo sobre a teoria dos deveres fundamentais, abordando sua influência para a concepção de um estado pautado pela participação cidadã das pessoas, no cumprimento de objetivos constitucionais. Em seguida, faz-se uma abordagem acerca do meio ambiente, com aspectos históricos e conceituações. Nos dois tópicos finais são estudados os deveres fundamentais afetos ao meio ambiente no Brasil e na Espanha. Quanto à Metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva, além das Técnicas do Referente, da Categoria e da Pesquisa Bibliográfica.

1. Introdução

O enfoque dado ao meio ambiente e à necessidade de sua preservação tem chamado a atenção dos cientistas há muitas décadas, com destaque maior nos tempos atuais.

Parte do clamor conferido ao assunto decorre das evidências que o descuido do ser humano com a natureza gera em desfavor de todo o planeta, como é o caso do aquecimento global, a escassez de água potável, as doenças advindas da poluição urbana etc.

A preocupação com o meio em que vivemos já era clara na década de 1970, época da promulgação da Constituição Espanhola, e também na década seguinte, quando surgiram os diplomas normativos mais importantes sobre o tema no Brasil, como a Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e a Constituição da República de 1988.

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. *Master Universitario em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* – MADAS pela Universidade de Alicante/ES. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp. E-mail: diogo@pge.sc.gov.br

As normas constitucionais do Brasil e da Espanha, no campo destinado ao meio ambiente, garantiram direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado ou adequado. Mas talvez a questão mais relevante que as referidas cartas previram foram deveres fundamentais de proteção, defesa e conservação do meio ambiente.

Assim, é objeto inicial deste artigo a análise da teoria dos deveres fundamentais. Em seguida são feitas algumas ponderações sobre o meio ambiente, o histórico da formação da questão ambiental, bem como conceitos do tema. Nos dois tópicos finais são abordados os deveres fundamentais afetos ao meio ambiente nas Constituições brasileira e espanhola.

Para embasar as visões apresentadas e subsidiar o próprio ponto de vista deste artigo, foram utilizados livros e artigos científicos, sendo objetivo da pesquisa, portanto, examinar o dever fundamental de proteção do meio ambiente nas Constituições do Brasil e da Espanha. O estudo justifica-se pela importância de se conceber o meio ambiente como direito indisponível à preservação da vida humana, tendo a sua proteção o *status* de dever fundamental.

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, examinando-se o dever fundamental de proteção do meio ambiente no contexto das normas fundamentais vigentes na Espanha e no Brasil.

2. Deveres fundamentais

O tema deveres fundamentais não tem atraído a mesma atenção que é conferida aos direitos fundamentais. Uma das justificativas para essa visão monocular decorre da histórica prevalência do Estado Liberal, cuja missão central sempre envolveu a necessidade de assegurar a proteção das liberdades individuais.

Destarte, sob o primado da sociedade liberal, cabia ao Poder Público basicamente garantir as liberdades das pessoas, permitindo a ascensão financeira no capitalismo.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito passou a atribuir funções positivas ao poder público para satisfação das necessidades básicas do ser humano. Com isso, uma série de deveres de prestações passou a ser exigido do Estado.²

² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Revista Doxa*. Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987, p. 332.

No estamos ya sólo ante el deber negativo de abstención en la esfera de autonomía garantizada por los derechos individuales, ni siquiera ante el deber de aceptar la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad del poder, sino ante un deber positivo que exige la realización de acciones.^{3 4}

Assim, a consolidação dos Estados Sociais fez com que o Poder Público passasse a ser responsável pela garantia de prestações positivas aos indivíduos, mas teve como consequência que esses indivíduos participassem mais ativamente da vida em sociedade e contribuíssem para a consecução desses novos direitos.

Para Nabais, o esquecimento do tema deveres fundamentais teve contribuição decisiva pelo fato de uma boa parte das constituições da Europa Ocidental terem sido adaptadas na sequência da queda de regimes totalitários ou autoritários.⁵ Para o citado autor

[...] como reacção a tais regimes e procurando evitar que regimes desse tipo viessem a instalar-se de futuro com o beneplácito de alguma (ainda que pretensa) abertura ou pretexto constitucional suscetível de interpretação nesse sentido, tanto as constituições aprovados logo a seguir à segunda guerra mundial, de que são paradigmas a Constituição Italiana (de 1947) e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (de 1949), como, mais recentemente, as constituições da década de setenta, em que se sobressaiem a Constituição Portuguesa (de 1976) e a Constituição Espanhola (de 1978), preocuparam-se de uma maneira dominante, ou mesmo praticamente exclusiva, com os direitos fundamentais ou com os limites ao(s) poder(es) em que estes se traduzem, deixando por conseguinte, ao menos aparentemente, na sombra os deveres fundamentais, esquecendo assim a responsabilidade comunitária que faz dos indivíduos seres simultaneamente livres e responsáveis, ou seja, pessoas.⁶

³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los deberes fundamentales*. p. 332.

⁴ “Não estamos já só diante de um dever negativo de abstenção na esfera de autonomia garantida pelos direitos individuais, nem mesmo diante do dever de aceitar a participação dos cidadãos na formação da vontade do poder, mas a um direito positivo que exige o desempenho de ações.” (tradução livre)

⁵ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 16-17.

⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, p. 17-18.

Não obstante o destrato com o tema, nos tempos atuais, em que se propugna um novo constitucionalismo, pautado no máximo prestígio da dignidade da pessoa humana, deve ganhar força a concepção de uma responsabilidade comunitária dos cidadãos, a qual propõe que a liberdade da pessoa, “no exercício de seus direitos fundamentais, não corresponde a uma ‘emancipação anárquica’, mas sim à autonomia moral e autorresponsabilidade na sua atuação social.”⁷

A partir de tal compreensão, o ser humano deve ser reconhecido como um ser solidário para com a existência humana (e também não humana, com base na tutela ecológica) à sua volta. A ideia de deveres fundamentais não encerra apenas deveres, mas, de certa forma, também caracteriza o direito à igual repartição de encargos comunitários, que a existência e o funcionamento da comunidade estatal demandam. Em outras palavras, pode-se dizer que a vida em sociedade pressupõe o respeito mútuo entre os indivíduos, de modo a vincular (e harmonizar) o exercício dos direitos e dos deveres, sob pena de inviabilizar qualquer concepção de uma efetiva comunidade política.⁸

Faz-se referência a uma cidadania responsável e solidária em que a pessoa não tem apenas a capacidade de participar do controle do poder público, mas também detenha responsabilidades e deveres, de modo que a construção de uma sociedade solidária não seja apenas um dos objetivos do Estado, mas também de cada indivíduo.⁹

Ora, a democracia se fortalece com os direitos, mas também com os deveres, e sua qualidade se reflete na conjugação harmônica entre os direitos de que desfrutam os cidadãos e os deveres que estes têm de cumprir para sustentá-la mediante o exercício de uma cidadania ativa, resultante dos princípios e valores constitucionais.¹⁰

Como base no conjunto dos deveres fundamentais forma-se um estado compreendido como “uma organização e um valor função da pessoa humana, um estado, no fim das contas, instrumento de realização da eminente dignidade humana.”¹¹

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. *Deveres fundamentais ambientais*. Revista de direito ambiental. São Paulo, v. 67, p. 11-70, jul/set 2012, p. 18.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. *Deveres fundamentais ambientais*. p. 20

⁹ FARO, Julio Pinheiro. Solidariedade e justiça fiscal: uma perspectiva diferente sobre a concretização de direitos a partir do dever de pagar impostos. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, v. 81, p. 229-271, out/dez 2012, p. 247.

¹⁰ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho constitucional*. 9. ed. Granada: Tecnos, 2014, v. 2, p. 436.

¹¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 60.

Os deveres fundamentais, nessa ótica, estão atrelados à dimensão comunitária ou social da dignidade humana, fortalecendo a atuação solidária do indivíduo situado em dada comunidade estatal, o que demanda por uma releitura do conteúdo normativo do direito à liberdade, amarrando-o à ideia de responsabilidade comunitária e vinculação social do indivíduo.¹²

Esses deveres fundamentais acabam formando mandatos dirigidos aos cidadãos e, conseqüentemente, aos órgãos do estado para que, no exercício de sua própria função, os concretizem e administrem os castigos pertinentes.¹³

Quanto à conceituação dos deveres fundamentais, traz-se, primeiramente, o conceito de Nabais:

Como já nos referimos, os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado e correlativa da dos direitos fundamentais, uma categoria que, como correctivo da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objetivos do bem comum. [...]

Nestes termos, podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, tem especial significado para a comunidade e a podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta deveres como posições jurídicas passivas, autônomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.¹⁴

Faro, por sua vez, formula o seguinte conceito:

[...] deveres são aquilo que cada indivíduo tem ante o Estado e a sociedade de contribuir para a formação de uma base

¹² 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. 196.

¹³ RODRIGUES, Andrés Betancor. *Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley, 2014, p. 517

¹⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*: Coimbra: Almedina, 2012, p. 112.

material que satisfaça as necessidades básicas das instituições públicas (manutenção da máquina estatal) e efetive os bens de primordial importância para que haja o correto exercício dos direitos fundamentais de todas as pessoas humanas.¹⁵

Martinez fornece o seguinte conceito de deveres fundamentais:

[...] concepto deberes fundamentales como aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las Instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional.^{16 17}

Com base nas conceituações acima tem-se que os deveres fundamentais representam uma categoria jurídico-constitucional, correlata aos direitos fundamentais, que imprimem ao homem e ao cidadão deveres essenciais para a realização do bem comum, em benefício individual e da própria sociedade.

3. Ponderações sobre o meio ambiente

A preocupação com o meio ambiente é tema relativamente recente no cenário mundial, tendo surgindo a partir da metade do século passado, com a atenção acerca dos efeitos deletérios das catástrofes ambientais ocorridas e do próprio crescimento econômico e demográfico da sociedade.

Um dos marcos iniciais na questão ambiental foi a Conferência de Estocolmo, em 1972, organizada pela Organização das Nações Unidas. O encontro teve como destaque a preocupação em se compatibilizar o desenvolvimento com a preservação dos recursos naturais.¹⁸

¹⁵ FARO, Julio Pinheiro. *Deveres como condição para a concretização de direitos*. p. 175-176.

¹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los deberes fundamentales*. p. 336.

¹⁷ “[...] conceito de deveres fundamentais como aqueles deveres jurídicos que se referem a dimensões básicas da vida do homem em sociedade, a bens de primordial importância, a satisfação de necessidades básicas ou que afetam a setores especialmente importantes para a organização e ao funcionamento das instituições públicas, ou ao exercício dos direitos fundamentais, geralmente em âmbito constitucional.” (tradução livre)

¹⁸ STAFFEN, Márcio Ricardo. Hermenêutica e sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). *Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade* [recurso eletrônico]. 1. ed. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

O encontro de 1972 chamou à discussão os Estados e a sociedade, para tratar dos problemas socioambientais então enfrentados e que estariam por vir. “Essa reunião inseriu a questão ambiental na agenda mundial e detalhou a responsabilidade pela conservação do meio ambiente.”¹⁹

Na Conferência de Estocolmo foi criada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que, em 1987, elaborou o Relatório de Brundland, em que se define desenvolvimento sustentável como o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades. Foi a partir desse relatório que a expressão desenvolvimento sustentável passou a ser utilizada.

Em 1992 ocorreu a ECO-92, no Rio de Janeiro, encontro organizado pela ONU, tendo como foco o estabelecimento de balizas para compatibilizar o desenvolvimento com a imprescindibilidade da tutela dos bens ambientais. O referido encontro deu origem a vários documentos importantes, sendo os dois principais a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Agenda 21.

Dez anos depois da Conferência ocorrida no Rio de Janeiro, um novo encontro foi realizado em Joanesburgo. A respeito do evento sediado na África do Sul:

Um conceito integral de sustentabilidade somente surgiria em 2002, na Rio+10, realizada em Johannesburgo, quando restaram reunidas, além da dimensão global, as perspectivas ecológicas, social e econômica como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla para as presentes e futuras gerações.²⁰

Em 2012 houve o encontro denominado Rio+20, alusivo ao transcurso dos 20 anos desde a realização da ECO+92. Esta Conferência ficou marcada, na visão de Ferrer, como um fracasso, por conta da não ocorrência de avanços visíveis. Segundo o autor espanhol esse fracasso decorreu, sobretudo, do formato adotado no evento, que não realizou nos anos que o antecederam, os necessários trabalhos prévios para definir objetivos comuns, retirar diferenças e obter consensos que permitiriam

¹⁹ KLABIN, Israel. Desenvolvimento sustentável: um conceito vital e contraditório. In: ZYLBERSZTAJN, David; LINS, Clarissa (Org.). *Sustentabilidade de geração de valor: a transição para o século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 1-14, p. 3..

²⁰ STAFFEN, Márcio Ricardo. Hermenêutica e sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). *Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade* [recurso eletrônico]. 1. ed. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

avanços reais.²¹

Feitas breves considerações sobre a história do meio ambiente, deve-se investigar um pouco da origem do termo. Neste sentido, tem-se que a expressão meio ambiente foi “utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d’un naturalist*, de 1985, tendo sido perflhada por Augusto Comte em seu *Curso de filosofia positiva*”²²

Quanto ao conceito, segundo Milaré, sob uma visão ampla, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais relacionados. O meio ambiente natural constitui-se pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora. Já o meio ambiente artificial, ou humano, é formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidas pelo homem.²³

No Brasil, o conceito legal do meio ambiente surgiu, em âmbito nacional, com a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Segundo a referida norma meio ambiente é o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.²⁴ A mesma norma considera o meio ambiente “um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.”²⁵

Já a Constituição Brasileira de 1988 parece imprimir um viés patrimonial ao meio ambiente, ao anunciá-lo como um bem de uso comum do povo:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.²⁶

Segundo Milaré, as disposições da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e da Norma Fundamental brasileira imprimem a ideia de que o ser humano

²¹ FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones Del derecho. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). *Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade* [recurso eletrônico]. 1. ed. – Dados eletrônicos – Itajaí: UNIVALI, 2013.

²² MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 112.

²³ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*, p. 113-114.

²⁴ BRASIL. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Art. 3, I. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 11 julho 2015.

²⁵ BRASIL. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Art. 2, I. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 11 julho 2015

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em 11 julho 2015.

não estaria inserido no conceito de meio ambiente e de que o mundo natural tem valor apenas enquanto atende aos interesses do homem, numa visão claramente antropocêntrica.²⁷

Caberá, assim, ao intérprete, utilizando outros saberes, notadamente do contexto constitucional contemporâneo, conferir a devida interpretação às normas legais brasileiras, consolidando o respeito à natureza e limitando as atitudes antropocêntrica, que podem gerar danos ao meio ambiente.

Um dos mecanismos que se vislumbra essencial para se atingir tal fim é entender a proteção ao meio ambiente como dever fundamental, tema que será tratado a seguir.

4. Dever fundamental de defesa e proteção do meio ambiente no Brasil

Apesar da existência de uma série de normas infraconstitucionais no Brasil, foi apenas na Constituição da República de 1988 que o meio ambiente foi alçado à categoria constitucional.

Como regra central da questão ambiental na Constituição de 1988, o art. 225 anuncia 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.”²⁸

A norma fundamental de 1988, destarte, anunciou um dever fundamental de defesa e proteção do meio ambiente, cujo objetivo é assegurar não só às presentes gerações, mas também às futuras, um meio ambiente ecologicamente equilibrado (equidade intergeracional).

O direito fundamental também previsto no artigo 225 da Constituição Brasileira, por sua vez, garante um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

O conteúdo do artigo 225 compreende um vetor condicionante da atuação estatal e do comportamento social. “A um só tempo estipulam-se direitos de índole coletiva (rectius, direitos difusos) e um conjunto de prestações impostas ao Poder Público e aos particulares, a fim de que aqueles direitos possam ser eficazmente exercidos”.²⁹

De acordo com 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 segu-

²⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 2009. p. 116-117.

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 de jul. 2015.

²⁹ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 122.

rança da população, sintetizada pela expressão “qualidade de vida”³⁰

O conteúdo abrangido no artigo 225 da Constituição da República é o mais claro exemplo de um direito-dever fundamental, porque garante um direito e define um dever. Esse dever fundamental, segundo Sarlet, talvez deva receber um fortalecimento até maior no plano jurídico-normativo, considerando, inclusive, “um dever geral de melhoria progressiva da qualidade ambiental e, conseqüentemente, da qualidade de vida em geral.”³¹

A norma em questão alberga claramente o princípio da cooperação, sendo certo o dever do cidadão, jurista ou não, de trabalhar pela efetividade material desse direito. Ao Estado cumprirá administrar, usando seu poder de polícia, planejar e incentivar condutas, a fim de concretizar a realização desse dever-poder. Essa missão, portanto, manifesta-se no comportamento não só do Estado, mas também do cidadão.³²

O dever fundamental objeto deste tópico, do mesmo modo que ocorre com o direito correlato, possui funções defensivas e positivas:

A norma constitucional em foco revela um conteúdo negativo, impondo o dever de abstenção em relação a comportamentos deletérios ao ambiente, e, ao mesmo tempo, apresenta um conteúdo positivo, impondo um “atuar” por parte do Estado e da coletividade em direção à promoção da higidez do meio ambiente.³³

Considerados um dos maiores benefícios da constitucionalização do ambiente, o dever fundamental em foco é autossuficiente e detém força vinculante plena, dispensando, na sua aplicação genérica, a presença do legislador ordinário. É, também, um dever inafastável, não se inserindo na esfera de livre opção dos indivíduos, públicos ou não. O dever de proteção tem cunho atemporal e transindividual, trazendo conseqüências quanto ao prazo prescricional, ao direito adquirido e à livre movimentação ou transferência de bens no mercado.³⁴

Alguns outros deveres decorrem da norma matriz apontada: dever de preven-

³⁰ SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, v. 67, p. 11-70, jul/set 2012, p. 25.

³² DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.

³³ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. *Proteção jurídica do meio ambiente*. 2003, p. 122.

³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

ção e precaução do dano ambiental; dever de informação ambiental; dever de defender o meio ambiente; dever de reparar o dano ambiental; dever de participação política em questões atinentes à proteção ambiental; dever de uso sustentável dos recursos naturais, dentre outros.³⁵

Assim, tem-se que o dever fundamental de defesa e proteção do meio ambiente, expressamente previsto na Constituição Brasileira de 1988, exige do Estado e dos indivíduos a missão de garantir, para a presente e as futuras gerações, um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Essa missão é exigida do Poder Público, mas também de toda a coletividade, numa clara evidência do seu caráter solidário e participativo.

5. Dever fundamental de conservação do meio ambiente na Espanha

A vigente constituição espanhola foi promulgada em 1978, após o fim da ditadura do General Franco, falecido em 1975. Através de um processo chamado “Transição Espanhola” modificou-se o regime existente, passando a instituir uma monarquia constitucional.

No que toca ao meio ambiente, a referida constituição sofreu forte influência da então recente Conferência de Estocolmo (1972), considerada a primeira reunião celebrada em nível mundial em que se manifestou a preocupação com o meio ambiente.³⁶

Além da Constituição Espanhola, a Conferência de Estocolmo influenciou a formação de dispositivos na Constituição de Portugal (1976) e na Constituição Grega (1975).³⁷

Assim, dentro do Título I, dedicado aos Direitos e Deveres Fundamentais, no Capítulo III, intitulado “De los principios Rectores de la Política Social y Económica”³⁸, da Constituição da Espanha, é apresentado o art. 45, com o seguinte teor:

Artículo 45

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. *Deveres fundamentais ambientais*. jul/set 2012, p. 38.

³⁶ SANCHEZ-RODRIGO, Paz Vizcaíno. *Introducción al derecho del medio ambiente*. CTO Medicina: Madrid, 1996, p. 13.

³⁷ SANCHEZ-RODRIGO, Paz Vizcaíno. *Introducción al derecho del medio ambiente*. 1996, p. 13.

³⁸ “Dos principios orientadores da Política Social e Económica”. (tradução livre)

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.³⁹

Desse modo, ante a inclusão do dispositivo supra no capítulo III da Constituição Espanhola, tem-se o reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental, o que o faz informar a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos.⁴⁰

O artigo 45 da Constituição Espanhola inicialmente prevê um direito fundamental assegurado a todos para desfrutar do meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa. Para tanto, além de expressamente prever um dever fundamental de conservação dirigido a todos, a Carta Espanhola determina que os poderes públicos devem velar pela utilização racional dos recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na solidariedade coletiva.

Destarte, o comando constitucional tem como fim, em síntese, uma alta proteção e melhora do ciclo da vida e da defesa e restauração do meio ambiente no que for possível.⁴¹

No que toca ao objeto deste artigo, vê-se que o dispositivo acima transcrito, além de resguardar o direito ao meio ambiente, prevê também o dever fundamental de sua conservação.

Tal dever de conservar define uma situação jurídica relativa à natureza que resulta mais idônea para alcançar os objetivos que identificam e dão sentido ao Direito ambiental. Esse dever possui três características que precisam ser destacadas: (i) sua universalidade; (ii) a concretude de seu conteúdo (conservação); (iii) o meio ambiente a que faz referência não está adstrito apenas ao afeto à pessoa, não se trata

³⁹ “Artigo 45. 1. Todos tem o direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo. 2. Os poderes públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva. 3. Para quem violar o disposto no parágrafo anterior, nos termos da lei, conjuntamente se estabelecerão sanções penais ou, conforme o caso, administrativa, assim como a obrigação de reparar o dano causado.” (tradução livre)

⁴⁰ ÁLVAREZ, Luis Ortega. *Lecciones de Derecho del medio ambiente*. 2. ed. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 55.

⁴¹ ÁLVAREZ, Luis Ortega. *Lecciones de Derecho del medio ambiente*. 2000, p. 55.

do meio “adequado para o desenvolvimento da pessoa”, mas compreende todo o ambiente, independentemente da pessoa. O meio a que se refere é propriamente a natureza em si, sem necessidade da presença dos seres humanos.⁴²

Segundo Perales, o dever de conservar o meio ambiente tem estrita afeição pela indispensável solidariedade coletiva, inclusive, para que a sociedade, em questões concretas, se sacrifique na proteção finalística do meio ambiente (por exemplo, com os efeitos da desapropriação).⁴³ A menção à solidariedade coletiva no texto constitucional, de acordo com Callejón:

[...] supone, además, una habilitación suficiente para que los poderes públicos puedan establecer un sistema de compensaciones como punto de equilibrio entre los diferentes intereses en presencia cuando se trate de utilizar racionalmente recursos naturales.^{44 45}

O dever em debate tem conteúdo normativo consistente em um mandato, uma ordem, uma vinculação ou uma sujeição que tem como destinatários imediatos os cidadãos.⁴⁶ Mas também o Estado tem função essencial relacionada à efetividade dos deveres fundamentais:

En el caso del deber y, en particular, los deberes constitucionales, el mandato dirigido a los ciudadanos incorpora otro de efectividad dirigido a los órganos del Estado para que, en ejercicio de su propia función, los concrete y administre el castigo pertinente. El mandato a los ciudadanos incluye, necesariamente, el de efectividad a los órganos del Estado, que es una manifestación de la sujeción general de los poderes públicos a la Constitución. La sujeción, en este caso, es la de hacer posible que los deberes puedan ser cumplidos por los ciudadanos y pueda llevarse a cabo su exacción en caso de resistencia.^{47 48}

⁴² RODRIGUES, Andrés Betancor. *Derecho Ambiental*. 2014, p. 511.

⁴³ PERALES, Carlos de Miguel. *Derecho español Del medio ambiente*. 2000, p. 41.

⁴⁴ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho constitucional*. p. 455.

⁴⁵ “[...] supõe, ademais, uma habilitação suficiente para que os poderes públicos possam estabelecer um sistema de compensação como ponto de equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo quando se trata de utilizar racionalmente recursos naturais.” (tradução livre)

⁴⁶ RODRIGUES, Andrés Betancor. *Derecho Ambiental*. 2014, p. 513.

⁴⁷ RODRIGUES, Andrés Betancor. *Derecho Ambiental*. 2014, p. 517.

⁴⁸ “No caso do dever e, em particular, dos deveres constitucionais, o mandato dirigido aos cidadãos incorpora

Outrossim, parece clara a pretensão do legislador constitucional para se relacionar o dever previsto no artigo 45.1 com o item 3 do mesmo dispositivo, determinando-se que as agressões ao meio ambiente devem merecer reação do ordenamento jurídico que seja proporcional aquela, por meio de sanções penais, administrativas ou civis.⁴⁹

Com efeito, essa ordem emanada ao legislador infraconstitucional, de estabelecimento de punições, demonstra o quão importante é o dever em estudo, ao proteger bem tão fundamental, de que depende não só a qualidade de vida e a manutenção, no plano econômico, do desenvolvimento sustentável, mas também, desde uma perspectiva global e antrópico, a possibilidade de conservação da vida em condições adequadas para as gerações futuras.⁵⁰

Apesar das obrigações do Poder Público no cumprimento do dever de conservação do meio ambiente, inclusive por meio da responsabilização penal, administrativa e judicial dos infratores, tem-se que esse dever precisaria ser assimilado e cumprido pelo cidadão independentemente da coercibilidade das normas regentes.

Não se requer que os poderes públicos cumpram de maneira prévia a disposição de efetividade para que os cidadãos se considerem vinculados e acomodem sua conduta ao que se deriva do disposto na Constituição.⁵¹

O cuidado com o meio ambiente, mais que jurídico, é um dever moral dos seres humanos em sua relação com a natureza, pois a ela pertencemos e dela somos dependentes.

Ora, as gerações presentes tem a responsabilidade de que nossa liberdade não hipoteque ou, mesmo, impeça o desfrute pelas gerações futuras da liberdade, reduzindo o âmbito de opções lícitas que cada geração livremente pode adotar.⁵² Essa obrigação transcende o âmbito jurídico; ela é inerente ao ser humano, como uma responsabilidade pessoal, íntima, cidadã, que permitirá a continuidade da vida para esta e para as futuras gerações.

outro de efetividade dirigido aos órgãos do Estado para que, em exercício de sua própria função, os concretize e administre a punição pertinente. O mandato aos cidadãos incluem, necessariamente, a eficácia dos órgãos de estado, que é uma manifestação da submissão geral dos poderes públicos à Constituição. A submissão, neste caso, é de fazer possível que os deveres possam ser cumpridos pelos cidadãos e possa levar a cabo sua incidência em caso de resistência.” (tradução livre)

⁴⁹ PERALES, Carlos de Miguel. *Derecho español Del medio ambiente*. 2000, p. 42.

⁵⁰ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho constitucional*. 2014, p. 455.

⁵¹ RODRIGUES, Andrés Betancor. *Derecho Ambiental*. 2014, p. 520-521.

⁵² RODRIGUES, Andrés Betancor. *Derecho Ambiental*. 2014, p. 521.

6. Conclusão

É certa a existência de deveres fundamentais, que consistem em uma categoria jurídico-constitucional própria, cuja importância os coloca ao lado dos direitos fundamentais, e que podem ser entendidos como uma forma de mobilizar o homem e o cidadão para a realização dos objetivos do bem comum.

Com efeito, por meio da teoria dos deveres fundamentais deve-se conceber o homem como ser solidário e capaz de contribuir para a construção de uma sociedade melhor, pautada pela máxima da dignidade da pessoa humana. Sob este enfoque, as pessoas não teriam apenas garantias da proteção do Estado contra ele mesmo, ou com a concessão de prestações positivas.

Por meio de uma atuação de cada pessoa (não só, mas também o Estado), ao cumprir deveres fundamentais, passa-se a contribuir para a formação de uma sociedade pautada no respeito à dignidade da pessoa humana, protegendo bens jurídicos de primordial importância e contribuindo para a organização e funcionamento das instituições públicas.

Dentre os valores a serem prestigiados pelo constitucionalismo contemporâneo está o meio ambiente. Como se viu, o meio ambiente começou a ser melhor analisado e compreendido a partir das décadas de 1960-1970, sobretudo com a realização da Conferência de Estocolmo (1972).

Como consequência do surgimento da preocupação com o meio ambiente, as normas máximas dos países passaram a prever deveres fundamentais afetos, que visam a preservar o ecossistema em que se vive.

Neste sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, consignou o dever de proteção e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao Poder Público e à coletividade. De esse dever fundamental advém outros deveres, como o de prevenção e precaução do dano ambiental, de informação ambiental, de defender o meio ambiente, de reparar o dano ambiental, participação política em questões atinentes à proteção ambiental, dever de uso sustentável dos recursos naturais, entre outros.

Referido dever base alberga um claro propósito de cooperação entre as pessoas, sendo certa a obrigação do cidadão, jurista ou não, de trabalhar pela efetividade material do direito fundamental correlato.

Também a Constituição Espanhola de 1978 estabeleceu importantes premissas e deveres acerca do tema ambiental, claramente influenciada pelas diretrizes da Conferência de Estocolmo de 1972.

O dispositivo central que trata do meio ambiente na Constituição Espanhola é o artigo 45, transcrito no corpo deste artigo. Ele inicialmente prevê um direito

fundamental assegurado a todos para desfrutar do meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa. Para tanto, além de expressamente prever um dever fundamental de conservação, a Carta Espanhola determina que os poderes públicos devam velar pela utilização racional dos recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na solidariedade coletiva.

Essa solidariedade coletiva tem extrema importância na efetivação do dever de conservação do meio ambiente, para que as pessoas dividam essa obrigação de forma ativa ou para justificar o sacrifício, por vezes, que a sociedade tem para o alcance do fim maior (desapropriação, custeio de despesas públicas etc.).

Analisando os deveres fundamentais ligados ao meio ambiente nas Constituições brasileira e espanhola percebe-se a importância que as referidas cartas conferiram à preservação da natureza, exigindo do Poder Público e das pessoas condutas que garantam à presente e às futuras gerações, a possibilidade de continuar vivendo.

Além disso, as normas constitucionais estudadas deixam claro que a proteção ambiental, como um dever fundamental, geram uma nova abordagem acerca da tutela dos direitos fundamentais, reduzindo o enfoque exclusivo de oposição desses direitos em face dos entes estatais.

Destarte, recai aos indivíduos relevante parcela de responsabilidade no alcance do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Isto, entretanto, somente pode ser atingido com o pleno exercício da solidariedade entre as pessoas, atuando como partes de uma sociedade, visando ao bem comum.

Com efeito, tem-se que a proteção do meio ambiente deve ser assimilada pelas pessoas independentemente da coercibilidade imposta pelas normas penais/administrativas, aplicadas pelos órgãos fiscalizadores ou pelo Poder Judiciário. A vinculação do ser humano a condutas sustentáveis não deveria depender da prévia exigência do Poder Público.

O cuidado com o meio ambiente não é apenas um dever jurídico, é mais que isso: é um dever moral dos seres humanos em sua relação com a natureza, pois a ela pertencemos e dela somos dependentes. Essa missão é inerente ao ser humano, como uma responsabilidade pessoal, íntima, cidadã, que permitirá a continuidade da vida para esta e para as futuras gerações.

Bibliografia

ÁLVAREZ, Luis Ortega. *Lecciones de Derecho del medio ambiente*. 2. ed. Valladolid: Lex Nova, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11 julho 2015.

_____. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Art. 3, I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 11 julho 2015.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho constitucional*. 9. ed. Granada: Tecnos, 2014, v. 2.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARO, Julio Pinheiro. Solidariedade e justiça fiscal: uma perspectiva diferente sobre a concretização de direitos a partir do dever de pagar impostos. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, v. 81, p. 229-271, out/dez 2012.

_____. Deveres como condição para a concretização de direitos. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, v. 79, p. 167-209, abr/jun 2012.

FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones Del derecho. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). *Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade* [recurso eletrônico]. 1. ed. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

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.

KLABIN, Israel. Desenvolvimento sustentável: um conceito vital e contraditório. In: ZYLBERSZTAJN, David; LINS, Clarissa (Org.). *Sustentabilidade de geração de*

valor: a transição para o século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 1-14.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los deberes fundamentales*. Revista Doxa. Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987.

PERALES, Carlos de Miguel. *Derecho español Del medio ambiente*. Madrid: Civitas, 2000.

RODRIGUES, Andrés Betancor. *Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley, 2014.

SANCHEZ-RODRIGO, Paz Vizcaíno. *Introducción al derecho del meio ambiente*. CTO Medicina: Madrid, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, v. 67, p. 11-70, jul/set 2012.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Hermenêutica e sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). *Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade* [recurso eletrônico]. 1. ed. – Dados eletrônicos – Itajaí: UNIVALI, 2013.

Panorama jurisprudencial das ações de indenização por desapropriações indiretas em decorrência da criação do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro

Evandro Régis Eckel¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. O Parque Estadual da Serra do Tabuleiro (PEST). Breve histórico; 3. Desapropriação indireta; 4. Da prescrição da ação de indenização por desapropriação indireta; 5. Indenizabilidade de áreas atingidas pela criação de parques estaduais; 6. Aquisição da propriedade posteriormente à criação do Parque; 7. Redução dos limites do PEST. Lei nº 14.661/2009. Fato superveniente; 8. Campos de Araçatuba ou Massiambu e Terra Indígena Morro dos Cavalos; 9. Responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais; 10. Juros compensatórios (art.15-A) e moratórios (art. 15-B); 11. Honorários advocatícios. Percentual. Decreto-lei 3.365/41; 12. Avaliação judicial do valor da indenização; 13. Nota sobre a postura do STF; 14. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O artigo busca trazer um panorama atual da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre as ações de indenização por desapropriação indireta relativas à criação de unidade de conservação estadual, e também do Tribunal de Justiça de Santa Catarina especialmente acerca do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, dado o maior número de decisões já existentes, tentando identificar os entendimentos atualmente consolidados ou predominantes sobre as questões reputadas de maior relevância.

1. Introdução

Busca-se, com o presente trabalho, fazer um panorama atual da jurisprudência sobre as ações de indenização por desapropriação indireta relativas à criação de unidade de conservação estadual, destacando-se, em face da natural limitação exigida para a revista, os pontos reputados de maior relevância.

O artigo utiliza, portanto, a técnica descritiva, visando identificar e analisar, em que pesem as dificuldades inerentes a esse esforço, os entendimentos atualmente consolidados ou predominantes acerca das desapropriações indiretas em matéria ambiental no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), nesse especialmente sobre as desapropriações indiretas

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito processual civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestrando em ciência jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

concernentes ao Parque Estadual da Serra do Tabuleiro (PEST), devido ao maior número de decisões existentes.

2. O Parque Estadual da Serra do Tabuleiro (PEST). Breve histórico

O decreto nº 1.260, de 1º/11/1975, assinado pelo então governador do Estado Konder Reis, criou o Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, visando a proteção e a preservação dos mananciais de água, da flora, da fauna, de determinados aspectos geológicos, da paisagem e dos locais apropriados ao lazer e à atração turística, com área de 900 km² (90.000 ha), equivalente a 1% da área total do estado de Santa Catarina, localizada no conjunto orográfico dominado pela Serra do Tabuleiro abrangendo parte dos municípios de Paulo Lopes, Palhoça, Santo Amaro da Imperatriz, Águas Mornas, São Bonifácio e São Martinho. Por sua vez, o decreto nº 1.261, assinado na mesma data, declarou a área de terra destinada ao Parque Estadual da Serra do Tabuleiro como de utilidade pública e interesse social, para fins de aquisição por desapropriação. Posteriormente, o decreto nº 2.335/77 incluiu novas áreas no Parque, entre elas a Ponta dos Naufragados, na ilha de Florianópolis. O decreto nº 8.857/79 desanexou algumas áreas e o decreto nº 17.720/82 retificou limites do Parque.

O decreto nº 18.766/82 declarou novamente como de utilidade pública para fins de desapropriação as áreas de terras particulares necessárias à implantação do Parque (art. 1º), e delegou à FATMA a administração e fiscalização do Parque (art. 5º), anexando, também, áreas situadas nos municípios de Imaruí e Garopaba.

Ainda, o decreto nº 24.598/84 constituiu grupo executivo para implantação do Parque, atribuindo-lhe, entre outras, competências para “promover o processo discriminatório administrativo, para identificação das terras devolutas existentes na área”, promover desapropriações e “compatibilizar a existência de propriedade particular no território do Parque com o zoneamento aprovado, quando possível, celebrar acordos com os mesmos proprietários, para assegurar a permanência da área, sob a condição de que esses, sem o ônus para o Estado, aceitem através de escritura pública as limitações e servidões administrativas decorrentes da criação do Parque”.

Para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição de 1988 (CFRB) incumbiu o Poder Público, entre outros deveres, 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 (no art. 225, § 1º, III). O dispositivo foi regulamentado pela lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unida-

des de Conservação da Natureza – SNUC, estabelecendo critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação.

Em 2009, foi promulgada a lei nº 14.661, que reavaliou e definiu limites do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, instituindo o Mosaico de Unidades de Conservação da Serra do Tabuleiro e Terras de Massiambu, entre outras providências². Essa lei excluiu da proteção integral diversas áreas, que foram transformadas em Áreas de Proteção Ambiental (APA), de uso sustentável.

É a maior área de conservação ambiental no território catarinense, nela abrangida a região denominada Vargem do Braço, onde fica o manancial de Pilões, responsável direto pelo abastecimento de água potável da Grande Florianópolis.

A administração e a gestão do Parque e das demais unidades de conservação estaduais são hoje de competência legal da FATMA – Fundação do Meio de Ambiente.

3. Desapropriação indireta

A figura da desapropriação indireta constitui construção pretoriana, decorrente da prática corriqueira de apossamento de imóveis pelo Poder Público sem a observância do devido processo legal expropriatório, com afetação do bem a utilidade pública sem prévia e justa indenização do proprietário. A doutrina a qualifica como ato ilícito, verdadeiro esbulho possessório, prática abusiva e irregular.³

Daí porque, como se verá adiante, a desapropriação indireta é tratada não como simples demanda contra o Estado a ser regida pelo decreto nº 29.910/32, mas como meio de defesa da propriedade, constitucionalmente assegurada, cuja perda somente se dá, em caso de esbulho, no prazo do usucapião extraordinário, modalidade de usucapião que independe de justo título, ficando o proprietário privado da reivindicatória para reavê-lo. Assim, já inviável a restituição do bem ao particular, a jurisprudência transformou a ação reivindicatória em ação de indenização STJ.⁴ Por construção jurisprudencial, passou a se sujeitar o Estado como sanção pelo não atendimento à prévia e justa indenização, à incidência de juros compensatórios desde a ocupação, hoje legalmente previstos.

Anota-se que o diploma legal aplicado às desapropriações indiretas sobre ma-

² A lei nº 14.661/2009 foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, a primeira, ADI 2009.027858-3, promovida pelo Ministério Público do Estado e julgada improcedente pelo TJSC, e a segunda, ADI 5.385, ajuizada pelo procurador-geral da República perante o STF e distribuída ao min. Marco Aurélio, pendente de apreciação.

³ Sales, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 737.

⁴ STJ, 2ª turma, REsp 7.459-0, rel. min. Ari Pargendler, julgado em 13/09/95.

téria ambiental é o decreto-lei nº 3.365/41, com suas posteriores alterações, que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública.

4. Da prescrição da ação de indenização por desapropriação indireta

O entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, à luz do código civil de 1916, desde a época em que o STF apreciava questões infraconstitucionais, é de que a ação de desapropriação indireta possui natureza real, porque o que está em causa é o direito de propriedade, que se substitui pela indenização reclamada. “O expropriado não perde a propriedade, na desapropriação indireta, pela simples ocupação; poderá perdê-la, se, decorrido o tempo previsto na lei, o desapropriante a tiver adquirido por usucapião”, conforme voto do min. Eloy da Rocha nos embargos no RE 63.833.⁵

Enquanto não transcorrido o prazo para aquisição da propriedade por usucapião, ante a impossibilidade de reivindicar a coisa, subsiste a pretensão indenizatória em relação ao preço correspondente ao bem objeto do apossamento administrativo.⁶ Em outras palavras, a perda da propriedade só se consuma depois de vinte anos, quando o titular do domínio já não se pode valer da ação de reivindicação, daí porque não se aplica à chamada desapropriação indireta o decreto nº 29.910/32.⁷

Assim, com fundamento no art. 550 do código civil de 1916, o STJ firmou a tese de que “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos” (súmula 119/STJ).

Ao analisar o pedido liminar na ADI 2.260-1/DF, dirigida contra a medida provisória nº 2.027/2000, que introduziu um parágrafo único ao art. 10 da Lei de Desapropriações por utilidade pública, fixando a prescrição em cinco anos, o STF decidiu ser relevante o fundamento jurídico da arguição de inconstitucionalidade por ofensa à garantia da justa indenização, “não tendo o dispositivo ora impugnado sequer criado uma modalidade de usucapião por ato ilícito com o prazo de cinco anos para, através dele, transcorrido esse prazo, atribuir o direito de propriedade ao Poder Público sobre a coisa de que ele se apossou administrativamente”.⁸ Posteriormente, o dispositivo impugnado foi alterado pelo chefe do Executivo, adaptando-se ao que fora decidido no julgamento dessa cautelar.

O código civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 10 anos, na hipótese de realização de obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel

⁵ RTJ 61/384.

⁶ STJ, Resp. 1.300.442/SC, 2ª turma, rel. min. Herman Benjamin, julgado em 18/06/2013.

⁷ STJ, 2ª turma, Resp. 164.481, rel. min. Ari Pargendler, julgado em 20/08/98.

⁸ Pleno, rel. min. Moreira Alves, julgado em 14/02/2001, *in* DJ de 02/08/2002.

(art. 1.238, parágrafo único). Assim, considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública ou do interesse social, com amparo no atual código civil, o prazo prescricional aplicável às desapropriações indiretas passou a ser de dez anos.⁹

Em síntese, a orientação assentada pelo STJ, secundada pelo TJSC¹⁰, é que a ação de indenização por desapropriação indireta prescreve em 20 anos, nos termos da súmula nº 119 do STJ e na vigência do código civil de 1916, e em 10 anos sob a égide do código civil de 2002, observando-se a regra de transição disposta no art. 2.028 do CC/2002.

No que tange especificamente ao termo inicial da prescrição nas ações indenizatórias propostas com o fundamento de que a criação do PEST ensejou verdadeira desapropriação indireta, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende que a edição do decreto nº 18.766, de 20 de dezembro de 1982, que novamente declarou como de utilidade pública a área, interrompeu, à luz do art. 172, V, do CC/16, o prazo prescricional da ação indenizatória, constituindo-se no novo termo inicial do cômputo da prescrição, a qual só consumaria então em dezembro de 2002.¹¹

5. Indenizabilidade de áreas atingidas pela criação de parques estaduais

No que toca à questão da indenizabilidade de área atingida pela criação de parques estaduais, merece destaque, pela quantidade de precedentes judiciais acerca do instituto da desapropriação indireta, e como paralelo pelas semelhanças com

⁹ STJ, 2ª turma, AgRg. no AREsp. 815.431/RS, rel. min. Humberto Martins, julgado em 02/02/2016, DJe 11/02/2016; 1ª turma, REsp. 1.449.916/PB, rel. min. Gurgel de Faria, julgado em 14/03/2017, DJe 19/04/2017; 2ª turma, AgInt. no AREsp. 895.931/RS, rel. min. Herman Benjamin, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016. Atente-se ainda que o prazo prescricional dilatado limita-se à perda do direito real, seja o domínio ou a posse sobre o imóvel por conta da afetação do bem ao uso público ou da regulação expropriatória, não se aplicando a ações que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, conforme atual redação do parágrafo único do art. 10 do decreto-lei nº 3.365/41, nem a eventuais direitos pessoais, como por exemplo a indenização por benfeitorias decorrentes de ocupações de boa-fé de terra indígena (art. 231 da CF), aos quais vale a prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º do decreto nº 20.910/1932.

¹⁰ 3ª Câmara de Direito Público, apelação cível 2013.056637-1, de São José, rel. des. Luiz César Medeiros, julgado em 26/11/2013; 2ª Câmara de Direito Público, apelação cível 0500043-84.2011.8.24.0086, de Otacílio Costa, rel. des. Francisco Oliveira Neto, julgado em 09/05/2017.

¹¹ Segunda Câmara de Direito Público, apelação cível 2002.020546-5, de Palhoça, rel. des. Jaime Ramos, julgado em 06/10/2003). Também: “A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos” (súmula nº 119 do Superior Tribunal de Justiça), contado o prazo a partir da expedição do decreto estadual que pela primeira vez declarou o imóvel de utilidade pública e interesse social para fins de desapropriação (decreto estadual nº 1.261, de 1º/11/1975) e observada as interrupções provocadas com os adventos de iguais atos posteriores e de igual finalidade (decreto estadual nº 18.766, de 20/12/1982). (...) No presente caso, a ação foi ajuizada em 02/07/2002, poucos meses antes da consumação do prazo vintenário.” (4ª Câmara de Direito Público, apelação cível 2009.008044-5, de Palhoça, rel. des. Jânio Machado, julgado em 11/08/2009).

o PEST, a análise do Parque Estadual da Serra do Mar (PESM), unidade de conservação integral instituída pelo estado de São Paulo.

O PESM foi criado pelo decreto nº 10.251/77, alterado pelo decreto nº 13.313, de 1979 (que incorporou nova área ao seu perímetro), com a “finalidade de assegurar integral proteção à flora, à fauna, às belezas naturais, bem como para garantir sua utilização a objetivos educacionais, recreativos e científicos” (art. 1º). E também declarou como “de utilidade pública, para fins de desapropriação, por via amigável ou judicial, as terras do domínio particular abrangidas pelo Parque”, conforme art. 6º, posteriormente alterado pelo decreto nº 19.442/82 para estabelecer que “verificada a existência de terras de domínio particular na área do Parque Estadual da Serra do Mar, será expedido, a cada propriedade, ato declaratório de utilidade pública, para sua oportuna desapropriação após indicação e justificação, em processo regular, pelo Instituto Florestal, órgão da Secretaria de Agricultura e Abastecimento”. Pela resolução SC nº 40, de 1985, do então secretário de Cultura do Estado de São Paulo, foi “tombada a área da Serra do Mar e de Paranapiacaba no estado de São Paulo, com seus parques, reservas e áreas de proteção ambiental, além dos esporões, morros isolados, ilhas e trechos de planícies litorâneas, configurados no mapa anexo e descritos nos artigos subseqüentes [sic]”. Contudo, não houve promoção de atos executórios de desapropriação e muitos proprietários de terras inseridos no perímetro do Parque ajuizaram pedidos de indenização alegando a ocorrência de desapropriação indireta porque as rigorosas restrições gerais teriam esvaziado o conteúdo econômico dos seus imóveis.

O Superior Tribunal de Justiça firmou, num primeiro momento, jurisprudência no sentido de que a criação do Parque Estadual da Serra do Mar implicava desapropriação indireta dos imóveis situados dentro dos limites da unidade de conservação, sob argumento de que as restrições ao uso da propriedade, ainda que de caráter geral, aniquilaram o direito de propriedade.¹²

Entretanto, houve clara mudança no entendimento do STJ, tornando-se pacífica a orientação de que não resta configurada a desapropriação indireta em razão da criação daquele Parque Estadual, eis que ausente o esbulho possessório pelo Estado. Consolidou-se a compreensão pela qual, para que fique caracterizada a desapropriação indireta, exige-se que o Estado assuma a posse efetiva de determinado bem, destinando-o à utilização pública, o que não ocorre na hipótese, visto que a posse dos autores permaneceu íntegra, mesmo após a edição do decreto estadual nº

¹² REsp. 122.114/SP, 2ª turma, rel. p/ acórdão min. Franciulli Netto, julgado em 06/09/2001, DJ de 01/04/2002; REsp. 94.297/SP, 1ª turma, rel. min. Francisco Falcão, julgado em 03/10/2002, DJ de 02/12/2002; REsp. 95.395/SP, 2ª turma, rel. min. Ari Pargendler, julgado em 06/10/1997, DJ de 15/12/1997; REsp. 435.128/SP, rel. min. Luiz Fux, 1ª turma, julgado em 11/02/2003, DJ de 19/05/2003.

10.251/77, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar.¹³

A primeira seção do Tribunal Superior, no julgamento dos embargos de divergência no agravo 407.817/SP, reafirmou ainda entendimento de que a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, em si, não gerou direito à indenização aos proprietários dos terrenos atingidos pela medida. Isso porque, da edição do decreto estadual nº 10.251/77, não decorreu qualquer outra limitação além das existentes até então, pertinentes com o código florestal de 1965.¹⁴

Assim, o único elemento seguro a caracterizar inegavelmente a ocorrência de desapropriação indireta no entendimento atual do STJ é o esbulho possessório.¹⁵

É pertinente, por fim, dizer que o STF, em que pesem alguns esparsos precedentes de mérito, tem considerado como de ordem infraconstitucional a questão da indenizabilidade por desapropriação indireta de área atingida pela criação de unidade de conservação e a discussão quanto à modalidade de intervenção praticada pelo Estado na propriedade, se limitação administrativa ou se desapropriação indireta, de modo que a ofensa à Constituição seria reflexa ou indireta, negando por consequência seguimento aos recursos extraordinários, o que traduz deferência à competência do STJ para dar a palavra final sobre o tema.¹⁶

¹³ Embargos de divergência em agravo 407.817, 1ª seção, rel. min. Denise Arruda, julgado em 22/04/2009, DJ de 03/06/2009; AgRg. no REsp./SP 988.785, rel. min. Luiz Fux, julgado em 05/02/2009, DJ de 18/02/2009; AgRg. no REsp. 649.183/SP, rel. ministro Mauro Campbell Marques, 1ª turma, julgado em 17/12/2009, DJe 04/02/2010; AResp. 150.667/SP, 2ª turma, rel. min. Eliana Calmon, julgado em 29/08/2013, DJ de 13/09/2013.

¹⁴ 2ª turma, AgRg. no REsp. 1.490.761/SP, rel. ministro Og Fernandes, 2ª turma, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015.

¹⁵ Cyrino, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014. A jurisprudência atual do TJSP está em consonância com a orientação superior, predominando o entendimento de que, além de ter provocado desapossamento, a criação da unidade de conservação não trouxe aos imóveis limitações administrativas mais extensas que as já incidentes por força da legislação florestal anterior (5ª Câmara de Direito Público, apelação cível 0017532-29.1995.8.26.0562, rel. des. Francisco Bianco, julgado em 15/09/2014, data de publicação: 23/09/2014; 9ª Câmara de Direito Público, apelação cível 0000048-77.1997.8.26.0126, rel. des. José Maria Câmara Junior, julgado em 12/08/2015, publicado em 12/08/2015; 9ª Câmara de Direito Público, apelação cível 0239884-43.2009.8.26.0000, rel. des. Décio Notarangeli, julgado em 12/03/2014, publicado em 13/03/2014).

¹⁶ Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito administrativo e ambiental. Alegação de desapropriação indireta. Área de preservação permanente. Restrições decorrentes de legislação estadual (decreto estadual nº 22.717/84 e da resolução nº 40/85). Ausência de demonstração de ato ou fato que subsidie qualquer pretensão indenizatória. 3. Análise de legislação infraconstitucional e local. Ofensa meramente reflexa ao texto constitucional. 4. Revolvimento do acervo fático-probatório. Impossibilidade. Incidência do enunciado 279 da súmula desta Corte. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. "Agravo regimental a que se nega provimento" (2ª turma, AgR. no RE 597.897/SP, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 11/06/2013, DJe 26/06/2013). Na mesma linha: 2ª turma, AgR. no AI 851.862/SP, rel. min. Teori Zavascki, julgado em 03/09/2013, DJe de 18/09/2013; 2ª turma, AgR. no AI 456.027/SP, rel. min. Joaquim Barbosa, julgado em 10/08/2010, DJe 30/09/2010; 1ª turma, AgR. no AI 820.552/RS, rel. min. Rosa Weber, julgado em 05/08/2014, DJe de 18/09/2014; 1ª turma, AI 825.516-ED/SC, rel. min. Roberto Barroso, julgado em

Além disso, para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegaram os acórdãos na origem, a Suprema Corte acresce que seria necessário reexaminar os fatos e provas da causa, procedimento vedado na esfera do recurso extraordinário, de acordo com a súmula 279 do STF.

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre o PEST, porém, vem predominando o entendimento de que não se exige apossamento para que se configure desapropriação indireta, contanto que as limitações administrativas impostas esvaziem o conteúdo econômico da propriedade.¹⁷ É suficiente a constatação de que as limitações administrativas impostas em decorrência da criação do Parque Estadual tenham provocado o esvaziamento econômico da propriedade.¹⁸

Contudo, a Corte estadual já julgou improcedente ação cujo imóvel era constituído basicamente por vegetação rasteira típica de restinga, enfatizando que as alegadas restrições ao direito de propriedade já existiam desde antes da criação do Parque Estadual, por força das disposições contidas no Código Florestal (lei nº 4.771/65), que considerava as áreas de restinga fixadoras de dunas como de preservação permanente. Evidenciada a impossibilidade de sua exploração econômica anteriormente à criação do Parque, não há dano a ensejar a indenização.¹⁹

Em outro precedente, assentou-se que não restou provado pelo proprietário do bem o efetivo desapossamento tampouco o esvaziamento completo do proveito econômico do imóvel em virtude da criação do Parque, não se podendo extrair que tal situação estaria implícita nos decretos de instituição. Concluiu-se, no caso dos autos, ter havido apenas limitação administrativa ao direito de propriedade, extinguindo-se o processo pelo reconhecimento da prescrição de 5 (cinco) anos, no molde do decreto nº 20.910/32, conforme jurisprudência do STJ.²⁰

Do mesmo modo que a caracterização judicial da justa indenização depende da produção de prova pericial, a própria conclusão do juiz acerca da ocorrência do apossamento ou de eventual esvaziamento econômico do direito de propriedade – isto é, da própria procedência do mérito da causa – necessitará do auxílio técnico do perito, sendo imperioso completo e minucioso exame das particularidades dos casos concretos que envolvem desapropriação indireta em matéria ambiental.

19/11/2013, DJe 05/02/2014.

¹⁷ 3ª Câmara Civil, apelação cível 1998.003570-8, de Palhoça, rel. des. Cláudio Barreto Dutra, julgado em 29/09/1998.

¹⁸ 3ª Câmara de Direito Público, apelação cível 2003.018613-1, de Palhoça, rel. des. Sônia Maria Schmitz, julgado em 31/05/2005.

¹⁹ 4ª Câmara de Direito Público, apelação cível 2009.008044-5, de Palhoça, rel. Jânio Machado, julgado em 11/08/2009.

²⁰ 1ª Primeira Câmara de Direito Público, apelação cível 2011.021054-0, de Garopaba, rel. des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, julgado em 26/03/2013.

Avulta-se, nessa matéria, a importância da prova pericial para a comprovação cabal do efetivo desapossamento, da data de sua ocorrência, e também da existência de mera limitação administrativa sem afetar o conteúdo econômico da propriedade.²¹

A prova pericial deve demonstrar satisfatoriamente que, além das restrições à exploração do imóvel decorrentes da legislação federal vigente à época (Código Florestal – lei nº 4.771/65 e Constituição Federal), sobrevieram maiores limitações ao aproveitamento econômico dos potenciais naturais da propriedade, provenientes da criação do PEST.

O laudo contemplará, ainda, se for o caso, a área e a extensão do direito real afetado e o valor do imóvel para definição da justa indenização. Eventualmente, pode ter como objeto a própria prova da propriedade, em virtude de notícia de sobreposição de títulos.

Após certo tempo, definiu o TJSC, que tal prova técnica nas ações por desapropriação indireta concernentes ao PEST deve ser realizada por engenheiro florestal ou agrônomo, a fim de que o laudo pericial possa atestar as reais condições dos terrenos que possuem inúmeros recursos naturais, em sua maioria rurais, o que exige análise mais criteriosa e específica dos elementos presentes na área, não sendo adequada a nomeação, que vinha ocorrendo, de engenheiro civil.²²

Para ilustrar a importância do correto e imparcial trabalho de perícia nessas ações, anota-se que o TJSP já julgou procedente ação rescisória em virtude do reconhecimento de falsidade da perícia que fundamentara a condenação do estado de São Paulo ao pagamento de indenização, pela terra nua, por desapropriação indireta de imóvel abrangido pelo Parque Estadual da Serra do Mar, conquanto constatada a inaproveitabilidade econômica da área. Ressaltou-se no julgado que a perícia utilizara-se de método involutivo, com adoção de paradigmas que se constituíam de áreas urbanas, ao passo que a área objeto da celeuma era rural. Ademais, o *expert* desconsiderara o fato de que se trata de área situada em região de escarpas, nos contrafortes da Serra do Mar, extremamente poluída, na qual ocorreram deslizamentos, sendo local de impossível loteamento ou urbanização. Nesse contexto, reconheceu-se que a causa reclamava a comprovação de esvaziamento econômico da propriedade em razão da limitação administrativa, o que não se verificou, uma vez que esta já

²¹ 3.ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 2010.040288-9, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, de Armazém, julgado em 25/06/2013.

²² 2.ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 2007.049817-2, de Palhoça, Rel. Des. Cid Goulart, julgado em 04/03/2008; 2.ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 2010.020019-9, de Palhoça, Rel. Des. Ricardo Roesler, julgado em 14/09/2010; 1.ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 2010.084105-0, de Palhoça, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 21/06/2011;

existia por força do antigo Código Florestal.²³

E, como a desapropriação indireta é verdadeira ação indenizatória²⁴, incumbe ao autor a prova do prejuízo (TJSC, apelação cível 37.184, rel. des. Amaral e Silva), devendo ficar demonstrado que as restrições impostas pela criação do Parque são, no caso concreto, mais gravosas que as limitações administrativas anteriormente já incidentes sobre o imóvel.

Assim, cabe ao autor da demanda indenizatória, para lograr êxito, comprovar que antes da criação da unidade de conservação realizava a exploração econômica do imóvel, e com a edição do decreto de criação do PEST sofreu limitação econômica da propriedade.²⁵

A indenização é a “pedra angular” da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária.²⁶

6. Aquisição da propriedade posteriormente à criação do Parque

O STJ firmou entendimento de que não cabe indenização por desapropriação indireta quando ela ocorreu antes da aquisição do imóvel pelo postulante do direito.

Em embargos de divergência, a 1ª seção do STJ entendeu, em caso envolvendo aquisição de imóvel após a criação do Parque da Serra do Mar, pela inexistência de direito à indenização, devendo-se pressupor que na fixação do respectivo preço do negócio jurídico foi considerada incidência do “gravame”, eis que nenhum homem dito comum pagaria um preço maior numa propriedade sobre a qual incidam limitações administrativas. E assentou que descabe ressarcimento de prejuízo que a parte a toda evidência não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual.²⁷ Subjaz a essa orientação, conforme explicitado no voto vista do ministro Teori Zavascki, o entendimento de que o princípio constitucional da justa inden-

²³ TJSP, 4º Grupo de Direito Público, ação rescisória 00775949620008260000, rel. des. Oswaldo Luiz Palu, julgado em 09/04/2014, publicado em 10/04/2014.

²⁴ Sales, *op. cit.*, p. 738.

²⁵ TJSC, 4ª Câmara de Direito Público, apelação cível 2010.026450-2, de São Francisco do Sul, rel. des. Sônia Maria Schmitz, julgado em 07/11/2013.

²⁶ (STJ, 2ª turma, REsp. 196.456/SP, rel. ministro Franciulli Neto, julgado em 07/08/2001, DJ 11/03/2002, p. 219).

²⁷ 1ª seção. EREsp. 254.246/SP, rel. p/ acórdão min. João Otávio de Noronha, julgado em 12/12/2006, DJ 12/03/2007, p. 189. No mesmo sentido, com semelhante fundamentação: REsp. 1.078.456/SC, rel. min. Mauro Campbell Marques, 2ª turma, julgado em 17/08/2010, DJe 04/10/2010; REsp. 407.186/SP, rel. min. João Otávio de Noronha, 2ª turma, julgado em 03/08/2006, DJe 18/08/2006, REsp. 573.806/SP, rel. min. Herman Benjamin, 2ª turma, julgado em 17/12/2009, DJe 02/05/2011).

zação visa proteger o direito de propriedade, mas não a fomentar enriquecimento indevido, à base de pura especulação imobiliária.

Em outro julgamento de embargos de divergência, foi reafirmada pela 1ª seção a orientação de que é inadmissível a propositura de ação indenizatória na hipótese em que a aquisição do imóvel objeto da demanda tiver ocorrido após a edição dos atos normativos que lhe impuseram as limitações supostamente indenizáveis, como ocorrera, *in casu*, com os decretos estaduais nº 10.251/1977 e nº 19.448/1982 de preservação da Serra do Mar.²⁸

Tem sido enfatizada, para o afastamento dos pedidos indenizatórios, a possibilidade de ciência da restrição pelos compradores, com um mínimo de diligência exigível do homem comum, sendo que a ninguém é dado valer-se de sua própria torpeza.²⁹ Nessa trilha, viola o princípio da boa-fé objetiva o particular que adquire, por sua conta e risco, imóvel dentro de área de proteção ambiental, ciente das limitações impostas à propriedade, e, posteriormente, vem a exigir indenização do Estado a pretexto dessas mesmas limitações.³⁰

Assim, pela jurisprudência da Corte superior, com ênfase no fundamento do princípio da boa-fé objetiva, é ilegítimo o interesse na obtenção de indenização quando o acionante adquiriu o imóvel após a intervenção da administração na propriedade.³¹ Para que o atual proprietário do bem fizesse jus ao valor da indenização, pela desapropriação indireta, seria necessário que demonstrasse nos autos que o adquiriu pelo seu preço antes da desvalorização advinda do apossamento administrativo.³²

Essa orientação tem sido adotada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Em acórdão que ressalta a irrelevância de suposto desconhecimento das restrições impostas pela criação do PEST, decidiu-se que descabe indenização pela limitação administrativa se o imóvel foi adquirido quando já incidiam as restrições impostas pela legislação ambiental, adotando os fundamentos expostos nos precedentes do STJ.³³ Outro aresto, tratando de criação de parque municipal, também considerou

²⁸ EREsp. 209.297/SP, rel. ministro Luiz Fux, 1ª seção, julgado em 13/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 318.

²⁹ 1ª turma, REsp. 746.846/SP, rel. min. Luiz Fux, 1ª julgado em 28/08/2007, DJ 20/09/2007, p. 224.

³⁰ 2ª turma, AgRg. no REsp. 556.478/SP, rel. min. Herman Benjamin, DJe de 02/02/10. Ainda: REsp. 258.709/SP, rel. min. Francisco Falcão, 1ª turma, julgado em 12/12/2000, DJe 24/02/2003.

³¹ 2ª turma, AgInt. nos EDcl. no REsp. 1.533.984/SC, rel. min. Herman Benjamin, julgado em 16/02/2017.

³² 1ª turma, AgInt. no REsp. 1.413.228/SC, rel. min. Benedito Gonçalves, julgado em 06/06/2017, DJe 12/06/2017. No mesmo sentido: REsp. 1424653/SC, rel. ministro Herman Benjamin, 2ª turma, julgado em 14/06/2016, DJe 10/10/2016.

³³ TJSC, 2ª Câmara de Direito Público, apelação cível 0006593-04.1999.8.24.0045, de Palhoça, rel. des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 26/8/2016. No mesmo sentido, TJSC, 4ª Câmara de Direito Público, apelações cíveis 2011.033612-9 e 2011.033611-2, rel. des. Júlio César Knoll, julgado em 26/06/2014.

inadmissível a propositura de ação indenizatória na hipótese em que a aquisição do imóvel objeto da demanda tiver ocorrido após a edição dos atos normativos que lhe impuseram as limitações supostamente indenizáveis.³⁴

Prevalece, pois, o entendimento jurisprudencial de que não cabe pedido indenizatório quando a aquisição do imóvel ocorreu após a criação da limitação administrativa de caráter ambiental, não havendo que se cogitar de sub-rogação.

7. Redução dos limites do PEST. Lei nº 14.661/2009. Fato superveniente

Com a importante redefinição dos limites do PEST promovida pela lei nº 14.661/2009, o TJSC adotou orientação no sentido da necessidade de se verificar, nos processos em curso, como fato superveniente, se o imóvel objeto da ação indenizatória remanesce dentro dos limites do Parque, caso contrário a sorte da ação de indenização por desapropriação indireta deve ser a da improcedência, total ou parcial, visto que a restrição imposta quando da criação da unidade de conservação não mais existirá se o imóvel atualmente estiver fora dos seus limites.

Assim, faz-se necessária a realização de nova perícia para esclarecer se o imóvel em questão ainda se encontra dentro da referida unidade de conservação, questão essa imprescindível ao deslinde do mérito, já que o pedido se refere justamente à desapropriação do imóvel em decorrência da limitação administrativa imposta quando da criação do Parque, a qual não mais existirá se o imóvel atualmente estiver fora dos limites da unidade de conservação referida.³⁵

8. Campos de Araçatuba ou Massiambu e Terra Indígena Morro dos Cavalos

O TJSC já assentou que os terrenos situados na região dos Campos de Araçatuba ou Massiambu são de propriedade do estado de Santa Catarina, conforme se retira do texto da lei nº 652, de 16/09/1904 e do decreto presidencial nº 30.443/52, tendo aquela lei transferido ao município de Palhoça apenas a sua administração e não a possibilidade de alienação, sendo assim nulas eventuais escrituras públicas levadas a registro de imóveis, de maneira que o particular não possui legitimidade ativa para reivindicar direito indenização por desapropriação indireta em razão da inclusão de terras dos Campos do Massiambu nos limites do Parque Estadual da

³⁴ 3ª Câmara de Direito Público, apelação cível 2010.073081-2, de Porto Belo, rel. des. Luiz César Medeiros, julgado em 01/02/2011. Confira-se, também, apelação cível 2009.063276-3, de Criciúma, 3ª Câmara de Direito Público, rel. des. Carlos Adilson Silva, julgado em 15/03/2011.

³⁵ TJSC, Segunda Câmara de Direito Público, apelação cível 2009.036933-4, rel. des. Cid Goulart, julgado em 18/08/2010.

Serra do Tabuleiro criado em 1975.³⁶

Acerca de pedidos de indenização por desapropriação indireta de terras situadas nos limites da Terra Indígena Morro dos Cavalos (portaria nº 771/2008 do Ministério da Justiça), encontra-se decisão do TJSC que homologa desistência de ação com expressa renúncia ao direito de indenização e anuência da União Federal, em face de interferência, noticiada em sede recursal, de imóveis com tais terras indígenas.³⁷

Com efeito, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, conforme art. 20, XI, da CF/88, extraindo-se do disposto no art. 231 e seus parágrafos que elas são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis, resultando na inexistência de domínio privado e a impossibilidade de indenização do domínio, ocupação ou posse da terra, por se tratar de área ocupada tradicionalmente por índios, salvo a indenização, pela União Federal, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. A propósito do tema já se manifestou o STJ, enfatizando que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não perdem essa característica por ainda não terem sido demarcadas, na medida em que a demarcação tem efeito meramente declaratório. Assim entendido, não se pode falar em perda ou restrição da propriedade por parte de quem nunca a teve.³⁸

9. Responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais

Outra questão que merece destaque diz respeito à responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais nas ações por desapropriação indireta. O STJ adotava posição no sentido de que cabia ao Estado adiantar o valor relativo aos honorários de perícia, ao argumento de que a desapropriação indireta constitui ato ilícito de apossamento administrativo que não deveria ser premiado e desse modo não seria justo impor ao autor, que não fora indenizado, antecipar o pagamento da verba, o que funcionaria como medida inibitória ao ajuizamento da ação de inden-

³⁶ 1ª Câmara de Direito Público, apelação cível 1999.018234-7, rel. des. Volnei Carlin, julgado em 07/03/2002. Tal aresto foi confirmado em sede de ação rescisória nº 2006.008945-1, rel. des. Rui Fortes, julgado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público em 09/09/2009. Indica-se, a propósito do assunto, com amplo histórico da ação declaratória incidental ajuizada, artigo da procuradora do Estado Ana Cláudia Allet Aguiar na Revista da PGE/SC, nº 3, 2014, p. 109, intitulado “Do domínio do Estado de Santa Catarina sobre as terras situadas nos Campos de Araçatuba ou Massiambu”.

³⁷ 1ª Câmara de Direito Público, apelação cível 2011.029267-6, rel. des. Carlos Adilson Silva, julgado em 15/09/2015.

³⁸ STJ, 1ª turma, REsp. 1.097.980/SC, rel. min. Denise Arruda, julgado em 03/03/2009. Registre-se, porém, que o Estado protocolizou no STF ação, que aguarda análise, pleiteando a anulação da demarcação da terra indígena do Morro dos Cavalos (ACO nº 2.323).

zação.³⁹ Tal entendimento vinha sendo seguido pela jurisprudência do TJSC.

No entanto, o entendimento, outrora pacífico, restou superado pela Corte superior, consolidando-se a jurisprudência no sentido de que as regras dos arts. 19 e 33 do CPC concernentes à responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais se aplicam às demandas indenizatórias por desapropriação indireta, eis que regidas pelo procedimento comum.⁴⁰ Ademais, não há razão para modificar o entendimento quando se trata de ação por desapropriação indireta, não sendo cabível o argumento de que o ente público deve adiantar as despesas da perícia porque praticou um ilícito, pois isso significaria antecipar o juízo de procedência. Se a administração praticou um ato ilícito, o que será objeto de sentença, o ressarcimento das despesas decorrerá da sucumbência, não se podendo julgar quem vai adiantar custas com base num possível juízo de procedência.⁴¹

Apesar de a orientação ter sido fixada à luz do art. 33 do CPC de 1973, o art. 95 do novo CPC manteve a regra segundo a qual a parte que requerer a prova deve adiantar a despesa, de sorte que subsistem as razões de decidir da jurisprudência formada pela Corte superior. Assim, não cabe ao Estado arcar com o adiantamento dos honorários periciais quando pleiteado pela parte autora. Ressalva-se, porém, que o art. 95 trouxe alteração quanto à perícia determinada de ofício ou por ambas as partes, que será rateada pelas partes.

Há precedente do TJSC, em ação por desapropriação indireta envolvendo o Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, que reconheceu a mais recente orientação do STJ e estabeleceu que, mesmo nos casos de desapropriação indireta, o ônus relativo ao adiantamento dos honorários periciais deve ser atribuído à parte que requereu a prova.⁴²

³⁹ 1ª turma, REsp. 788.817/GO, rel. ministro Luiz Fux, julgado em 19/06/2007, DJ 23/08/2007, p. 213.

⁴⁰ 2ª turma, AgRg. no REsp. 1478715/AM, rel. min. Herman Benjamin, julgado em 18/11/2014, in DJe 26/11/2014; 2ª turma, REsp. 1343375/BA, rel. min. Eliana Calmon, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013; 1ª turma, AgRg. no REsp. 1.253.727/MG, rel. min. Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 06/09/2011, in DJe 15/09/2011; 2ª turma, AgRg. no REsp. 1.165.346/MT, rel. min. Humberto Martins, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010; 2ª turma, REsp. 1.149.584/PR, rel. min. Eliana Calmon, segunda turma, DJe 25/11/2009; 1ª turma, Recurso Especial 819.279/MG, rel. min. Teori Albino Zavascki, julgado em 16/09/2008; decisões monocráticas no REsp. 1.297.071/SP, rel. min. Benedito Gonçalves – 1ª turma, julgado em 20/08/2016, no REsp. 1.330.672/MG, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho – 1ª turma, julgado em 14/03/2016, e na medida cautelar 24.989/PA, rel. min. Herman Benjamin – 1ª turma, julgado em 01/10/2015).

⁴¹ REsp. 948.351/RS, 1ª turma, rel. p/ acórdão min. Teori Albino Zavascki, julgado em 19/05/2009, in DJ e 29/06/2009.

⁴² 2ª Câmara de Direito Público, agravo de instrumento nº 2010.014060-4, de Palhoça, rel. des. Ricardo Roesler, julgado em 14/09/2010.

10. Juros compensatórios (art.15-A) e moratórios (art. 15-B)

Os juros compensatórios devem ser fixados em 12% ao ano, em face do enunciado da súmula 618 do STF, conforme decidido liminarmente na ADI 2.332-2, movida contra medida provisória que introduziu o art. 15-A no decreto-lei 3.365/41⁴³, tendo como termo final a expedição do precatório original (artigo 100, § 12, da CF).

Entretanto, no período de vigência da MP 1.577/97, qual seja 11/06/1997 a 13/09/2001 deverá sofrer redução para 6% ao ano. É o que determina a súmula 408 do STJ: “Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a medida provisória nº 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da súmula 618 do STF”.

Assentou a 1ª seção do STJ, em recurso sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC (temas 210 e 211), que a partir da medida provisória 1.997-34, de 13/01/2000, que deu nova redação ao art. 15-B do decreto-lei 3.365/41, o termo inicial dos juros moratórios, em desapropriação, é o dia “1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição”. Considerou-se impertinente a discussão a respeito de possível anatocismo decorrente da cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, vez que no atual quadro normativo essa hipótese já não mais se verifica. Confira-se:

Segundo jurisprudência assentada por ambas as Turmas da 1ª Seção, os juros compensatórios, em desapropriação, **somente incidem até a data da expedição do precatório original**. Tal entendimento está agora também confirmado pelo § 12 do art. 100 da CF, com a redação dada pela EC 62/09. Sendo assim, não ocorre, no atual quadro normativo, hipótese de cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, eis que **se tratam de encargos que incidem em períodos diferentes: os juros compensatórios têm incidência até a data da expedição de precatório, enquanto que os moratórios somente incidirão se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional**.⁴⁴

Destarte, já não possuem mais suporte legal os enunciados da súmula 70/STJ (“Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença”), da súmula 12/STJ (“Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios”) e da súmula 102/STJ (“A incidência dos juros moratórios sobre compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei”).

No que toca aos encargos e juros da desapropriação indireta, são seguidos os mesmos parâmetros que vigoram quanto à desapropriação direta. A propósito, aliás,

⁴³ A ADI 2.332-2 ainda não foi definitivamente julgada.

⁴⁴ STJ, 1ª seção, REsp. 1.118.103/SP, rel. min. Teori Zavascki, julgado em 24/02/2010, in DJe: 08/03/2010.

o § 3º do art. 15-A do decreto-lei nº 3.365/41 (incluído pela MP 2183-56, de 2001) declara que “o disposto no *caput* deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença”.

11. Honorários advocatícios. Percentual. Decreto-lei nº 3.365/41

Embora a expressão que limitava os honorários advocatícios no caso de desapropriação em R\$ 151.000,00 tenha sido liminarmente suspensa na ADIN 2.332-2, o STF considerou constitucional a limitação quanto ao percentual (entre 0,5% e 5%) dada pela nova redação do art. 27, § 1º do decreto-lei nº 3.365/41.

E, por previsão expressa do § 3º, inciso I, do mesmo art. 27, o disposto no § 1º se aplica às ações por apossamento administrativo ou desapropriação indireta.

Em sintonia, no REsp. 1.114.407/SP, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC (tema 184), e que tratava de caso de desapropriação indireta, ficou definido que a jurisprudência sedimentada nas duas turmas da 1ª seção do STJ é no sentido de que o valor dos honorários advocatícios em sede de desapropriação deve respeitar os limites impostos pelo artigo 27, § 1º, do decreto-lei 3.365/41 – qual seja: entre 0,5% e 5% da diferença entre o valor proposto inicialmente pelo imóvel e a indenização imposta judicialmente.⁴⁵

A jurisprudência do TJSC, na esteira do STF e do STJ, também tem aplicado tais dispositivos à desapropriação indireta.⁴⁶

12. Avaliação judicial do valor da indenização

O STJ possui jurisprudência no sentido de que o valor da indenização pela expropriação sofrida deve ser contemporâneo à data da avaliação judicial, não sendo relevante a data em que ocorreu a imissão na posse, tampouco a data em que se deu a vistoria do expropriante, nos termos do artigo 26 do decreto-lei nº 3.365/41 e do artigo 12, § 2.º, da lei complementar nº 76/93, sendo a princípio correta a utilização do valor do imóvel à época da confecção do laudo pericial.

Entretanto, jurisprudência também do Superior Tribunal de Justiça tem orientado no sentido de que o art. 26 da Lei de Desapropriações não se aplica irretiradamente às desapropriações indiretas, devendo-se tomar em referência o valor do

⁴⁵ REsp. 1.114.407/SP, rel. min. Mauro Campbell Marques, julgado em 09/12/2009, DJe 18/12/2009.

⁴⁶ Apelação cível 2008.044768-0, de Modelo, rel. des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 26/11/2008.

imóvel na época da ocupação quando transcorrido longo período de tempo entre o apossamento e a propositura de demanda judicial, e, conseqüentemente, a avaliação judicial, isso porque, diante das peculiaridades desses casos, o justo preço não correspondente ao valor contemporâneo à perícia.⁴⁷ Ou, ainda, em situações em que há valorização extraordinária do bem no interregno entre a ocupação e a perícia, o que ensejaria enriquecimento sem causa, recomendando apurar o valor do imóvel nos dias atuais, afastando-se a regra geral da contemporaneidade, como forma de evitar tanto a onerosidade excessiva do ente expropriante, como também para que o proprietário não enriqueça indevidamente.⁴⁸

13. Nota sobre a postura do STF

O STF tem se orientado no sentido de que as discussões em matéria de desapropriação, direta e indireta, como a justa indenização⁴⁹, o prazo prescricional⁵⁰ e as regras dos juros compensatórios e moratórios⁵¹, demandam análise de legislação in-

⁴⁷ “Não se aplica irrestritamente o art. 26 do DL 3.365/1941 às desapropriações indiretas. Diante das particularidades desses casos, em que pode transcorrer longo período entre o apossamento e a propositura da demanda e, conseqüentemente, a avaliação judicial, o justo preço não necessariamente corresponde ao valor contemporâneo à perícia. Precedentes do STJ” (2ª turma, REsp. 1.361.955/SC, rel. min. Herman Benjamin, julgado em 28/05/2013). E: 2ª turma, AgRg. no agravo em REsp. 475.928/SP, rel. min. Humberto Martins, julgado em 06/05/2014.

⁴⁸ 2ª turma AgInt. no AREsp. 998.611/PR, rel. ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 28/03/2017, DJe 03/04/2017. “Ora, em casos tais, a regra do art. 26 do decreto-lei nº 3.365/41 não pode ser aplicada cega e impositivamente, sob pena de se comprometer o preceito constitucional da justa indenização. Com efeito, no interregno, geralmente longo, entre a data da ocupação do bem pelo Estado e a sua avaliação no âmbito da ação de desapropriação indireta, é possível e até normal que ocorram mudanças substantivas no bem, que podem levar ou à sua valorização ou, ao contrário, à sua depreciação. Nessa última hipótese, ninguém ousaria sustentar, invocando o citado art. 26, que ao proprietário cabe suportar o ônus pela eventual desvalorização do imóvel (por exemplo, o desgaste de prédio em virtude do tempo ou do uso) ocorrida depois do apossamento do imóvel pelo Estado e antes da sua avaliação judicial. Ora, o contrário também pode acarretar graves conseqüências. Coaduna-se com essa linha de raciocínio a orientação contida na súmula nº 114 do STJ, segundo a qual “os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente”. Não é por acaso que se elegeu o instante da ocupação do Poder Público como o marco a partir do qual o expropriado faz jus aos ditos consectários: trata-se do momento em que se vê coarctada a possibilidade de fruição econômica do bem, ensejando o pagamento de quantia que compense essa limitação. Pois a apuração da indenização pela perda da propriedade segue a mesma lógica, impondo-se dar ao despossado valor equivalente ao do imóvel ao tempo em que dele não teve mais poder de disposição.” (1ª turma, REsp. 502.519/MA, rel. min. Teori Albino Zavascki, julgado em 19/02/2004, DJ 15/03/2004).

⁴⁹ 2ª turma, AgR. no AI 717.016/SP, rel. min. Eros Grau, julgado em 26/08/2008, DJe de 19/09/2008; 2ª turma, AgR. no AI 763.874/RS, rel. min. Ayres Britto, julgado em 30/08/2011, DJe de 13/10/2011.

⁵⁰ 2ª turma, AgR. no ARE 1.014.542/SC, rel. min. Edson Fachin, julgado em 02/06/2017, DJe de 21/06/2017; 1ª turma, AgR. no AI 763.823 /SP, rel. min. Ricardo Lewandoski, DJe de 11/04/2011; 2ª turma, AgR. no ARE 781839/CE, rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 29/04/2014, DJe de 14/05/2014.

⁵¹ 1ª turma, AgR. no AI 653.599/SC, rel. min. Dias Toffoli, julgado em 28/02/2012, DJe-065 de 30/03/2012).

fraconstitucional (decreto-lei nº 3.365/41), de modo que a afronta à Constituição, se ocorrente, seria reflexa, razão pela qual a Suprema Corte, como regra, não vem conhecendo dos recursos extraordinários referentes à matéria.

14. Conclusão

Sem a pretensão de esgotar todas as questões envolvidas nos processos indenizatórios fundados na alegação de desapropriação indireta em virtude de criação de parque estadual e unidades de conservação ambiental, espera-se ter obtido êxito em traçar uma visão geral do momento atual da jurisprudência do STJ sobre a temática, e assim também do TJSC, aqui especialmente acerca do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro (PEST), dado o maior número de precedentes, não obstante a dificuldade inerente ao trabalho de identificação de entendimentos predominantes ou prevalecentes.

Bibliografia

AGUIAR, Ana Cláudia Allet. Do domínio do Estado de Santa Catarina sobre as terras situadas nos Campos de Araçatuba ou Massiambu. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina*, nº 3, 2014, p. 109.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. *Decreto-lei 3.365/42*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. *Lei 9.985/2000*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

SALES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

A participação e a informação para a gestão democrática das políticas ambientais

Felipe Wildi Varela¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado; 3. O princípio da solidariedade e o surgimento do estado ambiental de direito; 4. Democratização da gestão ambiental; 5. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: A tutela dos direitos humanos tem forte influxo no contexto histórico. A cada período da história da civilização afloram novas demandas e anseios sociais. A consolidação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no presente e para as futuras gerações o diferencia dos direitos individuais e sociais. A manutenção da sustentabilidade econômica e ambiental deixa de ser apenas um dever jurídico do Estado e passa a exigir uma atuação da coletividade. A tutela desses direitos pertence a todo o grupo social. Como forma de superar a crise ambiental decorrente da excessiva e desordenada exploração dos recursos naturais, busca-se a participação do cidadão na gestão das políticas ambientais. O acesso à informação, por sua vez, permite que os novos atores estejam mais preparados para participar conscientemente nas decisões coletivas que lhes digam respeito. Por meio de pesquisa bibliográfica, busca o presente artigo verificar como o direito à informação e o incremento da participação do cidadão podem contribuir para a gestão ambiental sustentável.

1. Introdução

A evolução da proteção aos direitos humanos ao longo da história da civilização tem sido caracterizada pelo contexto social e temporal na qual está inserida. Bobbio ensina que os direitos humanos “por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e, nascidos de modo gradual”².

A necessidade de se manter a sadia qualidade de vida do ser humano passou a ser objeto de tutela do direito e a ser considerada um direito fundamental, a partir do momento em que se percebeu o risco iminente de colapso dos recursos naturais.

¹ Mestrando em ciências jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em direito público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis – Santa Catarina, Brasil. *E-mail:* varela@pge.sc.gov.br

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. reimpressão, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 5.

Para Borges: “A crise ecológica é um momento que decorre do processo civilizatório moderno e se identifica com o momento contemporâneo. Este é um momento de ameaça de exclusão do futuro.”³

A positivação da proteção do meio ambiente passa a ter *status* constitucionais em diversos ordenamentos jurídicos como forma de assegurar a qualidade devida para as gerações presentes e futuras. Essa nova demanda social, em razão da sua amplitude e complexidade, rompe a dicotomia do público e do privado passando a exigir cooperação de todos para o enfrentamento da crise ambiental.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objeto o estudo do incremento do princípio da participação popular na gestão ambiental do Estado. Pretende-se, de início, contextualizar as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais até a proteção do meio ambiente, de titularidade difusa ou coletiva. Em seguida, já consolidada a tutela do meio ambiente como direito fundamental, será abordado o surgimento do estado de direito ambiental, baseado no princípio da solidariedade. E, por fim, discorre-se sobre a implementação do direito à participação e à informação na gestão ambiental, postulados do princípio democrático, bases do direito ambiental e do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2. O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado

A origem da tutela dos direitos fundamentais, segundo Sarlet “desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”.

Esclarece, ainda, o autor, que

somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas ‘gerações’ (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento das novas necessidades básicas.⁴

³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *A proteção do meio ambiente frente ao direito de propriedade: a função ambiental da propriedade rural*. Dissertação apresentada no curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 1999, p. 7.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36-37.

Os direitos fundamentais estão em constante evolução em face da necessidade de sua adequação social e temporal. A primeira grande mutação deu-se com o surgimento de um Estado constitucional que tinha o “intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade”⁵.

Num primeiro momento, os denominados direitos fundamentais tinham por objetivo atuar como elemento limitador das ações governamentais, em prol das liberdades dos governados⁶ com o advento do constitucionalismo social a nova interpretação constitucional demandava uma ação estatal enérgica para trazer melhorias significativas nas condições materiais de vida da população em geral⁷.

Entretanto, o estado constitucional social não conseguiu suprir todas as demandas vindicadas. Novas exigências surgem e são impostas a cada momento pela sociedade moderna e pós-industrial. Os novos valores passam a evidenciar a necessidade de se tutelarem direitos pertencentes a todo o grupo social.

A denominada terceira geração ou dimensão dos direitos fundamentais afasta a concepção da tutela individual e singular do homem. O sujeito ativo dos direitos humanos é de titularidade difusa ou coletiva. Passa-se a pensar “o ser humano como gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada”⁸. Há nítida preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras.

A amplitude dos denominados direitos de fraternidade e solidariedade, cuja natureza tem alcance universal, passa a exigir esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados. Assim, para Fernanda Luiza:

os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados.⁹

⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2008, p. 50.

⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13.

⁷ *Idem*, p. 19.

⁸ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004, p. 81.

⁹ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 74-75.

Como bem aponta Sarlet, a peculiaridade dos chamados direitos de solidariedade e fraternidade, “reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada a sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção”¹⁰.

Norberto Bobbio, ao comentar a terceira geração dos direitos humanos, aduziu que “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”¹¹.

Ao lado do plano acadêmico, o meio ambiente é, também, reconhecido definitivamente como direito fundamental da terceira geração, a partir do momento em que diversos são os ordenamentos jurídicos nacionais que assim o declaram.

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 225¹², *caput*, da Constituição Federal de 1988, assegura que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E mais, considera o meio ambiente um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo o dever de o poder público e a coletividade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Espanha, já no final da década de 70, elevou ao plano constitucional os ideais da proteção ao meio ambiente como direito fundamental. Assim, o artigo 45 da Constituição espanhola de 1978¹³ assegura que todos têm o direito de desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento humano, assim como o dever de conservá-lo.

No plano internacional, a União Europeia também reconhece o meio ambiente como um direito fundamental dos cidadãos que integram a comunidade. O tratado de constituição da União Europeia, Tratado de Maastricht, no seu artigo 174, nº 1, estabeleceu que a política relativa ao meio ambiente do bloco tem como objetivos a preservação, a proteção e a melhoria da qualidade do ambiente; a proteção da vida das pessoas; a utilização prudente e racional dos recursos naturais; e a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 49.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. reimpressão, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 6.

¹² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹³ Artículo 45. 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

regionais ou mundiais do ambiente.

Como se pode observar, as gerações ou dimensões de direitos fundamentais além de estarem intimamente ligadas à evolução dos Estados constitucionais, também refletem os princípios da Revolução Francesa: liberdade (1º geração), igualdade (2º geração) e fraternidade (3º geração). Ademais, não se desconhece, tampouco, sequer ignorar, que a doutrina moderna vem ampliando esses ideários e abrindo espaços para novas gerações ou dimensões. Contudo, por não ser objeto precípua deste estudo, não serão abordadas essas novas correntes.

3. O princípio da solidariedade e o surgimento do estado ambiental de direito

O capítulo precedente expôs, ainda que de forma concisa, que a preocupação com a tutela dos direitos fundamentais do homem trilha um caminho paralelo aos movimentos e às conquistas sociais da humanidade. Por certo, não se desconhece que muito ainda há de ser feito, sobretudo, em países de modernidade tardia.

A consolidação do direito ao meio ambiente como um direito fundamental do ser humano o singulariza e o diferencia de um direito individual ou de um direito social. Isso porque a sua proteção deixa de ser apenas um dever jurídico do Estado e passa a exigir uma atuação ativa também do próprio particular, que é seu titular e beneficiário.

Nesse sentido, Pureza afirma que “se trata de um direito de responsabilidade compartilhada por todos, isto é, um misto de direitos e deveres de todos, não se inserindo mais como um direito subjectivo de perfil egoístico”¹⁴.

A grande característica dos direitos fundamentais de terceira geração, como o direito ao meio ambiente, está consubstanciada na coesão de interesses públicos e privados. “Os direitos difusos implicam superação da dicotomia público x privado, não se confundindo mais o público com o estatal e o privado com o mero egoísmo”¹⁵. Portanto, a dicotomia rígida entre direito público e direito privado é “re-dimensionada como campo nobre de incidência e de concretização dos princípios e regras constitucionais”¹⁶. Daí a verdadeiro significado da solidariedade em torno de um bem comum.

¹⁴ PUREZA, José Manuel. *Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1997, p. 24.

¹⁵ JUNIOR, Homero Andretta. O estado constitucional de direito democrático e social, ambientalmente sustentado. In: SANTOS, Bruno Grego dos, BERNARDO, Leandro Ferreira, FRANCALOSSO, Willian (organizadores). *Temas avançados da advocacia pública: direito ambiental, sustentabilidade e advocacia pública*. Maringá: Editora Unicorpore, 2012, p. 322.

¹⁶ FREITAS, Juares. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 227-228.

Todo esse processo de constitucionalização do direito ambiental, ou seja, da “incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”¹⁷, somente é possível em razão da constância do estado democrático de direito.

O estado democrático de direito tem por vocação equalizar e superar os paradoxos do Estado contemporâneo – em que se tem “o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo”¹⁸.

A evolução do regime político para o estado democrático de direito é bem sintetizada e proposta por José Afonso da Silva:

A configuração do ‘Estado Democrático de Direito’ não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do ‘status quo’.¹⁹

Nas últimas décadas, especificamente entre os anos de 1960 e 1970, se intensificaram os debates sobre o esgotamento dos recursos naturais. A ausência de efetiva proteção ao meio ambiente, e via de consequência, os primeiros sintomas da escassez dos recursos naturais²⁰, evidenciou a necessidade de uma resposta imediata de modo a se restabelecer a qualidade de vida humana.

A crise ambiental²¹ instalada contribuiu, aos poucos, para o surgimento do estado de direito ambiental. A necessidade de mudanças profundas nas estruturas da sociedade organizada, a fim de se buscar um novo rumo e alternativas para superar os efeitos da degradação ambiental, trouxe consigo um novo ideal de desenvolvi-

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378.

¹⁸ *Idem*, p. 231.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 123.

²⁰ O efeito estufa, a chuva ácida, a perda da biodiversidade, o desmatamento, a poluição do ar, a exaustão do solo, a erosão e a morte dos rios e dos lagos.

²¹ “É inegável que atualmente estamos vivendo uma intensa crise ambiental, proveniente de uma sociedade de risco, deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida. Parece que esta falta de controle da qualidade de vida tem muito a ver com a racionalidade do desenvolvimento econômico do Estado, que marginalizou a proteção do meio ambiente.” (LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato (org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000, p. 13).

mento, o sustentável. A partir do princípio da solidariedade econômica e social, se buscou conduzir à efetiva proteção do meio ambiente e à salvaguarda da qualidade de vida planetária.

O princípio da solidariedade representou uma mudança de paradigma na aplicação do direito e, via de consequência, contribuiu para o surgimento do estado de direito ambiental. A busca de uma vida melhor “compreende a preocupação e o respeito para com o outro, ainda que não existente, como forma de garantia da dignidade – na sua ampla acepção – dos seres futuros”²². Assim, “a limitação da nossa vontade atual de poder e de usufruto é essencial para o estabelecimento de vínculos com as gerações que nos precederam e com as que nos precederão”²³.

Aliás, a Supremo Tribunal Federal perfila do mesmo entendimento acerca da relevância do princípio da solidariedade em matéria ambiental ao assim citá-lo em um dos seus julgados:

O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.²⁴

Assim, o estado ambiental de direito tem como princípio dominante a preocupação ambiental. Busca não apenas a sua positivação, mas também ações concretas e consequências práticas para afastar as condutas nocivas ao meio ambiente, como assevera Fraga:

*Hoy se habla del estado ambiental (Lettera) como fórmula superadora constitucional (después del estado de derecho y del estado social) para significar que la preocupación ambiental es la determinante en la forma de estado de nuestros días. Afirmer el estado ambiental de derecho (Montoro Chiner) no es sólo una apuesta ideológica sino que supone sobre todo importantes consecuencias prácticas.*²⁵

²² SILVA, Marcela Vitoriano e. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do direito para o futuro. *Veredas do direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável*, [S.l.], v. 8, nº 16, p. 115, abr. 2012. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/179/188>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

²³ NÍQUEL, Mariana Vicente. *A difícil proteção das futuras gerações: reflexões sobre a crise ambiental*. Disponível em: <http://www.crea-rs.org.br/crea/pags/revista/41/CR41_area-tecnica-artigo5.pdf> Acesso em: 10 jul. 2016.

²⁴ ADI 3.540-MC/DF, rel. min. Celso de Mello, pleno, citada em AC 1.255 MC/RR. Rel. min. Celso de Mello. 22/6/2006.

²⁵ FRAGA, Jesús Jordano. El derecho ambiental del siglo XXI. *Revista de direito ambiental*, nº 36. out./dez. 2004,

Para Canotilho “Um Estado constitucional ecológico pressupõe uma concepção integrada ou integrativa do ambiente e, conseqüentemente, um direito integrado e integrativo do ambiente”.²⁶ Ademais, aponta o autor que o agir integrativo do estado ecológico deve reunir os esforços do Estado e da sociedade para uma proteção efetiva do ambiente:

Integrar os cidadãos e suas organizações nas estratégias regulativas do ambiente representa, afinal, uma das dimensões indispensáveis à concepção integrativa do ambiente, sob pena de esta concepção se transformar num encapuçado plano global do ambiente, sem quaisquer comunicações com o ambiente humano e social”.²⁷

Com efeito, não se pode negar que a proteção ambiental passou a ser um assunto relevante para muitos ordenamentos jurídicos. Diversas são as ordens constitucionais contemporâneas que preveem dispositivos que criam condições e regulamentam a fruição de bens ambientais. Contudo, a edição de uma Constituição repleta de normas programáticas por si só não atingirá os objetivos propostos para se assegurar a manutenção da qualidade de vida terrena.

A mudança social está diretamente ligada ao esforço dos grupos sociais e às esferas de poder presentes em determinada sociedade. A vontade política dessa última e ação positiva daquela são os elementos determinantes para se superar, de fato, os efeitos da crise ambiental.

A concretização do estado de direito ambiental pugna pela mudança profunda na essência das estruturas existentes da sociedade organizada. A conscientização global da crise é o primeiro passo seguido. E, por meio de um modelo de cidadania participativa, em que todos – Poder Público e particulares –, atuam de forma conjunta e harmônica é que terá início essa forma pós-moderna e social de Estado.

José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala apontam que a materialização do estado ambiental tem início pela “tomada de consciência global da crise ambiental, em face das exigências de uma cidadania moderna e participativa”.²⁸

Nesse caminho trilha Nunes Júnior,

p. 235-255.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini & LEITE, José Morato (organizadores). *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 8.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado constitucional ecológico e democracia sustentada*, p. 13.

²⁸ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extra patrimonial*. 3. ed., São Paulo: RT, 2010, p. 39.

Como se observa, o Estado Ambiental apresenta características que lhe conferem funções (ampliadas) do Estado Liberal e do Estado Social, considerando, sobretudo, a preservação do meio ambiente e a promoção da qualidade de vida, como valores fundantes de uma democracia e de uma nova forma de cidadania (participativa e solidária).²⁹

Assim, o enfrentamento da crise ambiental desponta os vínculos entre a democracia e a questão ambiental, de modo a evidenciar o esgotamento da forma de democracia liberal, superando, ainda, a forma clássica representativa e edificando um novo plano cujos elementos repousam na democracia direta e participativa.

4. Democratização da gestão ambiental

A terceira geração dos direitos fundamentais do homem fortaleceu a ideia de que o meio ambiente equilibrado ao lado do desenvolvimento sustentável são objetivos a serem alcançados pelos estados contemporâneos. Entretanto, a complexidade e a amplitude da proteção ao patrimônio ambiental de modo a garantir a qualidade de vida das gerações atuais e futuras não será possível sem que haja a cooperação da sociedade civil.

Com efeito, esse novo cenário demonstra a superação do estado liberal e do estado social. O individualismo liberal e o garantismo social dão lugar a um pensamento solidário e cooperativo entre Estado e a sociedade, nas palavras de Ruschel³⁰.

O elo necessário para se estabelecer o elemento solidário entre o Estado e a sociedade é o respeito ao princípio da democracia. Uma sociedade realmente democrática exige a participação de todos os atores que a compõe.

Paulo de Bessa Antunes, analisando a gênese do direito ambiental, afirma que esse ramo “tem uma das vertentes de sua origem nos movimentos reivindicatórios dos cidadãos e, como tal, é essencialmente democrático”³¹. Explica ainda o autor que “o princípio democrático materializa-se através dos direitos à informação e à participação”³² que “é aquele que assegura aos cidadãos o direito pleno de participar na elaboração das políticas públicas ambientais”³³.

Ademais, o elemento democrático possuiu um caráter dúplice. Ao mesmo

²⁹ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O estado ambiental de direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 163, jul./set. 2004, p. 300.

³⁰ RUSCHEL, Caroline Vieira. *Parceria ambiental*. Cidade: Juará, 2010, p. 27.

³¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 80.

³² *Idem, ibidem*.

³³ *Idem, ibidem*.

tempo em que atua como limite ao poder, serve para sua legitimação.

Boaventura de Souza Santos explica que o compromisso democrático deve ser compreendido em sentido amplo. A busca pela democratização não se restringe mais apenas ao Estado regulador. Deve-se também, simultaneamente, se democratizar a esfera não estatal:

Nas novas condições a democracia redistributiva tem de ser democracia participativa e a participação democrática tem de incidir tanto na actuação estatal de coordenação como na actuação dos agentes privados, empresas, organizações não governamentais, movimentos sociais cujos interesses e desempenho o Estado coordena.³⁴

Nesse novo contexto democrático, a participação não está apenas restrita a escolha deste ou daquele para exercer o poder, mas de que forma o poder deverá ser exercido. Trata-se de um dever social que carrega consigo a ideia de solidariedade.

A transição do Estado decorrente da crise ambiental instalada cria um ambiente propício à gestão participativa no Estado. De acordo com Leite e Ayala, o viés democrático estimula o exercício pleno da cidadania.

Trata-se de fato do Estado passar a incentivar a emergência de um pluralismo jurídico comunitário participativo no viés ambiental, consubstanciado em modelo democrático, que privilegia a participação dos sujeitos sociais na regulamentação das instituições chaves da sociedade.³⁵

Leite indica que “a participação popular se completa com a informação e a educação ambiental. Destaca-se que a participação sem informação adequada não é credível nem eficaz, mas um mero ritual”³⁶.

O direito à informação ambiental, por sua vez, segundo Édis Milaré: “surge como significativa conquista da cidadania [...] Aliás, o direito à informação é um dos postulados básicos do regime democrático, essencial ao processo de participação da comunidade no debate e nas deliberações de assuntos de seu interesse direto”³⁷.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a democracia*. 2. ed.. Lisboa: Gradiva, 2002, p. 63.

³⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*, p. 31.

³⁶ LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato (org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000, p. 23.

³⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev. atual. ref. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 1.079.

A consciência de que para se enfrentar a crise dos recursos naturais é necessário se ampliar os espaços de participação e de acesso à informação é um avanço considerável em busca da efetiva proteção ambiental e da proteção e propagação dos direitos humanos.

Para Milaré³⁸ a sociedade civil com acesso à informação, possui melhores condições para atuar e articular na defesa da sociedade buscando envolver-se ativamente na condução de processos decisórios que hão de decidir o futuro da humanidade. O cidadão participativo e bem informado dispõe de valiosa ferramenta de controle social do Poder.

5. Conclusão

A positivação de normas de proteção ao meio ambiente e de diretivas para um desenvolvimento sustentável tem demonstrado que a preocupação em superar a crise ambiental tornou-se realidade na sociedade contemporânea.

Esse esforço global de ação solidária vem demonstrar a evolução do Estado – de liberal, passando pelo estágio social, e, atingindo a fase democrática ambiental –, corrobora o sentido de demonstrar que as bases da sustentabilidade são, efetivamente, protetivas dos direitos humanos.

O atual estágio democrático evidencia o esgotamento das formas tradicionais e clássicas da democracia baseadas na representatividade. É preciso cada vez mais assegurar aos cidadãos o direito pleno de participar na elaboração e na gestão das políticas ambientais. O exercício da cidadania pressupõe os direitos de participação e de informação, de forma a se efetivar os princípios de estado democrático de direito. Exercem, ainda, um forte papel nas ações de controle social – defesa e fiscalização do meio ambiente.

Em que pese na prática a efetivação da participação social e da gestão ambiental transparente ainda não seja uma realidade concreta, “é nos momentos de crise que se tentam os saltos qualitativos, que propiciem avanços reais no campo dos direitos humanos, mesmo porque as crises e o sofrimento humano evidenciam as necessidades prementes de proteção.”³⁹

Portanto, passadas as primeiras gerações ou dimensões de direitos humanos baseadas no individualismo, posteriormente, no assistencialismo, chega a hora de um pensar coletivo e solidário. Não apenas de intuito programático, mas como ne-

³⁸ Idem, p. 1.081.

³⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993): o legado de Viena. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José, Costa Rica: IIDH; ACNUR; CIVC; CUE, 1996, p. 113.

cessidade de sobrevivência do ser humano no planeta terra. A manutenção de uma boa qualidade de vida está em nossas mãos.

E, por fim, Zygmunt Bauman afirma que “é preciso acreditar no potencial humano para que um outro mundo seja possível”⁴⁰.

Bibliografia

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *A utopia possível na sociedade líquida*. 03/08/2009. São Paulo: Revista Cult. Entrevista concedida a Dennis de Oliveira. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/entrevis-zygmunt-bauman/>>. Acesso em 19 jul. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. reimpressão, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *A proteção do meio ambiente frente ao direito de propriedade: a função ambiental da propriedade rural*. Dissertação apresentada no curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em 15-07-16.

_____. Supremo Tribunal Federal, *ADI 3.540-MC/DF*, relator ministro Celso de Mello. Publicado em 22/06/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *A utopia possível na sociedade líquida*. 03/08/2009. São Paulo: Revista Cult. Entrevista concedida a Dennis de Oliveira. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/entrevis-zygmunt-bauman/>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada in FERREIRA, Heline Sivini & LEITE, José Morato (organizadores). *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ESPANHA. *Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

FRAGA, Jesús Jordano. El derecho ambiental del siglo XXI. *Revista de Direito Ambiental*. nº 36, out./dez. 2004.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JUNIOR, Homero Andretta. O estado constitucional de direito democrático e social, ambientalmente sustentado. In: SANTOS, Bruno Grego dos, BERNARDO, Leandro Ferreira, FRANCALOSSO, Willian (organizadores). *Temas avançados da advocacia pública: direito ambiental, sustentabilidade e advocacia pública*. Maringá: Editora Unicorpore, 2012, p. 322.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extra patrimonial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Direito ambiental na sociedade de risco*.

LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato (org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev. atual. ref. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

NÍQUEL, Mariana Vicente. *A difícil proteção das futuras gerações: reflexões sobre a crise ambiental*. Disponível em: < http://www.crea-rs.org.br/crea/pags/revista/41/CR41_area-tecnica-artigo5.pdf> Acesso em: 10 jul. 2016.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O estado ambiental de direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 163, jul./set. 2004.

PUREZA, José Manuel. *Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1997.

RUSCHEL, Caroline Vieira. *Parceria Ambiental*. Cidade: Juará, 2010, p. 27.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a democracia*. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2002, p. 63.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marcela Vitoriano e. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do Direito para o futuro. *Veredas do direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável*, [S. l.], v. 8, nº 16, p. 115, abr. 2012. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/179/188>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993): o legado de Viena. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José, Costa Rica: IIDH; ACNUR; CIVIC; CUE, 1996.

Liberdade de expressão e a ética da informação

Jocélia Aparecida Lulek¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Liberdade de expressão: direito fundamental; 3. Democracia; 4. Ética e liberdade de expressão; 5. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: A liberdade de expressão está diretamente vinculada à Democracia. Qualquer ação governamental praticada, direta ou indiretamente, com vistas a impedir à manifestação de pensamento, afeta as condições vitais das sociedades democráticas. Este artigo destaca a importância da liberdade de expressão e da ética, as diferenças entre liberdade de expressão e de imprensa e o problema da deturpação do uso da comunicação midiática para a formação da opinião pública. Aborda tanto a necessidade de revisão das outorgas e renovações de concessão e da permissão e autorização para o serviço de radiodifusão como a importância de repensar mecanismos para inibir violações a valores fundamentais, extirpar abusos e punir aqueles que comprometem o processo de democratização.

1. Introdução

A liberdade de expressão é vital a uma sociedade democrática. O discurso e o debate livres, verdadeiros, iguais e éticos, contribuem ao aperfeiçoamento de ações, programas e políticas governamentais, dos quais a liberdade de expressão e de imprensa são mecanismos eficazes por possibilitar a transmissão e a formação da opinião pública.

O povo deve participar de maneira efetiva das deliberações do Poder Público, por meio de críticas e sugestões, apontando atos irregulares, principalmente para que seus representantes reconheçam e assimilem que a Democracia decorre da liberdade, do amplo acesso à informação, não sujeitas a censura.

Expõem-se aqui circunstâncias que transgridem essa liberdade. O objetivo é fomentar a discussão e instigar o debate sobre este controverso tema.

Como reflexão, este trabalho propõe a realização prática da liberdade de expressão e do direito à informação e procura demonstrar que a supressão e o desrespeito desta garantia e do direito assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na Declaração de Direitos Humanos e em normas convencionais, podem

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Univali. Procuradora do Estado de Santa Catarina. Email: joaplulek@gmail.com. 2016.

desequilibrar uma sociedade democrática livre e justa.

Os abusos praticados por pessoas ou veículos de comunicação devem ser controlados, e os responsáveis punidos.

Este artigo está dividido em três partes: a primeira apresenta a liberdade de expressão como direito fundamental e universal; a segunda registra a importância da liberdade de expressão como mecanismo de formação da opinião pública e manutenção da Democracia; e a terceira demonstra as diferenças entre liberdade de expressão e de imprensa, os meios de o povo e os governantes coibirem práticas abusivas e antiéticas realizadas por governantes e empresas midiáticas, bem como a necessidade de revisão das outorgas e renovações de concessão e da permissão e autorização para o serviço de radiodifusão.

2. Liberdade de expressão: direito fundamental

Analisar o conceito liberdade e suas implicações conduziria a uma extensa discussão filosófica, política, religiosa, social e jurídica.

O conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade. Isso vale para disputas filosóficas quanto para polêmicas políticas².

Neste trabalho serão evidenciadas apenas as posições fundamentais ao desenvolvimento do tema.

As transformações da liberdade de manifestação decorrem da vida em sociedade e de fatores históricos, políticos e sociais. Comunicar-se é exercer linguagem: engloba gestos, fala, escrita e outras formas de expressão.

Gradativamente a liberdade de expressão vem estabilizando-se. O primeiro instrumento legal a reconhecer a liberdade de expressão foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776, seguido da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, Constituição Americana, de 17 de setembro de 1787, e Primeira Emenda, de 15 de dezembro de 1791. Na França, com a Revolução de 14 de julho de 1788, consolidou-se por meio através do artigo 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de

² ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 218.

agosto de 1789, e a liberdade de imprensa, reconhecida em sua constituição, em 21 de junho de 1793.

Desde então sociedades democráticas buscam contemplar em seus instrumentos legais a liberdade de expressão, e o Direito Internacional assume papel relevante na formulação dessa prerrogativa. Vários diplomas foram constituídos. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, em seu art. 10, dispõe:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judiciário³.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, em seu art. 13, reconhece que

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar

³ GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO (GDDC). *Direitos Humanos: instrumentos e textos originais*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em 26 jul. 2016.

sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas⁴.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1976, em seu art. 19, prescreve:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.⁵

O art. 4º da Carta Democrática Interamericana, de 11 de setembro de 2001, ressalta que

São componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa. A subordinação constitucional de todas as instituições do Estado à autoridade civil legalmente constituída e o respeito ao Estado de Direito por todas as instituições e setores da sociedade são igualmente fundamentais para a democracia⁶.

⁴ *Ibidem*. Acesso em 26 jul. 2016.

⁵ GDDC. *Direitos Humanos*: instrumentos e textos originais. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em 26 jul. 2016.

⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta Democrática Interamericana*. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm>. Acesso em 26 jul. 2016.

Considerando que a CRFB/88 dispõe que a liberdade de expressão é um dos direitos e deveres individuais e coletivos, que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato e livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (incisos IV e IX do art. 5º); e disciplina em seu art. 220 que a “[...] manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”⁷, vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, conclui-se que a liberdade é um dos valores fundamentais da Democracia, e a mais elevada forma de representação da liberdade é a liberdade de expressão (de informar e ser informado).

A liberdade de expressão está consagrada em diplomas constitucionais, legais e convencionais: é considerada um direito fundamental — mas não é absoluto. O desafio maior da Democracia é defender o direito à liberdade de expressão e, de maneira simultânea, impedir que ele seja utilizado para incitar a violência, a difamação, a calúnia, a subversão, a obscenidade, o ódio e o preconceito étnico⁸.

Idêntico estímulo à preservação da Democracia, sem que ocorra retrocesso do direito de liberdade de imprensa, é a responsabilização de corporações nacionais e internacionais e também de pessoas por práticas de influências midiáticas excessivas e em desconformidade com o ordenamento jurídico e valores éticos.

É por meio da linguagem que influenciemos e somos influenciados. Desde o “[...] começo das civilizações é uma estratégia responsável pela criação e manutenção dos impérios” (tradução nossa)⁹.

A informação, conforme assinala Freitas Nobre¹⁰, citando Fernand Terrou, “[...] designa um conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimentos, ideias ou opiniões”.

Segundo Albino Grego¹¹ (tradução nossa), a informação reivindica duas direções: “[...] a do direito de informar e a do direito de ser informado”.

A liberdade de informar, de manifestar o pensamento pela palavra ou por qualquer outro meio, representa a liberdade de receber a informação com

⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁸ LEMOS, Lilian Rose de. *Liberdade na comunicação: uma interface entre o mundo do direito e da mídia*. 2009. 369 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu em Comunicação e Cultura) – Universidade de Sorocaba. Sorocaba, São Paulo. Disponível em: <http://comunicacaoecultura.uniso.br/prod_discente/2009/pdf/lilian_lemos_1.pdf>. Acesso em 15 jul. 2016.

⁹ INNIS, Harold. *The Bias of Communication*. Toronto: University of Toronto Press, 1951, p. 28.

¹⁰ NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa, lei de informação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 7-8.

¹¹ GREGO, Albino. *La libertà di stampa nell'ordinamento giuridico italiano*. Roma: Bulzoni, 1974, p. 38.

verossimilhança.

Os excessos praticados, sob o falso pretexto de “liberdade de expressão e de pensamento”, ou de retorno “à censura” ou “à ditadura”, devem ser punidos.

No Brasil, a competência para explorar os serviços de radiodifusão, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, é da União Federal — alínea “a” do inciso XII do art. 21 da CRFB/88. Já a produção e a programação de emissoras de rádio e televisão (e *internet*), devem atender aos princípios constitucionais estabelecidos em seu art. 221.

Porém devem ser reconsiderados os instrumentos e mecanismos de responsabilização por abusos dos conteúdos expostos, bem como a forma de concessão dos serviços de radiodifusão no Brasil.

No governo de José Sarney, por meio da Emenda Constitucional nº 36, de 28 de maio de 2002, que alterou a redação do art. 222 da CRFB/88 a fim de ampliar a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão, numerosas concessões foram outorgadas. E a maioria (aproximadamente 900) foi deferida a parlamentares e senadores¹².

Tal prática foi reproduzida no governo Lula¹³:

[...] pelo menos sete concessões de TV e 27 rádios educativas [foram outorgadas] a fundações ligadas a políticos. Também foi generoso com igrejas: destinou pelo menos uma emissora de TV e dez rádios educativas a fundações ligadas a organizações religiosas. Esse fenômeno confirma a afirmação de funcionários graduados do Ministério das Comunicações de que, no Brasil, a radiodifusão ‘ou é altar ou é palanque’.

A prática do “poder” dos meios de comunicação é difundida e utilizada especialmente para fins eleitoreiros ou atividades mercantis. A preservação da Democracia depende de célere revisão de valores éticos e políticos — com comunicação responsável e autêntica.

Ao considerar os direitos fundamentais verdadeiros alicerces da Democracia, Peter Häberle¹⁴ enfatiza que

¹² OBERVATÓRIO DA IMPRENSA. *Folha denuncia distribuição de emissoras a políticos*. Disponível em: <<http://observatoriodaimprensa.com.br/interesse-publico/folha-denuncia-distribuicao-de-emissoras-a-politicos/>>. Acesso em 25 jul. 2016.

¹³ *Ibidem*. Acesso em 25 jul. 2016.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madri: Dykinson-Constitucional, 2003, p. 21.

[...] os direitos fundamentais não só garantem liberdade do Estado, mas também liberdade no Estado. A democracia da liberdade necessita de cidadania política. Através do exercício individual dos direitos fundamentais, surge um processo de liberdade que constitui um elemento vital da democracia. A democracia em liberdade garante os direitos fundamentais em seu próprio proveito. Através do exercício dos direitos fundamentais se proporcionam ao conjunto do Estado forças criativas indispensáveis (tradução nossa).

Para Häberle, os cidadãos e a Democracia estão envolvidos com os direitos fundamentais uns dos outros, de modo que tais direitos têm em vista a proteção da personalidade que se desenvolve livremente numa sociedade¹⁵.

Cumpre ao povo, valendo-se de sua liberdade de informar, de manifestar o pensamento, exigir informações verossímeis, manifestar-se ampla e livremente sobre os excessos, sobre a necessidade de os autores serem responsabilizados e sobre o exame das concessões de radiodifusão no Brasil, levando-se em conta que não há outra maneira de medir forças com o poder econômico e político, salvo pelo processo de democratização da sociedade¹⁶.

3. Democracia

A abrangência do termo “democracia” é ilimitada, mas está sempre relacionada ao poder. Para Telmo Vieira Ribeiro, citado por Cesar Luiz Pasold e Luis Carlos Cancellier¹⁷, “[...] a palavra Democracia traz em si, implicitamente, o conceito de exercício do poder político pelo povo”. É o que expressa o parágrafo único do art. 1º da CRFB/88¹⁸: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]”.

A Democracia vem sendo aperfeiçoada de acordo com o desenvolvimento dos países. Tocqueville foi o responsável por apresentar dois caracteres fundamentais da Democracia americana, que acabaram por consolidar o Estado representativo mundial: o princípio da soberania do Povo e o fenômeno da associação¹⁹.

¹⁵ HÄBERLE, 2003, p. 22.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

¹⁷ PASOLD, Cesar Luiz; OLIVO, Luis Carlos Cancellier (Org.). *Duas Teses de Telmo Vieira Ribeiro*. Joaçaba: Editora UNOESC, 2015, p. 58.

¹⁸ BRASIL, 1988.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 153.

Tendo presente os dois caracteres fundamentais revelados por Tocqueville na democracia americana, o princípio da soberania do povo e o fenômeno da associação, o Estado representativo (o qual viera pouco a pouco se consolidando na Inglaterra e da Inglaterra difundindo-se, através do movimento constitucional dos primeiros decênios do século XIX, na maior parte dos Estados europeus) conhece um processo de democratização ao longo de duas linhas: o alargamento do direito de voto até o sufrágio universal masculino e feminino, e o desenvolvimento do associacionismo político até a formação dos partidos de massa e o reconhecimento de sua função pública.²⁰

Afirma Bobbio²¹ que

A expressão “democracia representativa” significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade.

As deliberações devem ser transparentes e contar com a participação efetiva do povo, com vista a inibir a coalizão tendenciosa, em que o interesse pessoal do parlamentar ou governante sobrepõe-se ao interesse público.

Diante da necessidade de interação entre cidadão, Estado e Parlamento, a Democracia deve ser analisada sob a perspectiva de participação livre do povo, a fim de possibilitar o diálogo e o aperfeiçoamento da Democracia representativa, que não consegue acompanhar os avanços tecnológicos e as mutações econômicas e financeiras.

O controle das atividades dos governantes deve ser exercido pelo povo com objetivo de estimular a transparência das atividades do Poder Público e fomentar a efetiva participação popular nas políticas públicas de interesse coletivo.

A liberdade — tema de maior complexidade que a própria Democracia — demanda pesquisa e cautela em seu tratamento. Adota-se, neste artigo, o posicionamento de Tocqueville, defensor da liberdade como um dos pilares fundamentais da Democracia, para afirmar que a liberdade política dos cidadãos deve ser resguardada e não ameaçada pela igualdade de condições, pois viver em sociedade significa

²⁰ Idem. *Estado, Governo, Sociedade*: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 135.

²¹ *Ibidem*, p. 135.

coexistir com a diferença entre o “eu” e o “outro”²².

Tocqueville reconheceu, na Democracia, a existência de instituições que têm competência de resguardar a liberdade: o direito à associação, à liberdade de imprensa e à religião. São situações em que as pessoas demandam meios para se comunicar e difundir informações, dos quais a liberdade de expressão e de imprensa são mecanismos eficazes, pois, por intermédio deles, é possível transmitir e formar a opinião pública.

4. Ética e liberdade de expressão

Para Ferrajoli²³, o direito fundamental de liberdade política consiste na liberdade de manifestação de pensamento, que inclui, de um lado, o direito de informar, de outro, a liberdade de receber a informação. A proibição, o impedimento, a limitação e a censura desses direitos, a desinformação e a indiferença política, acarretam a deterioração da Democracia.

El primer derecho fundamental de libertad-facultad, el más clásico y elemental, es la libertad de manifestación del pensamiento, que incluye obviamente el derecho a informar y la libertad de información. Del mismo modo que los demás derechos activos de libertad, no es sólo una facultad sino también una expectativa de no lesiones. Es claro que la primera garantía de tales derechos es, por eso, la prohibición de impedimentos, represiones o limitaciones: de las censuras a los llamados delitos de opinión, hasta las diversas formas de *nihil obstat*, autorización o aprobación. Desde este punto de vista, la libertad de manifestación del pensamiento es un derecho negativo, como la libertad de conciencia y todos los demás derechos de libertad. A su vez, además, en virtud de la jerarquía de las libertades que acaba de recorclarse, tiene, como ‘libertad de’ el límite constitucional representado por la garantía de las inmunidades fundamentales de los demás, y su ejercicio no puede consistir, por ejemplo, el injurias o difamaciones en perjuicio de la dignidad o reputación ajena ni en violaciones de la intimidad de otros.

²² CLETO, Marcelo de Souza. *Liberdade em Alexis Tocqueville*. 2006, p. 67. Dissertação (Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica (PUC). São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailheObraForm.do?select_action=&co_obra=28175>. Acesso em 14 jul. 2016.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*: Teoría deI derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011, p. 329-345.

Pero el problema más grave y más difícil que se plantea en tema de libertad de manifestación del pensamiento, y más específicamente de información, es el representado por las garantías de su ejercicio, es decir, de su dimensión activa como 'libertad de' o libertad-facultad, virtualmente abolida por los poderes económicos que consisten en la propiedad y disponibilidad de los medios de información y de manifestación y difusión del pensamiento. En efecto, el rasgo característico de esta libertad consiste en la circunstancia de que su ejercicio ciertamente, el de más relieve social y político se produce a través de la prensa escrita y de la televisión. Estos medios – o media – son bienes patrimoniales, objeto del derecho de propiedad, a su vez activado y organizado a través del derecho-poder de autonomía civil, es decir, de libre iniciativa económica. De aquí que, en ausencia de las garantías adecuadas, se producirá una inevitable y anómala limitación del derecho de libertad por obra del derecho de propiedad, tanto civil como real, ya que estas bienes tienden a resultar inaccesibles y a concentrarse en formas oligopolísticas o incluso monopolísticas, según las dinámicas del mercado. [...] Uno es el derecho de quien pretende expresar opiniones y difundir informaciones, esencial al carácter liberal de un sistema político; el otro es el derecho o el interés público en la difusión de informaciones, y forma un presupuesto asimismo esencial de la democracia.²⁴ [...] Por tanto, es la relación entre propiedad de los media, libertad de información, derecho a la información y poderes de gobierno la que hay que ser reconsiderada e invertida, si se quiere impedir, con la concentración de los poderes, el colapso de la democracia²⁵.

Levando-se em conta os avanços tecnológicos, a importância das ações desenvolvidas pela imprensa e o rápido crescimento das empresas de comunicação, transformadas em verdadeiras atividades mercantis, faz-se necessário delinear as diferenças entre liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

A respeito da transformação das empresas de jornalismo, Jürgen Habermas²⁶ assinala que,

²⁴ FERRAJOLI, 2011, p. 332.

²⁵ FERRAJOLI, 2011, p. 334.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *A mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 221.

Em comparação com a imprensa da era dita liberal, os meios de comunicação de massas alcançaram, por um lado, uma extensão e uma eficácia incomparavelmente superiores e, com isto, a própria esfera pública se expandiu. Por outro lado, assim, eles também foram cada vez mais desalojados desta esfera e reinseridos na esfera outrora privada, do intercâmbio de mercadorias; quanto maior se tornou a eficácia jornalístico-publicitária, tanto mais vulnerável eles se tornaram à pressão de determinados interesses privados, sejam individuais, sejam coletivos.

Assim como Habermas, outros autores consideram que o crescimento das empresas jornalísticas transformou-as em participantes de outra esfera — a do consumo. Otávio Ianni as denomina “príncipe eletrônico”, com referência ao Príncipe de Maquiavel.

Por esta razão, alguns autores consideram que esta expansão da ação dos meios de comunicação de massa, ao contrário de um aumento da inserção na esfera pública política de uma gama maior de cidadãos, transformou-os em participantes de uma outra esfera privada, a do consumo. Otávio Ianni, ao considerar a mídia como o novo “príncipe eletrônico”, fazendo alusão ao príncipe de Maquiavel, argumenta que há uma transfiguração silenciosa da sociedade em mercado, da ideologia em mercadoria e do cidadão em consumidor²⁷.

A diferença entre liberdade de expressão e liberdade de imprensa é que

A primeira se refere à liberdade individual e ao direito humano fundamental da palavra, da expressão. A segunda, à liberdade da “sociedade” e/ou de empresas comerciais – a *imprensa ou a mídia* – de tornar público o que consideram informação jornalística e entretenimento (grifo do autor)²⁸.

²⁷ OLIVEIRA, Dennis de. Jornalismo alternativo: um potencial para a radicalização da democracia. *Signo y Pensamiento*, Bogotá, v. 30, n. 58, jan/jun 2011, p. 2. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-48232011000100004>. Acesso em 24 jul. 2016.

²⁸ LIMA, Venício. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. São Paulo: Publisher Brasil. 2010, p. 21.

Pode-se manifestar a liberdade de expressão de inúmeras maneiras: meios de comunicação, artes, religião, pesquisa científica. De acordo com Carlo José Napolitano²⁹, “Infelizmente [...] muitas vezes a liberdade de expressão no Brasil se confunde ‘com a busca de audiência a qualquer custo pelas emissoras de TV’”.

Ocorre que algumas empresas de comunicação, propositalmente, assumem a liberdade de expressão como sinônimo de liberdade de comunicação empresarial para fins comerciais e como meio de obtenção de vantagens distintas do propósito de propagar a informação. Desafiam o processo democrático ao informar ou omitir o que lhes convém ou ao comandar o fluxo das informações de acordo com os valores de seus clientes. Lippmann³⁰ adverte que

Os líderes estabelecidos de qualquer organização têm grandes vantagens naturais. Acredita-se que possuam melhores fontes de informação. Os livros e os documentos estão em seus escritórios. Eles tomam parte em congressos importantes. Eles encontram gente importante. Eles têm responsabilidade. É, portanto, mais fácil a eles conquistar a atenção e falar num tom convincente. Mas eles também têm grande cuidado de controle sobre o acesso aos fatos. Cada funcionário é, em algum grau, um censor. E uma vez que ninguém pode suprimir informação, seja escondendo-a ou esquecendo de mencioná-la, sem alguma noção do que ele deseja que o público saiba, cada líder é em algum grau um propagandista.

Num levantamento realizado por Dennis de Oliveira nos jornais *Folha de São Paulo*, *Estado de São Paulo* e nas revistas *Veja*, *Isto É* e *Época*, no período de setembro a novembro de 2008, ele demonstrou que

[...] 75% das fontes entrevistadas para matérias de política nacional, internacional e local eram da esfera política, isto é, personalidades ocupantes de cargos públicos na esfera executiva e legislativa, comandos de partidos políticos ou assessores e porta-vozes dos mesmos [sic]. A maioria dos 25% dos não oficiais estavam localizados nas matérias locais e eram, principalmente, cidadãos reclamando de algum problema

²⁹ NAPOLITANO, Carlo José. *Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte dos Estados Unidos*. Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, São Paulo, v. 38, n. 1, jan/jun 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-8442015000100019&lang=pt#B14>. Acesso em 18 jul. 2016.

³⁰ LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 218.

específico na sua rua ou ainda notícias policiais em que pessoas comuns eram detidas ou autoras de processos judiciais de repercussão³¹.

O inciso IV do art. 5º da CRFB/88³² dispõe que “[...] é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, enquanto o inciso IX do mesmo dispositivo assegura que “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A CRFB/88 assegura também o direito à liberdade de comunicação e dispõe sobre os princípios de produção e programação das emissoras de rádio e televisão³³:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

O problema é a ausência de regulamentação normativa apta a solucionar conflitos e a responsabilizar os excessos praticados pelas empresas de comunicação, detentoras de elevados poderes de constituição da opinião pública.

Dennis de Oliveira, assentado em Venício Lima, aborda as diferenças entre liberdade de expressão e liberdade de imprensa e os problemas decorrentes de confundí-las, notadamente para a formação da opinião pública.

No seu estudo, Lima aponta as diferenças que existem entre *speech*, *print* e *press* (expressão, impressão e imprensa). O direito à liberdade de expressão tem o cidadão como sujeito, assim como o direito à impressão-expresso no clássico documento *Aeropagítica*, de John Milton (1644) em que é expresso tanto o direito do cidadão expressar o seu pensamento como o de *reproduzir*

³¹ OLIVEIRA, 2011, p. 5.

³² BRASIL, 1988.

³³ *Ibidem*.

por meio da impressão suas idéias. Muito diferente é a idéia de liberdade de imprensa, cujos sujeitos são as organizações e empresas que controlam a socialização da informação. Principalmente em uma conjuntura em que o que se chamava de jornalismo associou-se com uma crescente indústria do entretenimento, gerando categorias novas de informação socializada, como o *infoentretenimento*, a iconização das informações massificadas por conta do crescimento dos meios audiovisuais. A confusão de ambas feita pelos discursos da mídia hegemônica significa a incorporação do direito de cidadania para si. Os grandes conglomerados midiáticos consideram-se os porta-vozes da vontade popular e, por isto, transformam qualquer tentativa de limitar o seu poder como um ataque à “sociedade” em geral. O agravante é que esta restrição dos sujeitos de direito aponta, por exemplo, que o discurso da grande mídia é de que a *liberdade de imprensa* se sobrepõe sobre todas as outras (Lima, 2010) – acontece em um momento de grande concentração da indústria da mídia e da cultura, hoje na mão de seis grandes conglomerados globalizados: AOL/Time/Warner; Disney; Bertelsmann; Vivendi-Universal; News Corp; Viacom que, segundo dados mais recentes, controlam o fluxo de 85% da produção de informação, cultura e entretenimento em todo o planeta. Boa parte destes conglomerados possui faturamentos e patrimônios maiores que muitos Estados nacionais. A opinião pública é construída, assim, em pseudo-ambientes elaborados por um conjunto restrito de corporações midiáticas de forma que as práticas humanas resultantes destas sejam aderentes a um tipo de sociabilidade, a da economia de mercado. (grifo do autor)³⁴.

A opinião pública séria e comprometida com o ideal de sociedade tem o poder de transformar, dar sentido ao governo e à política, e de exercer relevante papel na manutenção do processo democrático. O que não se admite é que ocorra manipulação das informações e as pessoas sucumbam à corrupção, à ilegalidade, ao favorecimento pessoal em detrimento do interesse público e da liberdade de expressão.

Denis Lerrer Rosenfield³⁵ demonstra preocupação com a manipulação do vernáculo.

³⁴ OLIVEIRA, 2011, p. 2.

³⁵ ROSENFELD, Denis Lerrer. *Justiça, Democracia e Capitalismo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 38.

A manipulação da língua é um símbolo do exercício autoritário do poder. As palavras são usadas discricionariamente, segundo o arbítrio dos governantes que pensam tudo poder fazer. Nem os limites vernaculares são mais observados. Como as aparências são superficialmente guardadas, pode-se ter a impressão de que o estado de direito está sendo conservado quando na verdade está sendo quebrado. A questão quilombola, no Brasil, é um exemplo fragante de uma mentalidade autoritária, que se esconde atrás de uma suposta luta pela igualdade racial. O racismo é incrementado em nome de sua reparação, com sérios perigos para a democracia³⁶.

A opinião pública somente será justa e livre se as informações forem veiculadas de modo imparcial — e livre para criticar os governantes.

As informações que os meios de comunicação veiculam, dificultam ou impossibilitam, muitas vezes, a avaliação da veracidade dos fatos. A Democracia pode ser abalada caso não haja controle e responsabilização das manipulações e dos excessos e praticados.

Para Hegel, a obtenção do conhecimento e a formação da opinião pública como fundamento ético relacionam-se com a Justiça.

A opinião pública do povo corresponde à justiça. [...] A abertura dessa oportunidade de (obter) conhecimentos tem o aspecto mais universal de que somente assim a opinião pública alcança pensamentos verdadeiros e discernimento da situação e do conceito do Estado e de seus assuntos e, somente com isso, alcança uma capacidade de julgar mais racionalmente sobre isso; depois aprende também a conhecer e a respeitar as ocupações, os talentos, as virtudes e as habilidades das autoridades do Estado e dos funcionários. Assim com esses talentos recebem com tal publicidade uma poderosa ocasião de desenvolvimento e um palco de honra elevada, assim também ela (a publicidade) é, por sua vez, o remédio contra a presunção dos (indivíduos) singulares e da multidão, e é um meio de formação para esses, e de fato um dos maiores. [...] Por isso a opinião pública contém dentro de si os princípios substanciais eternos da justiça, o conteúdo verdadeiro e o resultado de toda constituição, legislação e situação universal em geral, sob a forma do entendimento humano enquanto

³⁶ *Ibidem*, p. 90.

fundamento ético que atravessa sob a figura de pré-juízo, assim como os carecimentos verdadeiros e as tendências corretas da efetividade³⁷.

Denis Lerrer Rosenfield assevera que o liberalismo político é uma forma de assegurar os direitos da sociedade e de criar limites à atuação estatal, do qual a liberdade de expressão e da imprensa é um eficiente mecanismo.

A transparência no uso desses recursos e a prestação pública daquilo que foi utilizado são as condições mesmas de uma sociedade democrática. A eleição democrática não é um passe livre para o roubo e a fraude, como se a vontade do maior número liberasse os eleitos de qualquer obrigação, de seguir comportamentos retos no uso do que é extraído de todos, por intermédio de impostos e/ou partidário dos recursos públicos. A eleição não é um passe livre para o uso privado e/ou partidário dos recursos públicos. Querer justificar qualquer comportamento governamental ou parlamentar como sendo a mera expressão da vontade majoritária significa confundir a coisa pública com os seus detentores eventuais. [...] Uma contribuição certamente essencial do liberalismo político consiste no papel que atribui à sociedade independentemente do Estado. O liberalismo político está apoiado na ideia de que a sociedade se constitui em uma esfera autônoma, constituída de poderes indiretos, que são válidos por si mesmos, gozando de uma legalidade e de uma legitimidade incontestes. Legalidade, pois esses poderes fazem parte da própria organização jurídica da sociedade e do Estado, sendo assegurados constitucionalmente. As liberdades de expressão e de imprensa seriam exemplos, entre outros. Legitimidade, pois os cidadãos estão convictos de que, sem essas instituições, as portas estariam abertas aos governos despóticos e à imposição de posições dogmáticas.³⁸

O autor adverte que os governantes não podem utilizar de artifícios para cercar a liberdade dos meios de comunicação.

³⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Paulo Meneses. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2010, p. 287-91.

³⁸ ROSENFELD, 2010, p. 39-40.

Torna-se essencial para uma sociedade livre que os meios de comunicação vivam fora do controle estatal, do controle partidário, pois apenas aí teremos a confrontação de uma pluralidade de vozes, de interlocutores. Quando um governo começa a criar instituições que tenham como função cercar essa liberdade, que tenham poderes de supervisão ou quando movimentos ditos sociais clamam por uma dita democracia direta, é porque querem estabelecer formas de dominação tirânicas, em que sejam eles que digam o que é verdadeiro ou falso, democrático ou não.³⁹

A informação verossímil e o discurso ético devem prevalecer para que a liberdade de expressão e de imprensa não seja corrompida e induza a formação equivocada da opinião pública, aumentando a possibilidade de fraude, manipulação, deslealdade, ilegalidade e imoralidade.

Nicola Abbagnano esclarece que,

Segundo Aristóteles, são as virtudes que correspondem à parte apetitiva da alma, quando esta é moderada ou guiada pela razão (*et. nic.*, I, 13, 1102 b 16); consistem no meio-termo [...] entre dois extremos, dos quais um é vicioso por excesso e o outro o é por deficiência (*ibid.*, II, 6, 1107 a1). As virtudes éticas são: coragem, temperança, liberalidade, magnanimidade, mansidão, franqueza e justiça; esta última é a maior de todas. (*ibid.*, III-V); (grifos do autor)⁴⁰.

Ainda de acordo com Nicola Abbagnano, a ética do discurso pressupõe algumas pretensões universais de validade:

[...] a *compreensibilidade* (visto que todo argumentador é obrigado a dar um significado intersubjetivamente compreensível àquilo que sustenta); a *verdade* (visto que todo argumentador não pode deixar de pressupor a verdade daquilo que diz); a *veracidade* ou *sinceridade* (visto que todo argumentador sério aceita, por essa mesma razão, estar convencido daquilo que afirma); a *justeza* ou *correção normativa* (visto que todo argumentador deve respeitar as

³⁹ ROSENFELD, 2010, p. 197.

⁴⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1. ed. brasileira. Alfredo Bosi (cord.). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 451.

normas que presidem à interação comunicativa. Tais regras, que estão inseridas no próprio ato de falar, não têm somente uma dimensão lógico-linguística, mas também um valor ético-político (grifos do autor)⁴¹.

A informação não deve ser transformada numa arma contra a sociedade democrática, deve, sim, respeitar os valores éticos consagrados no art. 221 da CRFB/88.

Outra preocupação diz respeito à forma de outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão. Cumpre ao povo exigir que os governantes corrijam as distorções existentes na legislação, bem como exercer seus direitos para que a liberdade de expressão prevaleça como sistema de consolidação da verdadeira Democracia.

5. Conclusão

A CRFB/88 e outros diplomas constitucionais e convencionais estabelecem proteção à liberdade de expressão. Proteger esse direito é condição essencial para a preservação da liberdade. A liberdade de manifestação de pensamento inclui, de um lado, o direito de informar, de outro, a liberdade de receber a informação. A proibição, o impedimento, a limitação e a censura prévia desses direitos, a desinformação e a indiferença política, bem como o desrespeito a valores e discursos éticos, acarretam a deterioração da Democracia.

Idêntico estímulo à preservação da Democracia e da liberdade de expressão é a responsabilização de empresas nacionais e internacionais pela prática de excessos de comunicação, sem, contudo, haver retrocesso dos direitos de liberdade e igualdade — pressupostos vitais do processo democrático.

A liberdade de expressão e a de imprensa são mecanismos eficazes de informação e de relação com as massas, pois transmitem e formam a opinião pública, de modo que essa opinião tem o poder de transformar, dar sentido ao governo e à política, e exercer relevante papel na manutenção do processo democrático. Inadmissível é que as pessoas sucumbam à corrupção, à ilegalidade, ao favorecimento pessoal em detrimento do interesse público.

Essas são alternativas de proteção ao direito da liberdade de expressão e de manutenção da Democracia. Excessos e abusos devem ser punidos. Cumpre ao povo e aos governantes fomentar medidas de reflexão sobre os problemas apontados, rever a forma de outorga e renovação de concessão, permissão e autorização do serviço de radiodifusão, bem como exigir que a informação seja transmitida com

⁴¹ *Ibidem*, p. 339.

ética e, de maneira simultânea, impedir que o direito à liberdade de expressão seja utilizado para incitar a violência, a difamação, a calúnia, a subversão, a obscenidade, o ódio e o preconceito étnico.

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1. ed. brasileira. Alfredo Bosi (cord.). 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CLETO, Marcelo de Souza. *Liberdade em Alexis Tocqueville*. 2006. Dissertação (Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica (PUC). São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=28175>. Acesso em 14 jul. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO (GDDC). *Direitos Humanos: instrumentos e textos originais*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em 26 jul. 2016.

GREGO, Albino. *La libertà di stampa nell'ordinamento giuridico italiano*. Roma: Bulzoni, 1974.

HÄBERLE, Peter. *La Garantia del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: Una contribución a la concepción institucional de*

los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley. Madri: Dykinson-Constitucional, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Paulo Meneses. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2010.

INNIS, Harold. *The Bias of Communication*. Toronto: University of Toronto Press, 1951.

LEMONS, Lilian Rose de. *Liberdade na comunicação: uma interface entre o mundo do direito e da mídia*. 2009. 369 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu em Comunicação e Cultura) – Universidade de Sorocaba. Sorocaba, São Paulo. Disponível em: <http://comunicacaoecultura.uniso.br/prod_discente/2009/pdf/lilian_lemos_1.pdf>. Acesso em 15 jul. 2016.

LIMA, Venício. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. São Paulo: Publisher Brasil. 2010.

LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Petrópolis: Vozes. 2008.

NAPOLITANO, Carlo José. Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, São Paulo, v. 38, n. 1, jan/jun 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-8442015000100019&lang=pt#B14>. Acesso em 18 jul. 2016.

NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa, lei de informação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

OBERVATÓRIO DA IMPRENSA. *Folha denuncia distribuição de emissoras a políticos*. Disponível em: <<http://observatoriodaimprensa.com.br/interesse-publico/folha-denuncia-distribuicao-de-emissoras-a-politicos/>>. Acesso em 25 jul. 2016.

OLIVEIRA, Dennis de. *Jornalismo alternativo: um potencial para a radicalização*

da democracia. *Signo y Pensamiento*, Bogotá, v. 30, n. 58, jan/jun 2011, p. 2. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-48232011000100004>. Acesso em 24 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta Democrática Interamericana. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm>. Acesso em 26 jul. 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz; OLIVO, Luis Carlos Cancellier (Org.). *Dois Teses de Telmo Vieira Ribeiro*. Joaçaba: Editora UNOESC, 2015.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Justiça, Democracia e Capitalismo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

A ética na advocacia pública

Paulo Roney Ávila Fagúndez¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. A Ética; 3. A Ética do Advogado; 4. A Ética do Advogado Público; 5. Qual o verdadeiro papel do Procurador do Estado?; 6. Os recursos protelatórios; 7. O que pode e deve ser modificado?; 8. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a ética na atuação do Procurador do Estado que se constitui hodiernamente em um defensor do interesse público. Deve primar, sobretudo, por um processo dialogal e por soluções rápidas e eficazes para a preservação da paz social. O resgate da ética se faz essencial em uma época de grande turbulência política, em que perde confiança no direito e se busca a centralidade da justiça no sujeito angustiado do século XXI.

1. Introdução

O que se entende por ética? É possível o sujeito ser ético na sociedade transmoderna? A crise, sem dúvida, é a grande oportunidade para discutirmos a ética. Primeiramente, vamos focalizar a ética do advogado privado e depois a ética do advogado público. O advogado privado defende interesses particulares de clientes que lhes contratam para a sua defesa. Os advogados privados são escolhidos por seus clientes. O advogado público recebe processos para defender o Estado, seja para apresentar uma contestação, recorrer ou de qualquer forma falar nos autos.

O advogado público, de alguma forma, não pode escolher as causas nas quais atua. O advogado público responde perante a Ordem, pelos seus atos, bem como, na condição de funcionário público, perante a administração pública.

O modelo jurídico, calcado nas formas e em instrumentos rigorosos para que se dê a promoção da jurisdição, deixou de lado a ética, esqueceu a estética e a promoção da Justiça.

Há processos que tramitam durante mais de vinte anos no Judiciário, graças à atuação dos procuradores que recorrem aos tribunais superiores por imposição de um “dever” decorrente da advocacia do Estado. A ética não consiste numa pauta de valores consensuais, mas, sobretudo, na responsabilidade assumida pelas pessoas

¹ Pós-Doutor em Direitos Especiais pelas Universidades Lusíada de Lisboa e do Porto, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UFSC, Especialista em Educação (convênio MEC/OEA), Professor Associado III da UFSC, Curso de Formação em Psicanálise pela Escola Brasileira de Psicanálise. Procurador do Estado de Santa Catarina. Trabalho apresentado em Congresso Nacional de Procuradores do Estado, devidamente atualizado.

para que a justiça seja realizada diuturnamente.

Ethos que, para Taylor, pode se confundir com a expressão *latina mores*, apresenta uma dimensão social, política, que se confunde com a democracia enquanto participação dos indivíduos para a promoção do bem coletivo². Com a mudança paradigmática, em que se busca um direito mais ético do dogmático, discute-se o novo papel reservado aos agentes públicos aos procuradores que antes eram considerados advogados do rei.

2. A ética

Paul Taylor recorre aos gregos para compreender a ética. Segundo ele, a ética se divide entre *éthos* e *ethos*, sendo a primeira a ética individual e a segunda a ética coletiva. Não há *éthos* sem *ethos* nem *ethos* sem *éthos*.³ Para Peter Singer, não se consegue definir a ética. Contudo, assegura que a ética não consiste num conjunto de proibições relativas ao sexo.⁴ É difícil e, para alguns autores, é impossível definir ética. Weil faz distinção entre uma ética moralista, conservadora, e uma ética espontânea, calcada na responsabilidade do sujeito. Savater, por sua vez, afirma que a ética é feita de escolhas cotidianas. E que os políticos não são mais honestos que os empresários, exemplo. Acontece que os políticos estão nas vitrines da mídia.⁵

Nos parlamentos há a média da ética da sociedade.

Os políticos não são piores nem melhores, do ponto de vista ético, do que o povo. Afinal, eles foram escolhidos pelos eleitores que responsável ou irresponsavelmente os guindaram aos cargos públicos.

A nova ética requer um amplo diálogo entre os contendores para a solução dos conflitos.

Trata-se, em essência, de uma ética jurídica ambiental preocupada com preservação de todos os seres vivos.

Enfim, propõe-se inaugurar um humanismo radical e uma visão de ecologia profunda.

A nova ética não está baseada em dogmas, mas em compromissos perenes.

² TAYLOR, Paul. *Ética universal e a noção de valor*. Mimeo, 2002.

³ TAYLOR, Paul. *Ética universal e a noção de valor*. Mimeo, 2002.

⁴ SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁵ SAVATER, Fernando. *Ética para o meu filho*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

3. A ética do advogado

Há uma ética jurídica, vale dizer, uma lei federal, o Estatuto da Advocacia e da OAB, que tem um capítulo destinado à ética profissional. Há muito defendemos que se faz necessário uma ética holística, porquanto é incindível a vida profissional e a vida privada.⁶

Não pode o sujeito ser considerado ético profissionalmente se não for ético na vida cotidiana. Os preceitos éticos estão claramente estabelecidos na legislação. O advogado, quando se defende perante os Tribunais de Ética e Disciplina da OAB, invoca os mesmos princípios dos réus. *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine praevia lege*. Não há infração ético-disciplinar nem sanção sem prévia determinação legal.

Pelo fato do advogado não ter respondido a um processo ético-disciplinar ou tenha sido absolvido de algum instaurado contra ele não significa que seja ético. *Hecha la ley hecha la trampa*, vale dizer, uma vez criada a lei, apresenta-se uma brecha para ela mesma ser burlada.

A ética, na verdade, transcende ao mundo do direito. Há um direito que dita uma ética baseada no imperativo categórico kantiano que dita o que é o direito e em que consiste o comportamento, a partir de uma pauta de valores.

O advogado, quando se defende perante o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, o faz como um réu qualquer. E tem as garantias criminais de que não há infração disciplinar sem lei anterior que a estabeleça.

A ética jurídica é restrita. É, em suma, a ética que está escrita. O advogado tem um compromisso com a ética, porquanto está em defesa da cidadania.

Os advogados do terceiro milênio devem estar preocupados com a questão ambiental e o futuro do planeta.

Impõe-se uma ética voltada para a ecologia profunda e para o engajamento nas lutas ambientais.

A ética mecanicista do advogado só vê atuação do profissional dentro dos limites legislativos.

A nova ética requer um ser humano comprometido com a vida em todas as suas manifestações.

4. A ética do advogado público

Indubitavelmente, a ética do advogado público difere da ética do advogado privado. O advogado público defende o Estado e, em última análise, a sociedade.

⁶ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila et alii. *Ética holística aplicada ao direito*. Florianópolis: Editora da OAB, 2002.

O advogado público deverá ser um defensor intransigente do interesse público, vale dizer, do interesse coletivo.

Os advogados públicos, regra geral, deverão recorrer de todas as decisões, por uma imposição legal. O que se deve é defender o interesse coletivo e não o interesse dos governantes. Na maioria das vezes, são os agentes públicos os responsáveis pelos atos ilegais. Os advogados públicos são convocados para defender atos ilegais de agentes que não atuam mais na administração pública ou de pessoas que estão no exercício de cargo de confiança. Estão obrigados a atuar para a defesa das ilegalidades cometidas?

Hoje vivemos um tempo de novas demandas. Como os poderes Legislativo e Executivo são severamente atacados por críticas da imprensa e de amplos setores da sociedade, teria restado ao Judiciário assumir o papel de provedor do povo, marginalizado e faminto, que não tem suas reivindicações atendidas.

Sabemos que há demandas por medicamentos, firmadas por médicos comprometidos com grandes laboratórios ou com tratamentos dispendiosos, experimentais e ineficazes, que levam os estados a desembolsar muito dinheiro.

O advogado público – o que pode parecer óbvio – é o defensor dos interesses públicos, porquanto zela pelo patrimônio estatal e pelas reservas dos cofres públicos.

Os procuradores ficam, enquanto que os políticos se alternam no poder. Os procuradores se aposentam, enquanto que a instituição fica.

Quando apresentamos teses inconsistentes ou recursos desnecessários estamos comprometendo a Procuradoria do Estado enquanto instituição.

Promover a justiça é tarefa de todos, sejam juízes ou advogados, sejam estes públicos ou privados.

5. Qual o verdadeiro papel do procurador do estado?

A Procuradoria Geral do Estado é uma instituição relativamente nova. Compete às procuradorias a representação judicial do Estado em juízo ou fora dele. Não se trata de um órgão de defesa dos governadores nem dos seus secretários.

Ao procurador compete a defesa intransigente do interesse público. O procurador do Estado tem o dever de zelar pela coisa pública, e suas atitudes devem se pautar pela defesa do interesse social. Em suma, todos os operadores jurídicos deverão contribuir para a promoção da justiça.

O procurador do Estado não é o procurador do governo, mas o advogado da sociedade, quando defende os interesses públicos e preserva a integridade do patrimônio público.

Não se trata de elaborar um código, uma cartilha ou um conjunto de deveres

para os advogados públicos.

Isso não basta.

A justiça restaurativa, por exemplo, quer que o juiz desça do pedestal e faz com que as partes sejam as protagonistas principais do litígio jurídico.

Há um equívoco quando se parte do pressuposto de que o juiz sabe e que consegue resolver questões cada vez mais complexas.

O recurso à arbitragem deveria ser permitido para a solução técnica de problemas que envolvem o Estado, bem como a mediação poderia contribuir para soluções mais rápidas e que geram economia para o poder público.

O advogado do novo milênio tem um papel que transcende às funções a ele tradicionalmente reservadas.⁷

6. Os recursos protelatórios

O artigo 80 do CPC faz uma séria advertência: “Reputa-se litigante de má-fé aquele que (...) interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.” O advogado público deve recorrer sempre por uma imposição legal? Assim sendo, não está contribuindo para o aumento de processos no Judiciário sem solução?

Não promove, desta forma, uma grave violação ética? Não podemos esquecer que o Estatuto da Advocacia e da OAB diz que o advogado deve envidar todos os esforços no sentido de resolver amigavelmente a contenda antes de promover a ação.

Afirmava o artigo 18 do CPC que o juiz ou tribunal de ofício condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Como o novo CPC estimula a mediação, deve haver uma mudança de visão por parte do advogado público, no sentido de mitigar a indisponibilidade do interesse público e construir soluções conjuntas e criativas.

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

⁷ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo*. São Paulo: LTr, 2000.

- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Em Santa Catarina, como de resto em todo o país, juízes e tribunais têm considerados os estados como litigantes de má-fé e com razão.

Vejamos o teor do artigo 538 do CPC, *in verbis*:

“Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo único – Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.”

O novo CPC foi até mais rigoroso:

Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

§ 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

§ 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

O Poder Público não goza de qualquer privilégio quando atua como litigante. O artigo 77 do CPC adverte, *ipsis litteris*: “Compete às partes e aos seus procuradores:

(...)

“II – não formular pretensões nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento.”

Luis Roberto Nunes Padilha, em tese apresentada no 27 Congresso Nacional de Procuradores de Estado, cita o ex-presidente do STJ, Ministro Paulo Costa Leite, que apresentou severa crítica aos advogados públicos.

Para o ex-presidente,

“quem mais litiga no país são as administrações públicas – União, estados e municípios. Está tudo errado. A pretexto de defender o Erário, de manobra de arbítrio, de chicana e, mais grave, de usurpação de competência dos próprios agentes de defesa do Estado atuando nos feitos, eles que deveriam ter o poder decisório na questão.”

O Judiciário deve ser instrumento de promoção da justiça e não pode se constituir em obstáculo para atingi-la.

O pedido de dispensa de recurso, com efeito, pode ser mais trabalhoso do que apresentar um recurso qualquer.

Ademais, o advogado como juiz da causa sabe quando e como deve recorrer. O controle que é exercido retira a autonomia do profissional.

Quando o advogado público recebe uma condenação por litigância de má-fé já fica marcado.

O advogado deve contribuir para a eficiência do Judiciário.

Protelar a justiça é denegá-la.

A justiça que se espera não é a que decorre da sentença.

Há um equívoco imaginar que é do magistrado que vai sair a decisão salvadora.

O advogado tem um papel de destaque na promoção da justiça.

Os litígios são cada vez mais complexos e exigem a participação de todos, especialmente das partes, para resolvê-los.

7. O que pode e deve ser modificado

Há uma necessidade de mudança. O juiz já recorre, de ofício, da sentença prolatada contra o Estado. Trata-se de uma imposição legal, sob pena de ser decretada a nulidade do processo.

Por quê?

Há um interesse público ou a desconfiança de que o Procurador poderá não recorrer, prejudicando o erário público?

A ética pressupõe responsabilidade.

Ademais, a solução jurídica pode ser onerosa para o sujeito, para o Estado, para todos.

O procurador do Estado pode ser responsabilizado sempre pelos seus atos, perante o Poder Público, com a instauração de uma sindicância ou perante o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB.

Deveremos adotar o sistema multiportas. Nem toda questão deve ser submetida ao Poder Judiciário.

Afirma Calamandrei, em *Processo e Democracia*, que há questões extremamente importantes e que sequer são submetidas ao Poder Judiciário. Aduz que quando uma pessoa está gravemente doente é natural que o seu caso seja submetido a uma junta médica. Deve ser sempre da competência de especialistas, haja vista que o juiz decide sobre o que ele sabe e sobre o que não sabe. Somente o esperto pode definir a autenticidade de uma obra de arte, por exemplo.⁸

Primeiramente, devemos modificar a postura dos parlamentares e exigir leis cada vez mais claras e simples que contribuam para a solução rápida dos litígios.

Antes disso, precisamos de operadores do direito com uma visão interdisciplinar, para que possam resolver questões cada vez mais complexas.

Indubitavelmente, a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça contribuiu grandemente para a mudança de paradigma na gestão dos conflitos.

Na referida Resolução transforma-se a mediação em política pública.

Por seu turno, a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública,

Também o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) destaca, pela primeira vez no sistema processual brasileiro, a mediação e a conciliação como meios adequados para a gestão dos conflitos.

8. Conclusão

1. O advogado público tem uma ética peculiar. É diferente da ética do advogado privado.

2. Por ser um agente do Estado deve contribuir para o acesso à justiça e para que se tenha uma prestação jurisdicional mais célere.

3. Ao contrário do que se imagina, o advogado não tem um papel secundário no processo, na verdade, ele deve contribuir decisivamente para a promoção da justiça.

4. As soluções dos problemas complexos devem resultar de um amplo diálogo entre os contendores, como propõe a justiça restaurativa.

⁸ CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2017.

5. A mediação dos conflitos está mais em consonância com os princípios éticos.

6. Ao contrário do que se imagina, a litigiosidade sobrecarrega o Judiciário e não contribui para a gestão adequada dos conflitos.

7. A ética é imprescindível para que se tenha um processo mais democrático e mais justo.

8. A mitigação da indisponibilidade do interesse público se faz necessária para a democratização da justiça.

Bibliografia

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2017.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo*. São Paulo: LTr, 2000.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila *et alii*. *Ética holística aplicada ao direito*. Florianópolis: Editora da OAB, 2002.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAVATER, Fernando. *Ética para o meu filho*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

TAYLOR, Paul. *Ética universal e a noção de valor*. Mimeo, 2002

As atribuições dos procuradores do Estado no âmbito das políticas públicas: diferença de natureza entre a atividade de consultoria jurídica e a de assessoramento jurídico

Reinaldo Pereira e Silva¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Das competências discricionárias da administração pública; 3. Das atividades privativas dos advogados; 3.1. Da advocacia judicial; 4. Das prerrogativas constitucionais dos procuradores do Estado; 4.1. Da advocacia judicial: a representação do ente federado em juízo; 4.2. Da advocacia extrajudicial: a consultoria jurídica e o assessoramento jurídico; 5. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: Este estudo versa sobre a natureza jurídica da “advocacia de governo”, enquanto atividade da Advocacia de Estado tendente a tornar exequível juridicamente as políticas públicas definidas pelos governos democraticamente eleitos, defendendo a necessidade da legislação de organização da carreira de distinguir seu campo de ação do da prerrogativa constitucional da consultoria jurídica, já que a atividade de consultoria se destina exclusivamente ao controle da legalidade em sentido estrito, enquanto à “advocacia de governo” não é estranho o auxílio jurídico em juízos de conveniência e oportunidade.

1. Introdução

A consolidação do protagonismo intervencionista do estado de direito na segunda metade do século XX (estado social) e sua recorrente contestação ideológica, sobretudo no âmbito dos direitos voltados à promoção da dignidade da pessoa humana, fizeram com que o direito público tivesse a necessidade de se abrir para uma área de conhecimento da ciência política habilitada à compreensão do maior grau de comunicação demandado entre as esferas do direito e da política na definição dos meios necessários à realização de “metas coletivas conscientes”². As políticas públicas se constituem nessa área de conhecimento, cujo objeto de estudo, em uma demarcação possível de limites, é o conjunto de instrumentos de ação de que dispõem os governos democraticamente eleitos na contraditória quadra de superação

¹ Doutor em direito. Professor de direito constitucional na Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Estado de Santa Catarina

² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

do absentéismo estatal³.

A ação dos governos eleitos, na contextura democrática, necessita cada vez mais justificar racionalmente suas escolhas políticas (metas) e jurídicas (meios), não apenas como aspiração de legitimidade, mas também como condição de eficiência. Não há como fechar os olhos para as mudanças a que se tem sujeitado a administração pública, de mera executora de leis a titular recorrente de competências discricionárias, assim como para as mudanças operadas na lei, que, ao tratar de maneira aberta o interesse público, não define a ordem dos interesses envolvidos, transferindo a responsabilidade ao administrador, tudo isso a reforçar o caráter político da administração pública (*la politicità dell'amministrazione*)⁴. Nesse cenário, em que as carreiras de estado⁵ tendem a ser mais solicitadas em proveito da boa administração⁶, o papel tradicionalmente desempenhado pela Advocacia de Estado não poderia permanecer imune a críticas, tornando-se matéria de inevitável reavaliação. Isso porque a atuação da Advocacia de Estado, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, costuma se restringir quase exclusivamente à fase em que as políticas públicas já se encontram implementadas. A atuação com ênfase na advocacia preventiva, ou seja, na fase de elaboração das políticas públicas, ainda hoje é prática incomum.

De acordo com Luiz Carlos Bresser Pereira, “na realização das atividades exclusivas de Estado e principalmente no oferecimento dos serviços sociais de educação e saúde, a Administração Pública burocrática, que se revelara efetiva em combater a corrupção e o nepotismo no pequeno Estado liberal, demonstrava agora ser ineficiente e incapaz de atender com qualidade as demandas no grande Estado social do século XX, tornando necessária sua substituição por uma Administração

³ Cf. SOUZA, Celine. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul./dez. 2006, p. 24-6; SILVA, Reinaldo Pereira e. *O mercado de trabalho humano*. São Paulo: LTr, 1998, p. 20-8.

⁴ Cf. MATTARELLA, Bernardo Giorgio. *Pubblica Amministrazione e interessi*. In: BATTINI, Stefano *et al.* (org.). *Il diritto amministrativo oltre i confini*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 118.

⁵ As carreiras de estado correspondem àqueles conjuntos escalonados de cargos públicos que integram o núcleo estratégico do estado porque realizam atividade essencial à funcionalidade do estado enquanto estado de direito, compreendendo-se o estado de direito em sentido forte, ou seja, não apenas o estado que exerce o poder *sub lege*, mas que o exerce em conformidade com o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais. Cf. BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1995, p. 6-7; BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democrazia*. Milano: Simonelli, 2006, p. 32.

⁶ A boa administração é “uma fórmula onicompreensiva a que se recorre para afirmar a justa pretensão dos cidadãos a uma administração que não seja apenas respeitosa das leis e dos direitos e interesses dos particulares, mas, ao mesmo tempo, seja produtora de resultados úteis para a comunidade” (GIUFFRIDA, Armando. *Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 15). Cf., também, FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 147; FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22-4.

Pública gerencial”⁷. A substituição da administração burocrática pela administração gerencial no campo das políticas públicas de educação e saúde, por exemplo, não significa a eliminação da administração pública burocrática do cerne das grandes preocupações do estado de direito. Até porque o combate à corrupção e ao nepotismo, alcançável através dos sistemas de controle da administração burocrática, é e continuará sendo ação necessária⁸. A rigor, o que se está a delinear, já adentrando no século XXI, é uma forma diferente de ação estatal, uma forma mais apropriada para lidar com as demandas de um “mundo em plena transformação tecnológica e social”, não uma forma exclusiva de ação estatal, nem mesmo a forma mais geral de o estado agir.

Se é verdade que a “advocacia de governo” outrora era uma referência depreciativa a um tipo de advocacia considerado estranho à Advocacia de Estado⁹, hoje é de ser reconhecida como parte integrante das atribuições dos procuradores do Estado, no sentido de que também lhes compete viabilizar juridicamente as políticas públicas definidas pelos governos democraticamente eleitos¹⁰. Em outras palavras, a “advocacia de governo” é a atividade da Advocacia de Estado apropriada para cuidar da questão da legalidade nos contornos de uma administração pública gerencial, o que bem pode ser demonstrado no auxílio jurídico ao exercício das competências discricionárias da administração pública¹¹. No entanto, como parte de um todo, não

⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: MARE, 1997, p. 13. “A administração pública burocrática, que Max Weber descreveu como uma forma de dominação racional-legal, trazia embutida uma contradição intrínseca. A administração burocrática é racional, nos termos da racionalidade instrumental, na medida em que adota os meios mais adequados (eficientes) para atingir os fins visados. É, por outro lado, legal, na medida em que define rigidamente os objetivos e os meios para atingi-los na lei. Ora, em um mundo em plena transformação tecnológica e social, é impossível para o administrador ser racional sem usar de seu julgamento discricionário, seguindo cegamente os procedimentos previstos em lei. No século XIX, quando a administração pública burocrática substituiu a patrimonialista, isto representou um grande avanço no cerceamento da corrupção e do nepotismo. Entretanto, no século XX, quando o Estado cresceu e assumiu novos papéis, ficou patente a ineficiência inerente a esse tipo de administração” (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, p. 41).

⁸ “No Estado de direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 965).

⁹ Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. A função social do procurador do Estado. *Justiça & democracia. Revista de informação e debates*, São Paulo, nº 3, 1997, p. 104.

¹⁰ Cf. BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado democrático de direito. *Revista da Procuradoria Geral do município de Juiz de Fora*, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, jan./dez. 2011, p. 221-2; PELICIOLI, Angela Cristina. O procurador do Estado, as políticas públicas e o orçamento. *Boletim de direito administrativo*, São Paulo, v. 31, nº 12, dez. 2015, p. 1.558-60; CARRASCOSA, Angelo Demetrius de Albuquerque. Procurador do Estado: seu papel na política e sua relação com a autonomia. In: PEREIRA, Rodolfo Viana *et al.* (org.). *Advocacia pública em foco*. Belo Horizonte: IDDE, 2017, p. 224.

¹¹ Uma das principais características da administração pública gerencial é “o fortalecimento e o aumento da autonomia da burocracia estatal, organizada em carreiras ou corpos de Estado, e valorização do seu trabalho

é suficiente apenas reconhecer a particularidade funcional da “advocacia de governo”, é também preciso delimitar suas fronteiras institucionais, de modo a preservar, sobretudo, as especificidades constitucionais da consultoria jurídica. Daí porque, para evitar que as atribuições dos procuradores do Estado se contradigam nesse processo de reavaliação, é preciso explicitar, com rigor analítico, o devido lugar que deve ser ocupado pela “advocacia de governo” na organização da carreira, uma vez que já não é mais admissível recusá-la.

2. Das competências discricionárias da administração pública

Na administração pública burocrática é bastante compreensível a permanência de uma concepção inflexível de legalidade, no sentido de que a forma, o motivo e o objeto dos atos da administração pública, não apenas sua competência e a finalidade a que se volta, devem ser expressa e minudentemente disciplinados pela lei. Isso porque esta é a concepção de legalidade própria do positivismo jurídico¹², que se contrapõe ao agir dos particulares, regido pela liberdade entendida como ausência de proibição e de obrigação. Desse modo, à concepção rígida de legalidade correspondem as ideias do poder administrativo como Poder propriamente Executivo, e da administração pública como mera execução da lei. Como, entretanto, apenas nessa perspectiva, a administração pública não teria como dar conta das inúmeras tarefas que a Constituição impõe ao estado social, uma concepção diferente de legalidade se desenvolveu¹³, inserida na dialética autoridade-liberdade, em que a legalidade mais foi se tornando uma regra sobre os limites da atividade administrativa, e menos uma regra sobre seu conteúdo¹⁴. Grande importância, assim, passou a ter a discricionariedade no exercício das competências administrativas.

Antes de discorrer sobre a maior liberdade de escolha que a lei confere à administração pública por meio das competências discricionárias, não se deve desconsiderar um importante dado: a lei como instrumento de controle é cada vez mais uma criação do governo, e cada vez menos uma criação do Poder Legislativo. De acordo com Luís Cabral de Moncada, “mesmo que o parlamento continue a ser

técnico e político de participar, juntamente com os políticos e a sociedade, da formulação e gestão das políticas públicas” (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, p. 42).

¹² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *I diritti fondamentali oggi. Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, ano 22, nº 1, 1992, p. 287.

¹³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992, p. 39 e seguintes e 147.

¹⁴ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. v. I. Milano: Giuffrè, 1970, p. 83; CASSESE, Sabino. *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 269.

formalmente o centro da produção legislativa, a realidade é que ele se limita com frequência a corroborar projetos de iniciativa governamental, não passando a intervenção parlamentar de meros acertos e acrescentamentos a propostas de lei de autoria estranha. A concentração de poder no órgão governamental através da mediação política dos partidos majoritários e a própria complexidade técnica das matérias a tratar facilitam essa situação. A consideração do peso da iniciativa legislativa, cada vez menos parlamentarizada, é fundamental para a diagnose do verdadeiro peso do parlamento como órgão legislativo no atual contexto”¹⁵.

Devidamente esclarecido que o que se encontra em crise não é a lei em si, mas sua origem parlamentar, cumpre agora tratar da discricionariedade em sentido amplo e, na sequência, enfrentar as implicações da conferência, por meio de lei, de competências discricionárias à administração pública. Em sentido amplo, a discricionariedade é uma liberdade que a lei, por primeiro, manifesta e que, em um segundo momento, dá azo. Para Luís Cabral de Moncada, no primeiro caso, está-se diante de um problema de natureza constitucional, o da abertura das normas da Constituição, sobretudo daquelas que impõem tarefas ao estado social, à densificação por meio da lei. No segundo caso, está-se diante de um problema de direito administrativo, o da previsão aberta tanto das hipóteses de ação administrativa quanto das consequências a alcançar por seu meio, a legitimar, por parte do administrador, juízos de conveniência e de oportunidade sobre a implementação da lei¹⁶.

É sabido que, na disciplina dos atos da administração pública, a lei pode não apenas fixar o fim a ser alcançado e as consequências esperadas, mas também não deixar margem de manobra alguma para a definição de seu conteúdo, indicando de modo preciso o interesse público tutelado e os meios de sua realização, caso em que se fala de atividade administrativa vinculada. Por outro lado, se a lei se limita a estabelecer o interesse público tutelado, mesmo que de maneira imprecisa, deixando a escolha dos meios a cargo da administração pública, costuma-se falar de “atividade administrativa discricionária” ou de “discricionariedade administrativa”. Por opção doutrinária, adota-se neste estudo a expressão “competência discricionária” da administração pública, querendo com isso identificar, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “a possibilidade que dimana da lei para a eleição de uma entre duas ou mais soluções em vista de realizar, de modo mais satisfatório possível, o interesse público no caso concreto”¹⁷.

Para Massimo Severo Giannini, a eleição de uma solução por parte da administração pública ocorre por meio da ponderação comparativa dos interesses secun-

¹⁵ MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 95-6.

¹⁶ Cf. MONCADA, Luís Cabral de. *Op. cit.* p. 122-3.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 450.

dários (interesses públicos e/ou interesses particulares: individuais e/ou coletivos) em ordem a um interesse público primário¹⁸. Interesse público primário é então aquele interesse público tornado o centro de referência (*centro di riferimento*) na lei que confere à administração pública uma específica competência discricionária. Em razão da natureza não absoluta do interesse público, aquele considerado primário por uma determinada lei concretamente se envolve, tanto mais quanto maior for sua imprecisão¹⁹, com outros interesses, públicos e/ou particulares, no processo de escolha do ato administrativo, a exigir recíproca delimitação. Interesses secundários, assim, são todos aqueles interesses juridicamente defensáveis que colidem com o interesse público primário na definição concreta de uma solução administrativa. Ainda segundo Massimo Severo Giannini, no exercício da competência discricionária a administração pública realiza uma comparação qualitativa e quantitativa dos interesses públicos e particulares que colidem em uma situação social objetiva, de modo que cada um deles seja satisfeito segundo o valor que o administrador lhes atribua. Assim, se lhes for atribuído valor zero ou quase nulo, serão ignorados; se um deles domina, derrotando os demais, esse apenas será satisfeito; mas em geral o que ocorre é uma composição entre os interesses envolvidos²⁰.

A competência discricionária, para Massimo Severo Giannini, se refere a uma *potestà*, e implica *giudizio* e *volontà* ao mesmo tempo²¹. No juízo se individualizam, no curso de um procedimento de avaliação (*apposita istruttoria*), os fatos e os interesses relevantes, estabelecendo a importância relativa dos valores em jogo; e na escolha se adota, com base nos resultados da avaliação, a determinação final. A não arbitrariedade da escolha da solução decorre da observância pelo administrador do princípio da razoabilidade²², que se fundamenta nos princípios constitucionais da moralidade administrativa, da impessoalidade e da eficiência. Além disso, a vinculação legal da competência discricionária ao fomento e/ou à realização de um interesse público primário também permite distinguir o agir mais livre da administração pública da situação de liberdade em que se encontram os particulares. Assim, a escolha da solução pelo administrador é tanto mais razoável, dentre as soluções igualmente plausíveis ao fomento e/ou à realização do interesse público primário, quanto menos sacrifício impõe aos interesses secundários considerados relevantes no

¹⁸ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Il potere discrizionale dela Pubblica Amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1939. p. 72-3; GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. v. I, p. 481.

¹⁹ O interesse público primário não se constitui em uma entidade simples e estática, mas em uma entidade dialética, que se determina por meio da colisão com múltiplos interesses que emergem de um problema real a demandar solução.

²⁰ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Il potere discrizionale dela Pubblica Amministrazione*, p. 74.

²¹ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. v. II. Milano: Giuffrè, 1988, p. 54.

²² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*, p. 11 e seguintes.

processo de avaliação, tudo em conformidade ao critério da medida menos gravosa.

Como se pode depreender do que até aqui se expôs, a competência discricionária da administração pública, como necessidade funcional do estado social, relaciona-se com um tipo diferente de legalidade, uma legalidade menos rígida do que aquela própria da administração pública burocrática, o que nada tem que ver com o fenômeno da ilegalidade, nem com uma suposta autorização para a arbitrariedade. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “a discricionariedade existe, por definição, para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a administração pública decidir a seu talante, mas para decidir de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo”²³.

3. Das atividades privativas dos advogados

O vocábulo advogado deriva do latim *ad auxilium vocatus* e significa “chamado em auxílio”. Na origem, o vocábulo advogado não identificava um profissional do direito, mas uma pessoa convocada a auxiliar uma outra na defesa de sua causa ou, mais simplesmente, na sustentação de um ponto de vista. E, não por acaso, advogados são denominados os santos, a quem se invoca a defesa e a intercessão, e também a Mãe de Deus, que, segundo a tradição católica, é “advogada nossa”²⁴.

A etimologia do vocábulo permite distinguir, de maneira rigorosa, a função do advogado, sobretudo no exercício da advocacia judicial, da função do juiz. Francesco Carnelutti ensina que “o juiz, por definição, julga, não ama. O advogado, ao contrário, ama, não julga. Ama, também quando não compreende. Não se pode defender (uma causa, o conjunto de interesses de uma parte) sem amar. A defesa, porque é o avesso da ofensa, implica o amor. O juiz olha quem deve julgar de longe. O advogado o olha de perto. Não se pode estar próximo a um infeliz sem viver, muito ou pouco, seu infortúnio”. Daí que “sofrer pelo outro é amar”²⁵.

Evidentemente que a diferença entre a função de advogado e a de juiz diz respeito apenas à atividade humana, incluindo a dos santos intercessores, porque, como adverte Bento XVI, “o Juízo de Deus é esperança quer porque é justiça, quer porque é graça. Se fosse somente graça que torna irrelevante tudo o que é terreno, Deus ficar-nos-ia devedor da resposta à pergunta acerca da justiça – pergunta que se nos apresenta decisiva diante da história e do mesmo Deus. E, se fosse pura

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 448.

²⁴ Cf. SCARSELLI, Giuliano. *Ordinamento giudiziario e forense*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 337-8.

²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Vita di avvocato*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 7-8.

justiça, o Juízo em definitivo poderia ser para todos nós só motivo de temor. A encarnação de Deus em Cristo uniu de tal modo um à outra, o juízo à graça, que a justiça ficou estabelecida com firmeza: todos nós cuidamos da nossa salvação ‘com temor e tremor’. Apesar de tudo, a graça permite-nos a todos nós esperar e caminhar cheios de confiança ao encontro do Juiz que conhecemos como nosso ‘advogado’, *parakletos*”²⁶.

Não há dúvida de que, no campo de ação do humano, a justiça aproxima a função do advogado da função do juiz, mas não as confunde²⁷, porque a graça, lídima expressão do amor, é inerente apenas à advocacia. Talvez por isso que, enquanto profissional do direito, a mais característica atribuição do advogado ainda seja a defesa dos interesses de seus clientes em contendas jurídicas por meio da representação judicial. Mas não se deve subestimar sua outra atribuição, de igual importância, embora de contornos bem mais complexos, que é a atribuição de aconselhamento²⁸.

No desempenho de suas atribuições, o advogado deve sempre atuar de acordo com suas convicções profissionais e em observância aos princípios constitucionais do estado de direito, razão por que dele se espera o emprego de todo o cuidado possível para que os interesses que lhe são confiados não se envolvam em temeridades, nem se desguarneçam das necessárias medidas de amparo. Em outras palavras, “o advogado deve ter consciência de que é um servidor da Justiça e um colaborador de sua administração; e que a essência de seu dever profissional é a defesa denodada, com estrita observância das normas jurídicas e morais, dos direitos de seus clientes”²⁹. Na militância pela justiça, de acordo com Rui Barbosa, “legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos”³⁰.

²⁶ BENTO XVI. *Carta encíclica Spe salvi*. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2007, p. 33. Cf. 1 Jo 2,1.

²⁷ “Na missão do advogado também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas idênticas no objeto e na resultante: a justiça. Com o advogado, justiça militante. Justiça impenetrante, no juiz” (BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa Rui Barbosa, 1999, p. 46). Cf., também, REALE, Miguel. Missão do advogado no mundo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 55, p. 118.

²⁸ DANОВИ, Remo. *Corso di ordinamento forense e deontologia*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 437.

²⁹ VALDES, Anibal Bascuñan. *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1960, p. 71.

³⁰ “Não desertar a justiça, nem cortejá-la. Não lhe faltar com a fidelidade, nem lhe recusar o conselho. Não transgredir da legalidade para a violência, nem trocar a ordem pela anarquia. Não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínio a estes contra aqueles. Não servir sem independência à justiça, nem quebrar da verdade ante o poder. Não colaborar em perseguições ou atentados, nem pleitear pela iniquidade ou imoralidade. Não se subtrair à defesa das causas impopulares, nem à das perigosas, quando justas. Onde for apurável um grão, que seja, de verdadeiro direito, não regatear ao atribulado o consolo do amparo judicial. Não proceder, nas consultas, senão com imparcialidade real do juiz nas sentenças. Não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura. Não ser baixo com os grandes, nem arrogante com os miseráveis. Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes

A advocacia, mais do que o exercício de uma ocupação profissional, é a prestação de um serviço à justiça, que ocorre por meio das seguintes atividades privativas: a postulação perante os órgãos do Poder Judiciário, a consultoria, a assessoria e a direção jurídicas³¹. A postulação perante os órgãos do Poder Judiciário é exercida por meio da função de representação judicial, identificando, em consequência, a advocacia judicial. A assessoria jurídica é espécie do gênero advocacia extrajudicial, que não se perfaz com a mera atividade de aconselhamento sobre possíveis soluções para um dado problema jurídico, mas envolve um compromisso com a execução de uma adequada solução³². Já a consultoria jurídica, que também é espécie do gênero advocacia extrajudicial, identifica a atividade de aconselhamento em sentido estrito, porque, sem se comprometer com a execução de uma solução adequada, tem por principal propósito identificar a quem deve decidir, ou já tenha decidido, as soluções inadequadas, podendo, eventualmente, apontar alternativas admissíveis. Na assessoria jurídica há auxílio jurídico continuado a quem deva decidir, atuando o assessor, embora sem a competência decisória, como coadjuvante da decisão do administrador, enquanto a consultoria jurídica se resume a um juízo sobre questão estritamente jurídica, que se formaliza em parecer opinativo. A direção jurídica, por sua vez, também é espécie do gênero advocacia extrajudicial, abrangendo um conjunto de ações de diferentes naturezas, como a administração de serviços jurídicos e a coordenação do trabalho de advogados³³.

3.1 Da advocacia judicial

Não há como negar que o advogado exerce uma atividade paradoxal na esfera judicial, já que dele se espera uma postura de *imparziale parzialità*³⁴. De acordo com Massimo La Torre, o advogado judicial é chamado a ser, “ao mesmo tempo e com os mesmos atos, ‘parte’ e ‘órgão’ do processo (de administração da justiça).

com caridade” (BARBOSA, Rui. *Op. cit.* p. 47).

³¹ Cf. artigo 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994). Segundo o § 2º, do mesmo artigo 1º, também se constitui em atividade privativa da advocacia no âmbito extrajudicial a validação dos atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, para efeito de registro nos órgãos competentes.

³² Cf., em sentido distinto, LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

³³ Em qualquer uma de suas atividades, “a advocacia ocupa posição central no sistema judiciário e na sociedade em geral. O advogado detém papel dinâmico que, se desempenhado sabiamente, pode contribuir, às vezes de maneira decisiva, para a evolução da jurisprudência e para a formação do *diritto vivente*” (PELLEGRINI, Stefania. *Il contenzioso giudiziario in Italia tra mutamento e riforme*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 257). Sobre o *diritto vivente* como categoria hermenêutica, consultar MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 141-63.

³⁴ LA TORRE, Massimo. *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002, p. 56.

O advogado é uma espécie de sócia do cliente: é o representante, o conselheiro, o patrono. Deve-lhe lealdade, mas não pode ser um sócio, nem um cúmplice. Desse modo, o advogado, mesmo sendo ‘parte’, assiste e torna possível a decisão do juiz e, portanto, o funcionamento da máquina processual³⁵. A paradoxalidade da função do advogado é admitida inclusive pelos códigos deontológicos da atividade forense. No preâmbulo ao cânone 1.1, do *Codice di Deontologia degli Avvocati della Comunità Europea*, do ano de 1989, consta que “a missão do advogado impõe-lhe uma série de deveres e obrigações, às vezes em parte contraditórios, para com: o cliente, os tribunais, a profissão em geral, a sociedade”³⁶. Também no preâmbulo das *American Bar Association’s Model Rules of Professional Conduct*, “o advogado é apresentado como a soma de três figuras não precisamente congruentes entre si: ele é o representante da parte, é um funcionário do sistema jurídico e ainda um cidadão investido de uma específica responsabilidade pela qualidade da administração judicial”³⁷.

O advogado desempenha um papel institucional e deve realizar uma função pública, uma função sem a qual uma importante instituição pública não pode funcionar: o processo³⁸. No entanto, sua função não é pública no sentido de que “é diretamente orientada a um bem coletivo: o advogado não defende os direitos da *res publica* abstratamente considerada ou os direitos da administração da justiça, mas apenas os direitos de seu cliente (e, se fosse de outro modo, se defendesse direitos e interesses contrastantes com os do cliente, incorreria não só numa grave confusão moral, mas também em uma violação de seus deveres profissionais)”³⁹. A função do advogado é pública no sentido de que, mesmo não decidindo, propõe as razões para a decisão judicial⁴⁰. De acordo com Massimo La Torre, “a causa defendida pelo ad-

³⁵ LA TORRE, Massimo. *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*. In: MANZIN, Maurizio; MORO, Paolo (org.). *Retorica e deontologia forense*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 45. “Representando, em face do juiz, o interesse que lhe foi confiado, o advogado deve realizar no processo uma atividade parcial, ou seja, destinada ao êxito de seu constituinte; mas essa parcialidade institucional se transforma, quando de encontro com a parcialidade do patrono do adversário no processo, em força que ajuda a descobrir a verdade e que atende à Justiça” (CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1944, p. 253-4).

³⁶ LA TORRE, Massimo. *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, p. 54.

³⁷ LA TORRE, Massimo. *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, p. 54.

³⁸ A fórmula paradoxal da “parcialidade imparcial” expressa a tensão na função do advogado judicial entre a parcialidade na representação de interesses, a imparcialidade na compreensão dos problemas e a pretensão de validade e de reconhecimento intersubjetivo que dá significado à defesa dos interesses das partes. Cf. PULITANÒ, Domenico. *Nella fabbrica delle interpretazioni penalistiche*. In: BISCOTTI, Barbara *et al.* (org.). *La fabbrica delle interpretazioni*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 183-4.

³⁹ LA TORRE, Massimo. *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, p. 58.

⁴⁰ “Como é possível que com a mais completa boa-fé os advogados sustentem doutrinas opostas, surgindo a contenda judicial? A resposta surge tanto da dissociação que em um dado momento existe entre a lei e a autêntica vida do direito, quanto do subjetivismo próprio a toda interpretação legal. Precisamente, nessa sã competição dos advogados que patrocinam a uma e outra parte, acha-se o primeiro fator desencadeante do progresso do di-

vogado, para ser legítima e ter probabilidade de sucesso, deve sempre apresentar-se como justa, mediante argumentos publicamente aceitáveis e verossímeis⁴¹. Esclarece Aurelio Gentili que “o discurso do advogado quer incidir sobre comportamento prático em razão de interesses, que, para quem os compartilha, são valores. Não se trata de um discurso apofântico, mas ético (coisa diferente é saber se é sempre moral). E é ético em dois níveis. De um lado porque pretende afirmar quem no caso controverso pode e deve fazer alguma coisa. De outro porque pretende afirmar que coisa deve decidir o juiz, para decidir corretamente”⁴².

4. Das prerrogativas constitucionais dos procuradores do estado

De acordo com o § 1º, do artigo 3º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, também exercem atividade de advocacia, sujeitando-se a seu regime, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e das respectivas entidades da administração pública indireta e fundacional. Desse modo, tanto os integrantes da Defensoria Pública quanto os da Advocacia de Estado são espécies do gênero advogado⁴³. Identificados como Advocacia Pública em sentido estrito, a Defensoria Pública é o advogado do interesse dos necessitados e a Advocacia de Estado, do interesse público concretamente considerado. Por força do regime comum a todo advogado, o advogado público também possui liberdade e independência (autonomia funcional) para exercer seu mister, incorrendo em responsabilidade civil, nos termos dos artigos 184 e 187, do Código de Processo Civil de 2015, quando age *com dolo ou fraude no exercício de suas funções*.

As atividades de advocacia exercidas pelos procuradores do Estado, por expressa determinação constitucional, são consideradas não apenas atividades típicas da carreira da Advocacia de Estado, mas verdadeiras prerrogativas constitucionais.

reito. A formação do direito através da jurisprudência reconhece sua origem na atividade do advogado que leva ao juiz, não só os ensinamentos da doutrina, mas também suas meditações sobre o *thema decidendum*. Quem se acha ante a questão judicial em primeiro lugar é o advogado. Às suas ânsias, à sua paixão pela justiça, à sua luta pelo direito, à sua aspiração por eliminar o injusto, corresponde esse ponto de apoio inicial para o aperfeiçoamento do direito, sua adequação à vida do autêntico direito e seu progresso com o fim de aproximar-se ao ideal do direito justo” (SPOTA, Alberto. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 15).

⁴¹ LA TORRE, Massimo. *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, p. 60-1.

⁴² GENTILI, Aurelio. Il diritto come discorso. Milano: Giuffrè, 2013, p. 145-6. No mesmo sentido, PUPPO, Federico. La forma retorica del contraddittorio. In: MANZIN, Maurizio; PUPPO, Federico (org.). *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 45.

⁴³ Cf. LÔBO, Paulo. *Op. cit.* p. 31-2.

Com efeito, prerrogativas constitucionais são atividades funcionais constitucionalmente atribuídas, em caráter intransferível e indisponível, a uma determinada categoria de agentes, do que lhe resulta, como consequência, o dever de atuar enquanto carreira de Estado. Na mesma medida em que todo advogado exerce função essencial à justiça, consistente no aconselhamento e na representação de seus clientes em questões jurídicas, os procuradores do Estado são profissionais do direito, investidos num cargo público, cuja função consiste na consultoria jurídica e na representação institucional do Estado em juízo. No exercício da Advocacia de Estado, os procuradores do Estado devem sempre atuar de acordo com suas convicções profissionais e em observância aos princípios constitucionais da administração pública⁴⁴, de modo que o interesse público que lhes é confiado não se envolva em temeridades, nem se desguarneça das necessárias medidas de amparo.

Deixando de lado a análise da Advocacia de Estado em relação aos municípios, apenas por ausência de previsão constitucional a respeito⁴⁵, é relevante distinguir, com base na Constituição Federal de 1988, a abrangência das prerrogativas constitucionais e a forma de organização da Advocacia de Estado em relação à União e em relação aos estados e ao Distrito Federal. Isso porque, da análise dos artigos 131 e 132, salienta-se a adoção pelo constituinte de um modelo assimétrico de Advocacia de Estado⁴⁶, não sendo correta “a interpretação do artigo 132 à luz do artigo 131”, como sustentado pelo ministro Ayres Britto no julgamento do caso da estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital⁴⁷. Como se pode constatar na sequência, não só a organização da carreira é diferente entre a Advocacia Geral da União e os procuradores do Estado, como também a delimitação de suas prerrogativas se define de maneira diversa tanto no que concerne à representação do ente federado quanto ao que concerne ao exercício do aconselhamento jurídico.

Dispõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar

⁴⁴ A respeito, o artigo 5º, do provimento nº 114, de 2006, da Ordem dos Advogados do Brasil, dispõe: “É dever do advogado público a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da Administração Pública”.

⁴⁵ “Serão representados em juízo, ativa e passivamente, os Municípios, por seus prefeitos ou procuradores” (artigo 75, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015).

⁴⁶ “Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135” (redação do artigo 132 antes da alteração promovida pela emenda constitucional nº 19/98). O artigo 131 permanece com sua redação original.

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.557-5, rel. min. Ellen Gracie.

que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Da análise dos artigos 131 e 132 evidencia-se, por primeiro, a diferença entre a forma plural de organização da Advocacia de Estado em relação à União e a forma unitária de organização em relação aos estados e ao Distrito Federal. O artigo 131 determina a existência de carreiras diversas na instituição federal, cada qual sujeita a específico concurso público de provas e títulos. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “como a Constituição previu carreiras (no plural) e apenas delimitou a competência da carreira de procurador da Fazenda nacional, o legislador definiu duas outras – a de advogado da União e a de procurador federal – a primeira para a representação direta da União, e a segunda para a representação por meio dos órgãos vinculados, ou seja, por órgãos instituídos com o fim específico de representar as entidades da administração pública indireta”⁴⁸. Já o artigo 132 determina que os procuradores do Estado, a quem compete a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizem-se em uma única carreira,

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo. Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 39.

na qual o ingresso depende de concurso público de provas e títulos. O que significa dizer, no concernente à representação, que a execução da dívida ativa de natureza tributária não pode ser senão atribuição dos procuradores do Estado. Igual raciocínio, no entanto, não cabe em relação à representação das entidades da administração pública indireta e fundacional, uma vez que elas não se constituem em unidades federadas.

Em segundo lugar, da análise dos artigos 131 e 132 evidencia-se a diferença de abrangência entre as prerrogativas constitucionais atribuídas à Advocacia Geral da União e as atribuídas aos procuradores do Estado. De acordo com o artigo 131, a Advocacia Geral da União detém a representação judicial e extrajudicial da União⁴⁹, enquanto os procuradores do Estado, por força do artigo 132, detém apenas a representação judicial das respectivas unidades federadas. Em outras palavras, a representação extrajudicial das respectivas unidades federadas não se constitui prerrogativa constitucional dos procuradores do Estado, podendo vir a tornar-se, por expressa deliberação nesse sentido, uma prerrogativa de estatura legal. Já de acordo com o artigo 132, a consultoria jurídica exercida pelos procuradores do Estado não se restringe ao Poder Executivo, como ocorre com a Advocacia Geral da União, mas se destina a todos os Poderes das respectivas unidades federadas. Embora não se desconheça que a assessoria jurídica do Poder Executivo é prerrogativa constitucional apenas da Advocacia Geral da União, podendo vir a tornar-se, por expressa deliberação nesse sentido, uma prerrogativa de estatura legal dos procuradores do Estado, pode-se concluir, por força da abrangência da consultoria jurídica, que os procuradores do Estado estão inseridos na estrutura do Poder Executivo não em razão da exclusividade do exercício de suas prerrogativas constitucionais, mas para fins meramente administrativos⁵⁰.

Para efeito analítico, uma vez esclarecido o alcance do artigo 132, podem ser identificadas da seguinte forma as diversas atribuições dos procuradores do Estado na organização da carreira: as prerrogativas constitucionais são atividades típicas da carreira (a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas) e as prerrogativas legais são atividades atípicas. As atividades atípicas da carreira dos procuradores do Estado, por sua vez, não são apenas atividades priva-

⁴⁹ “Não se compreende como atribuição exclusiva da Advocacia Geral da União, definida pelo artigo 131, da Constituição Federal de 1988, a representação legal e a representação política da União, as quais competem aos chefes de Poder e seus auxiliares (...) Logo, via de regra, as funções reservadas com exclusividade à Advocacia Geral da União pela Constituição quanto à representação extrajudicial da União se limitam apenas às questões jurídicas relacionadas à Administração Pública federal, não incluindo as atividades de administração ordinária afetas a cada Poder, Ministério ou órgão em sua área de atuação legal” (Parecer nº AGU/RA 03/2007. Assunto: Termo de compromisso de ajustamento de conduta. Legitimidade para assinatura. Advocacia Geral da União. Participação obrigatória. Sede constitucional).

⁵⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Pareceres, p. 65.

tivas da advocacia, como a assessoria jurídica e a direção jurídica, podendo alcançar outras atividades, desde que compatíveis com a importância das prerrogativas constitucionais, e que poderiam ser denominadas de atividades próprias da carreira, a exemplo da representação extrajudicial da unidade federada, da composição de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos e da participação em comissões de licitação e em bancas de concurso público⁵¹.

4.1 Da advocacia judicial: a representação do ente federado em juízo

No exercício da prerrogativa constitucional de representação judicial do ente federado, o paradoxo da “parcialidade imparcial” se torna muito mais grave em relação aos procuradores do Estado, assim como em relação aos demais integrantes da Advocacia de Estado, do que em relação aos advogados em geral, não apenas pela circunstância de ocuparem um cargo público, mas porque, por meio da advocacia judicial, cumpre-lhes a defesa do interesse público concretamente considerado. Aqui não cabe dizer que a função dos procuradores do Estado não é pública no sentido de que é diretamente orientada a um bem coletivo. Ao contrário, é uma função pública porque, mesmo não decidindo, propõe as razões para a decisão judicial, e sobretudo porque é diretamente orientada a um bem coletivo. Os procuradores do Estado, na defesa dos direitos de seu cliente, defendem os direitos da *res publica* concretamente considerada e, na medida do que é compatível com o interesse público, os direitos da parte contrária na contenda. Desse modo, incorreriam numa grave confusão moral os procuradores do Estado que não tivessem plena consciência da paradoxalidade de sua propalada parcialidade, bem como em violação de seus deveres profissionais, tendo em conta que a condição para o bom funcionamento administrativo é a observância por todos os servidores públicos, inclusive pelos procuradores do Estado no exercício da representação judicial, dos princípios constitucionais regentes da administração pública.

4.2 Da advocacia extrajudicial: a consultoria jurídica e o assessoramento jurídico

Para os procuradores do Estado, o exercício da advocacia extrajudicial abrange uma prerrogativa constitucional e diversas prerrogativas legais. Interessa, para

⁵¹ O que permite concluir que impróprias à carreira de procurador do Estado não são necessariamente atividades que não são privativas da advocacia, mas toda e qualquer atividade que não guarde congruência com a importância para o estado de direito das prerrogativas constitucionais de representação judicial e de consultoria jurídica.

bem justificar o enquadramento que se pretende dar à “advocacia de governo”, distinguir a natureza da prerrogativa constitucional da consultoria jurídica da natureza da prerrogativa legal do assessoramento jurídico.

Da mesma forma que todo advogado no exercício da função de estrito aconselhamento de seus clientes, os procuradores do Estado no exercício da prerrogativa constitucional da consultoria jurídica devem agir de maneira isenta, julgando a questão jurídica sob sua apreciação sem tomar partido⁵². E assim deve ser porque a consulta de um advogado ao cliente não tem nenhum valor se é dada por condescendência, por interesse pessoal ou sob efeito de pressão externa. O que significa dizer que a consulta somente tem valia sob a condição de imparcialidade do consultor⁵³. Assim, em se pautando pelo dever de imparcialidade, comum à função de juiz⁵⁴, o principal propósito da prerrogativa constitucional da consultoria jurídica é possibilitar o controle interno da legalidade dos atos da administração pública⁵⁵, identificando a quem deve decidir, ou já tenha decidido, por meio da interpretação da lei, as soluções inadequadas para uma dada questão jurídica, e podendo, eventualmente, apontar alternativas admissíveis⁵⁶. De modo adverso à função de juiz,

⁵² Na lição de Rui Barbosa, antes citada, o advogado, nas consultas, deve proceder “com imparcialidade real do juiz nas sentenças”.

⁵³ Cf. GENTILI, Aurelio. *Op. cit.* p. 145; DANOVI, Remo. *Op. cit.* p. 440.

⁵⁴ O dever de imparcialidade também se impõe aos procuradores do Estado quando de sua atuação em câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a exemplo do exercício da prerrogativa legal de mediador, a quem se aplicam as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. Com efeito, nos termos da lei 13.140, de 25 de junho de 2015, que versa, dentre outros temas, sobre a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (...) Compreendem-se na competência das câmaras a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela Administração Pública com particulares” (artigo 32). Conforme acima dito, “aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz”. Assim, “a pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas” (artigo 5º).

⁵⁵ O controle interno da legalidade é atribuição que o consultor exerce em face dos elementos vinculados dos atos da administração pública. Nesse sentido, trata-se de um controle da legalidade em sentido estrito. Não há dúvida de que ao assessor igual atribuição lhe compete. A diferença entre ambas as funções é que o assessor também – e mais propriamente – exerce sua atribuição em face das competências discricionárias da administração pública, auxiliando o administrador em seus juízos de conveniência e oportunidade.

⁵⁶ “A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo artigo 132 da lei fundamental da República,

a consultoria jurídica não exerce atividade vinculante, apenas opinativa⁵⁷. Desse modo, os pareceres dos procuradores do Estado, embora orientados pela lógica da administração pública burocrática, ou seja, pela lógica de “um controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos”⁵⁸, nada mais são do que fundamentados juízos que difundem recomendações, orientações ou advertências.

A prerrogativa legal do assessoramento jurídico é atividade que não se perfaz com o mero aconselhamento sobre possíveis soluções para um dado problema jurídico, mas exige dos procuradores do Estado um compromisso com a execução de uma adequada solução. No exercício da função de assessor, não se pode pretender dos procuradores do Estado um comportamento imparcial, como o que se espera do consultor. Ao contrário, a assessoria de um advogado ao cliente só tem valor se um se torna uma espécie de sócia do outro⁵⁹. Enquanto o consultor aprecia a questão jurídica alheio às divergências políticas que a cercam, o assessor aprecia a questão jurídica a começar pelas divergências políticas. Trata-se, no serviço público, de um tipo de atividade pautado pela lógica da administração pública gerencial, ou seja, uma atividade que, sem se desprejar da legalidade, orienta-se pela lógica do controle de resultados⁶⁰. Diferentemente do que acontece com a consulta, que se realiza como atividade conclusiva por meio de um parecer jurídico de natureza opi-

em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado ad libitum pelo chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais” (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.843 MC-ED-Ref., rel. min. Celso de Mello). Cf., DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 274; MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, nº 116, out./dez. 1992, p. 88 e 94-5; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, nº 3, 1996, p. 17-8.

⁵⁷ “Parecer é a fórmula segundo a qual certo órgão ou agente consultivo expede, fundamentadamente, opinião técnica sobre matéria submetida à sua apreciação” (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143). Cf., também, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 273. Parecer jurídico, por sua vez, é o ato por meio do qual a consultoria jurídica formaliza uma opinião sobre questão jurídica sujeita à sua avaliação, qualificando juridicamente os fatos controversos e justificando a interpretação sugerida para a legislação pertinente.

⁵⁸ Cf. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 271.

⁵⁹ O assessor não é apenas um conselheiro. Dentre outras atribuições que se somam ao aconselhamento, o assessor também cumpre o papel de confidente.

⁶⁰ “Enquanto a administração burocrática acredita em uma racionalidade absoluta, que a burocracia está encarregada de garantir, a administração gerencial pensa na sociedade como um campo de conflito, cooperação e incerteza, no qual cidadãos defendem seus interesses e afirmam suas posições ideológicas, que afinal se expressam na administração pública. Nestes termos, o problema não é o de alcançar a racionalidade perfeita, mas definir instituições e práticas administrativas suficientemente abertas e transparentes de forma a garantir que o interesse coletivo na produção de bens públicos pelo Estado seja razoavelmente atendido” (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*, p. 272).

nativa, a assessoria é uma atividade continuada de auxílio jurídico, compromissada com a execução de uma solução adequada. Em consequência disso, diversamente do que ocorre com a consulta jurídica, cuja condição de validade é a imparcialidade do consultor, o assessor jurídico passa por uma situação de tensão similar àquela vivenciada pelo advogado judicial (o paradoxo da *imparziale parzialità*), uma vez que se encontra funcionalmente dividido entre o dever de parcialidade na execução dos interesses do cliente e a aspiração de imparcialidade na compreensão da questão jurídica e no encaminhamento técnico da solução tida como adequada.

5. Conclusão

Inquestionável que a advocacia judicial no âmbito das políticas públicas é, sempre foi e continuará sendo, atribuição de grande importância da Advocacia de Estado. A novidade talvez nem seja o reconhecimento da importância da advocacia extrajudicial na fase de elaboração das políticas públicas. O que de fato se apresenta como novo, a exigir da carreira profunda reflexão, é o tipo de advocacia extrajudicial que se pretende realizar no âmbito das políticas públicas sob o qualificativo de “advocacia de governo”. Assim, em sendo a “advocacia de governo” uma atividade tendente a tornar exequível juridicamente as políticas públicas definidas pelos governos democraticamente eleitos, é imprescindível assumir institucionalmente que sua natureza melhor se conforma à da prerrogativa legal do assessoramento jurídico, não se cingindo à da prerrogativa constitucional da consultoria jurídica. Cabe, pois, à legislação de organização da carreira, em prestígio da funcionalidade do Estado de direito, distinguir o campo de ação da “advocacia de governo” do da prerrogativa constitucional da consultoria jurídica, já que a atividade de consultoria se destina exclusivamente ao controle interno da legalidade, enquanto à atividade de assessoramento não é estranho o auxílio jurídico em juízos de conveniência e oportunidade. Desse modo, embora seja certo afirmar que a atividade de assessoramento não é incompatível com o controle da legalidade em sentido estrito, à atividade de consultoria, pautada pelo dever de imparcialidade, não se conciliam os juízos de conveniência e oportunidade.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.

_____. *Liberalismo e democrazia*. Milano: Simonelli, 2006.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa Rui Barbosa, 1999.

BENTO XVI. *Carta encíclica Spe salvi*. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia pública e o Estado democrático de direito. *Revista da Procuradoria Geral do município de Juiz de Fora*, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, jan./dez. 2011.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: MARE, 1997.

_____. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1944.

CARNELUTTI, Francesco. *Vita di avvocato*. Milano: Giuffrè, 2006.

CARRASCOSA, Angelo Demetrius de Albuquerque. Procurador do Estado: seu papel na política e sua relação com a autonomia. In: PEREIRA, Rodolfo Viana *et al.* (org.). *Advocacia pública em foco*. Belo Horizonte: IDDE, 2017.

CASSESE, Sabino. *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010.

DANOVI, Remo. *Corso di ordinamento forense e deontologia*. Milano: Giuffrè, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, nº 3, 1996.

_____. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Direito administrativo. Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GENTILI, Aurelio. *Il diritto come discorso*. Milano: Giuffrè, 2013.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. v. I. Milano: Giuffrè, 1970.

_____. *Diritto amministrativo*. v. II. Milano: Giuffrè, 1988.

_____. *Il potere discrizionale dela Pubblica Amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1939.

GIUFFRIDA, Armando. *Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*. Torino: Giappichelli, 2012.

LA TORRE, Massimo. *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*. In: MANZIN, Mauricio; MORO, Paolo (org.). *Retorica e deontologia forense*. Milano: Giuffrè, 2010.

_____. *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. *Pubblica Amministrazione e interessi*. In: BATTINI, Stefano et al. (org.). *Il diritto amministrativo oltre i confini*. Milano: Giuffrè, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996.

MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, nº

116, out./dez. 1992.

PELLEGRINI, Stefania. *Il contenzioso giudiziario in Italia tra mutamento e riforme*. Milano: Giuffrè, 2008.

PELICIOLO, Angela Cristina. O procurador do Estado, as políticas públicas e o orçamento. *Boletim de direito administrativo*, São Paulo, v. 31, nº 12, dez. 2015.

PULITANÒ, Domenico. Nella fabbrica delle interpretazioni penalistiche. In: BISCOTTI, Barbara et al. (org.). *La fabbrica delle interpretazioni*. Milano: Giuffrè, 2012.

PUPPO, Federico. La forma retorica del contraddittorio. In: MANZIN, Maurizio; PUPPO, Federico (org.). *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*. Milano: Giuffrè, 2008.

REALE, Miguel. Missão do advogado no mundo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 55, 1960.

SCARSELLI, Giuliano. *Ordinamento giudiziario e forense*. Milano: Giuffrè, 2010.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A função social do procurador do Estado. Justiça & democracia. *Revista de informação e debates*, São Paulo, nº 3, 1997.

_____. *O mercado de trabalho humano*. São Paulo: LTr, 1998.

SOUZA, Celine. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul./dez. 2006.

SPOTA, Alberto. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

VALDES, Anibal Bascuñan. *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1960.

ZAGREBELSKY, Gustavo. I diritti fondamentali oggi. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, ano 22, nº 1, 1992.

_____. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

Princípio da vedação do retrocesso social e sua aplicação ao âmbito urbanístico

Sérgio Laguna Pereira¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Os contornos da vedação do retrocesso; 3. Fundamentos do princípio da vedação do retrocesso; 4. Parâmetros da aplicabilidade da proibição de medidas retrocessivas; 5. A aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso ao âmbito urbanístico; 6. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: Iniciando pela análise dos contornos essenciais e dos fundamentos constitucionais que a doutrina atribui à vedação do retrocesso social, o presente artigo se propõe a examinar de que modo esse princípio constitucional se inter-relaciona com o programa dos direitos fundamentais, quais são os parâmetros de aferição de sua aplicabilidade e, por fim, a possibilidade de sua adoção no âmbito urbanístico, notadamente no que concerne ao direito à cidade. Apoiado em base lógico-investigativa conduzida pelo método indutivo e recorrendo à pesquisa bibliográfica, o texto conclui pela pertinência da adoção da vedação de retrocesso ao direito à cidade, compreendido como um plexo de posições jurídicas de direitos fundamentais que devem ser concretizados no espaço urbano.

1. Introdução

Inspirada por noções como núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, eficácia dos direitos fundamentais e segurança jurídica, a doutrina – e, por vezes, também a jurisprudência – tem firmado um consenso relevante em torno do denominado princípio da vedação do retrocesso social.² Esse princípio, embora não seja expressamente previsto na Constituição, tem sido afirmado como decorrência lógica do sistema jurídico-constitucional.³

Para Luís Roberto Barroso, a vedação do retrocesso social traduz a ideia de que “se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir deter-

¹ 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. Florianópolis-SC, Brasil. E-mail: laguna@pge.sc.gov.br.

² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed., São Paulo: Renovar, 2008, p. 83.

³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

minado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido”. Em decorrência disso, “uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição”.⁴

O problema que se suscita no presente artigo é se é possível afirmar a aplicabilidade desse princípio constitucional ao âmbito urbanístico.

Para tanto, analisar-se-á, na primeira seção, qual a definição do princípio da vedação do retrocesso social, a fim de determinar quais são seus contornos essenciais no sistema jurídico. Em seguida, na segunda seção, serão examinados os múltiplos fundamentos constitucionais do princípio, os quais têm sido objeto de intenso debate doutrinário. Na terceira seção, a seu turno, serão caracterizados os parâmetros de aferição da aplicabilidade do princípio, tendo em vista, especialmente, o princípio democrático e o espaço de conformação legislativa assegurado às maiorias políticas eleitas. Por fim, na quarta seção, enfrentar-se-á finalmente a questão da transposição do princípio da vedação do retrocesso social ao âmbito urbanístico.

Recorrendo à pesquisa bibliográfica, o presente trabalho terá base lógico-investigativa apoiada no método indutivo⁵, tendo sido utilizadas, ainda, as técnicas do referente⁶, da categoria⁷ e do conceito operacional⁸.

2. Os contornos da vedação do retrocesso

Alguns autores, como Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, atribuem à vedação do retrocesso social a natureza de mera eficácia jurídica negativa decorrente dos direitos fundamentais, o que se opera, portanto, apenas no plano da validade das normas.⁹ Não obstante, a maior parte da doutrina nacional e estrangeira – e tal perspectiva é adotada como pressuposto no presente estudo – reconhece a

⁴ Idem, pp. 152-153.

⁵ *Método indutivo*: base lógica da dinâmica da pesquisa científica que consiste em “pesquisar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática. 13. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 91).

⁶ *Referente*: “explicitação prévia dos motivos, objetos e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática, p. 58).

⁷ *Categoria*: “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia” (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática, p. 27).

⁸ *Conceito operacional*: “definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos” (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática, p. 39).

⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 83.

natureza principiológica da proibição do retrocesso social, a qual consubstancia um verdadeiro princípio jurídico-constitucional.¹⁰ Seu conteúdo mandamental¹¹ é claro no sentido de que, quando vier a ser obtido determinado “patamar de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social, mediante lei, será proibido ao legislador extirpar ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substitutivo”.¹²

Em larga medida, os princípios constitucionais que versam sobre direitos fundamentais dependem de regulamentação e/ou complementação legislativa. É a legislação ordinária que irá estabelecer, de forma mais concreta, o modo de fruição de tais direitos. A questão que se coloca, pois, é saber se poderia o legislador, no exercício de âmbito da liberdade de conformação da legislação com a vontade da maioria política eleita, simplesmente suprimir o arcabouço legislativo que confere efetividade a algum direito fundamental, sem a edição de nenhum expediente equivalente ou substitutivo. É exatamente nessas situações em que se invoca o princípio da vedação do retrocesso social, sob o pressuposto de que tal conduta do legislador consistiria em uma verdadeira fraude à Constituição, pois tornaria ineficaz direito que ela própria mandou implementar.

A supremacia da Constituição não pode ser interpretada estritamente como um mandamento de conformidade com a Constituição; deve ser vista, também, como uma ordem de concretização de suas disposições, seja mediante a realização de valores que ela consagra, seja através da proteção de certos bens e interesses de matriz constitucional.¹³ Logo, uma vez implementada “a deliberação constitucional no sentido da concretização dos direitos fundamentais sociais, o legislador infra-constitucional torna-se vinculado, não lhe sendo lícito eliminar os direitos implementados sem oferecer mecanismos de recomposição”.^{14 15}

¹⁰ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 148.

¹¹ Os princípios são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2008. Traduzido por: Virgílio Afonso da Silva, p. 90).

¹² FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*, p. 157.

¹³ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

¹⁴ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 401-403.

¹⁵ “(...) o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação dos enunciados que, regulamentando o princípio constitucional, ensejaram a aplicação e a fruição dos direitos fundamentais ou ainda os ampliaram, toda vez que tal revogação não seja acompanhada de uma política substi-

Como contribuição relevante para a consagração do princípio da proibição do retrocesso social, destaca-se decisão paradigmática tomada pelo Tribunal Constitucional português.¹⁶ No acórdão 39, julgado em 5 de maio de 1984, aquele Tribunal declarou a inconstitucionalidade de decreto-lei do governo que revogava dispositivos legais que organizavam o Sistema Nacional de Saúde português. Partindo do pressuposto de que esse serviço constituía uma garantia institucional de efetivação do direito à saúde, assegurado expressamente no art. 64 da Constituição portuguesa¹⁷, ele não poderia ser suprimido sem que houvesse a implementação de meios substitutivos adequados que não frustrassem a eficácia da norma constitucional. No voto-condutor do julgado, conselheiro Vital Moreira registrou o seguinte:

Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor.¹⁸

tutiva. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorrerá quando se revogam as disposições infraconstitucionais descritas deixando um vazio em seu lugar. A idéia é que a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se portanto, de uma ação inconstitucional.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. pp. 84-85)

¹⁶ OLIVEIRA, Priscila Sutil de; MACHADO, Edinilson Donisete. “Princípio” do não retrocesso: uma comparação entre Brasil e Portugal. In: HELLMAN, Renê Francisco; MARGRAF, Alencar Frederico (Orgs.). *Os efeitos do constitucionalismo contemporâneo no Direito: uma visão interdisciplinar*. 1ª ed., Telêmaco Borba: Editora FATEB, 2014. p. 176

¹⁷ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, de 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso: <15.07.2017>.

¹⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 39, de 05 de maio de 1984*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: <15.07.2017>.

Na mesma linha, em adesão a essa tese, o eminente constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho afirma:

(...) o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei de segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial.¹⁹

Consoante ressaltado por Ingo Wolfgang Sarlet, em uma democracia constitucional como a do Brasil, que ainda se encontra em processo de consolidação e amadurecimento, o problema que se coloca, mais do que propriamente coibir atos retrocessivos, ainda é o de se conferir "cumprimento mais eficiente e eficaz ao dever de progressiva concretização dos objetivos sociais e dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos e assegurados".²⁰ No entanto, isso não deve pôr à margem a necessidade de se levar a sério a proibição de retrocesso, "naquilo onde mesmo o pouco que foi alcançado possa estar em risco".²¹

Nesse ponto, deve-se destacar a íntima relação que há entre o dever de progressiva implementação dos direitos fundamentais e a proibição de retrocesso.²² Trata-se, como se percebe, dos dois lados de uma mesma moeda, haja vista que é do "dever de progressiva implantação e realização de tais direitos" que se deduz a

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 340.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coords.). *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 82.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*, p. 82.

²² A vedação de retrocesso pressupõe "que dois dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios são: (i) a aplicação imediata e/ou a efetividade dos direitos fundamentais; (ii) a progressiva ampliação de tais direitos fundamentais." (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. p. 84).

proibição de regressividade.^{23 24}

3. Fundamentos do princípio da vedação do retrocesso social

No que concerne à fundamentação da proibição de retrocesso na perspectiva jurídico-constitucional, a doutrina se reporta a uma infinidade de fundamentos que justificariam não só a validade constitucional desse princípio como também a sua indispensabilidade para a própria lógica do sistema jurídico-constitucional e, mais especialmente, do programa constitucional de efetivação dos direitos fundamentais. Não obstante, pelos limites estreitos do presente estudo, optar-se-á por destacar apenas alguns fundamentos mais relevantes.

O primeiro fundamento a que se faz referência é o da dignidade da pessoa humana. Tido como um dos alicerces do Estado Democrático e Social de Direito²⁵, que corresponde ao que se compreende atualmente como Estado Constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, ao exigir a satisfação de prestações positivas de direitos que conduzam a uma existência digna a todos, “tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar”.²⁶ Ainda que o conteúdo da dignidade da pessoa humana não coincida, em sua inteireza, com o dos direitos fundamentais (que são muito mais amplos), é certo que o seu núcleo essencial deve ser tomado como o “limite dos limites aos direitos fundamentais”, vedando medidas legislativas estatais que pretendam a sua restrição.²⁷

Constitui, ainda, fundamento da vedação do retrocesso o princípio da máxima eficácia e efetividade às normas definidoras dos direitos fundamentais. Em vínculo estreito com o princípio da força normativa da Constituição, a “máxima

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*, pp. 101-102.

²⁴ De acordo com Sabrina Morais, “as políticas públicas devem estar imbuídas por um princípio da progressividade e não reducibilidade das prestações sociais, incorporando-se as já alcançadas e programando-se sua ampliação”. (MORAIS, Sabrina. *O direito humano fundamental ao desenvolvimento social: uma abordagem interdisciplinar e pluralista do direito constitucional comparado entre Brasil e Espanha*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 213).

²⁵ Cf. art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana; (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15/07/2017).

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito. *Trabalho, constituição e cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014, p. 186.

²⁷ ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. In: *Inclusão social*, vol. 2, nº 1, pp. 118-124, mar./2007.

efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo”.²⁸ Nessa ordem de ideias, medidas legislativas que venham a neutralizar ou frustrar a eficácia das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais devem ser tidas como violadoras destas mesmas normas.²⁹ O reconhecimento da proibição de retrocesso, nesse contexto, impede que o legislador possa revogar um ato legislativo anterior que deu concretude a direitos fundamentais, implicando, por consequência, a configuração de um vácuo normativo, que corresponderia à recondução a uma situação de omissão inconstitucional.³⁰

A proteção da confiança e a segurança jurídica são apontados, também, como fundamentos-base relevantes a sustentar a validade da proibição de retrocesso social. Conforme observa Ingo Wolfgang Sarlet,

O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (já em função de sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe aos órgãos estatais – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a um determinado nível de estabilidade e continuidade da ordem jurídica objetiva, assim como dos direitos subjetivos atribuídos às pessoas. (...) Com efeito, parece evidente que os órgãos estatais, inclusive (mas não só!) por força da segurança jurídica e da proteção à confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas devem observar certo grau de vinculação em relação aos próprios atos já praticados.³¹

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

²⁹ “É necessário ter sempre em mente, por outro lado, que na base de todos os desenvolvimentos que hão de seguir se encontra o postulado otimizador da máxima eficácia possível, bem como a presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz dos direitos fundamentais, decorrente da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012).

³⁰ “Como corolário do dever de legislar para dar eficácia aos direitos sociais, há o dever de não alterar ou revogar as normas infraconstitucionais concretizadoras das normas constitucionais de direitos fundamentais; trata-se da vedação de retrocesso, que não é absoluta, como se verá, mas impede desrespeitar a supremacia da Constituição pela alteração ou supressão das normas infraconstitucionais de modo ofensivo à supremacia da Constituição.” (NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 120).

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão*, p. 186.

Assim, o que se percebe é que as garantias constitucionais de proteção aos direitos adquiridos, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito não são suficientes para contemplar uma noção mais ampla de segurança jurídica.³² Daí porque é preciso que se redimensione as ideias de proteção da confiança e de segurança jurídica a fim de que elas compreendam um universo mais amplo de situações jurídicas, conferindo “certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas”,³³ em especial no que diz respeito aos níveis de concretização de direitos que o Poder Público já produziu.

O quarto fundamento – e último a ser destacado neste estudo – está relacionado com as normas de direito internacional, em especial no que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais incorporados ao direito doméstico.

Como se sabe, a Constituição Federal estabeleceu, no art. 5º, §§ 2º e 3º, uma sistemática de incorporação ao direito interno de normas do direito internacional.³⁴ Como já é tradição no direito brasileiro, qualquer tratado internacional, quando celebrado pelo Poder Executivo e ratificado pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo, incorpora-se ao direito interno com *status* de lei ordinária. Não obstante, quando se tratar de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, duas possibilidades se abrem: primeiro, aos que vierem a ser aprovados em observância ao rito do § 3º do art. 5º (maioria de três quintos, nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação), eles passam a ter hierarquia normativa constitucional; por outro lado, mesmo quando não tenha ocorrido tal aprovação por maioria qualificada (mas apenas tenha sido observado o procedimento convencional de incorporação, mediante decreto legislativo), os tratados internacionais de direitos humanos, em razão da natureza da matéria que regulam, incorporam-se ao direito interno com *status* supralegal, abaixo da Constituição mas acima da legislação ordinária.³⁵ É o que decidiu o Supremo Tribunal Federal em de-

³² “A estabilidade institucional (incluindo a estabilidade jurídica) é fundamental para o exercício dos direitos fundamentais do cidadão, na medida em que a dignidade humana não restará suficientemente respeitada e protegida onde as pessoas estejam expostas a tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 294).

³³ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*, pp. 152-154.

³⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15/07/2017.

³⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 94-117.

cisão paradigmática que versou sobre a questão da prisão civil de depositário infiel.³⁶

Nessa perspectiva, ao se admitir a incorporação no direito brasileiro de normas de direito internacional definidoras de direitos humanos – as quais ingressam no sistema jurídico com *status* hierárquico, em qualquer das hipóteses, superior à legislação ordinária –, observa-se a internalização de relevantes disposições de direitos econômicos, sociais e culturais, as quais “impõe a progressiva realização efetiva da proteção social pelos Estados e que, implicitamente, vedam o retrocesso em matéria de direitos sociais já concretizados”.³⁷ Destaca-se, à guisa de exemplo, dois pactos internacionais que, já tendo sido internalizados na ordem jurídica brasileira, impõe expressamente o dever de progressividade na implementação dos direitos: a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)³⁸ e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.³⁹ Tem-se em tais normas, portanto, fundamentos sólidos à vedação de retrocesso social.

4. Parâmetros da aplicabilidade da proibição de medidas retrocessivas

Ao princípio da vedação do retrocesso social, relevantes objeções são suscitadas, com o propósito de pôr em dúvida a sua validade jurídica. Portanto, é necessário que ao menos algumas delas sejam devidamente examinadas, até mesmo para que se possa colocar em perspectiva quais são os parâmetros que devem ser adotados para

³⁶ “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no recurso extraordinário nº 349.703*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2017.

³⁷ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed., Curitiba: Juruá Editora, 2014, pp. 278-279.

³⁸ Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo: os estados-parte comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15/07/2017.

³⁹ Art. 2º, item 1.: Cada estado-parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 15/07/2017.

se aferir quando é o caso de aplicabilidade desse princípio jurídico-constitucional.

A maior objeção suscitada diz respeito ao princípio democrático e ao pluralismo político.⁴⁰ Sustenta-se que, ao se admitir a vedação de retrocesso, estar-se-ia restringindo demasiadamente o âmbito de conformação democrática que é conferido ao legislador ordinário, impedindo que as maiorias políticas eleitas possam implementar o seu programa ação em cada momento histórico.⁴¹ Observa, a esse respeito, Ana Paula de Barcellos:

Ao regulamentar um determinado direito fundamental, o legislador faz opções em função daquilo que lhe parece mais conveniente e necessário em face do momento histórico em que vive e do futuro próximo. Se se entender que a vedação do retrocesso impede qualquer tipo de restrição da regulamentação vigente, isso significará concluir que as opções concretas de um determinado legislador não poderiam ser alteradas, salvo para ampliar o alcance do direito ou a proteção e as prerrogativas por ele conferidas. Isto é: a regulamentação concreta de um direito formaria com a sua própria previsão constitucional uma espécie de bloco de constitucionalidade, à qual se reconheceria o status de uma cláusula pétrea ampliada, inviabilizando sua restrição.⁴²

Essa solução, todavia, não é a mais adequada. É evidente que a conformação concreta dos direitos fundamentais, posta a cargo do legislador, não admite apenas um conteúdo ou uma forma em particular. Por conta do pluralismo político, é possível imaginar diferentes regulamentações que podem ser validamente editadas. Não há, portanto, qualquer impedimento a que o legislador promova reformas que lhe pareçam adequadas em cada momento histórico, de modo a ajustar as prestações estatais àquilo que a sociedade entende razoavelmente adequado e àquilo que

⁴⁰ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 139.

⁴¹ A feição primeira da vedação do retrocesso, desenvolvida pela doutrina europeia, era a de uma catapulta de transformação social sem retorno na edificação de uma sociedade justa idealizada. (...) Cada legislação surgida era um degrau de conquista social irrenunciável e sem retorno. Sob essa perspectiva, ficava evidente que, nesse campo, o legislador, ao desincumbir-se de sua tarefa de promoção dos direitos se vinculava à própria lei, não podendo dali mais recuar. Tinham-se em foco, de um lado, os direitos sociais como “bloco constitucional dirigente” e de outro, a significativa redução do espaço de configuração legislativa, reduzida, agora, à “mera função executiva da Constituição”. (SAMPAIO, José Adércio. A cláusula do não retrocesso social. In: FELLET, André (org.); NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e democracia*. 1. ed., Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 583-584).

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, pp. 86-87.

o Estado, em termos econômicos e fáticos, é capaz de prover. O que não se admite, por outro lado, é a mera supressão do direito, ou seja, a inviabilização da fruição do direito fundamental pela revogação da regulamentação previamente existente, sem que medidas equivalentes ou substitutivas sejam implementadas.

Nessa perspectiva, refuta-se, então, qualquer afirmação no sentido de que a proibição de retrocesso poderia implicar, por via transversa, a constitucionalização do direito legal, por considerar que uma norma infraconstitucional passaria a ter força de norma constitucional.⁴³ Em realidade, não é a norma infraconstitucional que é o objeto da proteção, mas sim a norma constitucional asseguradora do direito fundamental, que, no caso de eventual supressão de sua regulamentação, torna-se ineficaz. Portanto, continua sob a responsabilidade do legislador ordinário, com razoável margem de discricionariedade, conformar a regulamentação da norma de direito fundamental aos programas de ação das maiorias políticas em cada tempo e lugar; todavia, constituirá retrocesso vedado pelo Direito uma eventual medida legislativa tendente a neutralizar completamente (ou ao menos substancialmente) qualquer eficácia do direito fundamental anteriormente regulamentado. Somente em uma hipótese limite, em que se exigiria um ônus argumentativo extremamente elevado, poder-se-ia cogitar uma reversão parcial nos níveis de organização ou de realização dos direitos fundamentais.⁴⁴

A discussão a respeito da liberdade de conformação do legislador, em se tratando de tema de direitos fundamentais, remete à questão analisada por Robert Alexy no posfácio da obra “Teoria dos direitos fundamentais”. O autor discute, nessa passagem, as críticas relativas à insuficiência ou à demasia da teoria dos princípios. A questão problematizada consiste em saber se a teoria dos direitos fundamentais impõe uma ordem constitucional em que o legislador possui ampla liberdade de conformação, desde que observe critérios procedimentais (hipótese em que se teria um programa de direitos fundamentais vazio de conteúdo), ou se ela tudo determina ou proíbe (caso em que caberia ao legislador apenas declarar a decisão que a Constituição já previamente estabeleceu). A solução preconizada pelo autor é no sentido de uma construção intermediária: a teoria dos princípios pressuporia uma ordem constitucional em que há comportamentos obrigatórios e outros proibidos, e em que há ainda um espaço para comportamentos facultados, justamente o âmbito em que residiria a liberdade de conformação legislativa.⁴⁵

⁴³ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*, p. 164.

⁴⁴ AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo ambiental e direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 259.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 578-584.

Uma vez assentado que a vedação de retrocesso não suprime a liberdade de conformação do legislador, a questão que se coloca é saber se o referido princípio jurídico apenas impede a revogação de disciplina existente, ou se é possível comparar disciplinas sucessivas, em que o âmbito de proteção do direito da posterior é menor do que o da anterior. Essa é uma questão importante, porque a resposta em um ou em outro sentido faria com que a sindicabilidade judicial da validade constitucional da regulamentação de um direito fundamental tenha uma extensão sensivelmente maior ou menor.

É impossível, no entanto, fornecer uma resposta conclusiva – e puramente em abstrato – a essa indagação, pois ela depende da natureza do direito fundamental envolvido, bem como do exame das razões que conduziram o legislador a reduzir o âmbito de proteção desse direito fundamental. Como já se ressaltou, a restrição a um direito fundamental pelo legislador constitui medida que demanda um ônus argumentativo mais elevado.⁴⁶ Assim, para a solução dessa questão, deve-se invocar a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual tem justamente por propósito “analisar a relação entre interesses e bens que estejam em confronto, podendo ser qualificado, portanto, com um critério estrutural para determinação do conteúdo constitucionalmente vinculante dos direitos fundamentais”.⁴⁷

O que se deve examinar, portanto, é se o legislador, à luz dos fundamentos que justificaram a medida legislativa, em especial no que tange aos princípios colidentes na hipótese, adotou solução adequada ao fim buscado.⁴⁸ É por isso que a questão deve ser analisada sob o crivo das máximas parciais da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁹ Por-

⁴⁶ AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo ambiental e direito fundamental ao meio ambiente*, p. 259.

⁴⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel (org.); SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 172.

⁴⁸ “No que tange ao exame da adequação, a tarefa do intérprete consiste em apreciar se efetivamente existe relação de causalidade entre estes, vale dizer, se o meio empregado coopera para materializar o fim buscado. Essa apreciação é feita tendo por referência premissas fáticas, porquanto cabe ao Judiciário ter em consideração o conhecimento científico e as convicções sociais vigentes no momento da decisão.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF*, p. 177).

⁴⁹ “No direito germânico, o princípio da proporcionalidade foi decomposto na conhecida fórmula que compreende três subprincípios: i) o da *adequação*, que significa que toda medida restritiva de direitos deve ser instrumentalmente apta a favorecer a implementação de um fim constitucionalmente legítimo; ii) o da *necessidade* – que traduz a exigência de que a medida restritiva empregada seja a menos onerosa para os direitos, quando comparada a outras igualmente aptas para implementar a finalidade perseguida; e, iii) o da *proporcionalidade em sentido estrito*, segundo o qual o proveito que se obtém a partir da implementação do fim que justifica a medida restritiva deve compensar os sacrifícios que acarreta”. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF*, p. 168).

tanto, somente à luz desse exame concreto é que se poderia afirmar que houve, em um caso específico, violação ao princípio da vedação do retrocesso social.

De todo modo, não seria desarrazoado afirmar que, mesmo quando for o caso de análise de disciplinas normativas sucessivas (e não hipótese de pura revogação da regulamentação que tenha por efeito neutralizar inteiramente a eficácia do direito fundamental), há que se considerar, em face da incidência dos princípios democrático e da separação dos Poderes, que as disciplinas regulamentadoras de direitos fundamentais devem ser sindicadas sob uma macro perspectiva, e não apenas topicamente. Isso significa dizer que uma eventual alteração específica implementada no arcabouço regulamentador de um direito fundamental, ainda que de viés restritivo, não teria, em princípio, o condão de comprometer substancialmente a fruição desse mesmo direito e, por consequência, não se poderia cogitar a invocação da vedação de retrocesso.

5. A aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso ao âmbito urbanístico

Tendo sido definidos os contornos essenciais da proibição do retrocesso social, elencados seus fundamentos básicos e examinados os parâmetros de aplicabilidade da proibição, resta, então, a questão da aplicação desse princípio ao âmbito urbanístico.

Até aqui, fez-se referência à vedação de retrocesso como ao programa de direitos fundamentais em geral. O princípio foi analisado como elemento integrante do sistema constitucional de efetividade dos direitos fundamentais como um todo, sem alusão a algum âmbito em particular.

No que toca ao direito ambiental, o qual guarda estreita relação com o meio ambiente urbano, a doutrina há muito já vem consagrando uma vertente denominada princípio da proibição de retrocesso ecológico,⁵⁰ também conhecida como proibição de retrocesso ambiental. De acordo com Patrick de Araújo Ayala,

É neste ponto que a construção de uma noção de mínimo existencial (também para a dimensão ambiental) estabelece relações com um princípio de proibição de retrocesso, para admitir, também ali, uma dimensão ecológica que deve ser protegida e garantida contra iniciativas retrocessivas que possam, em alguma medida, representar ameaça a padrões ecológicos elementares de existência.⁵¹

⁵⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 248-276.

⁵¹ AYALA, Patrick de Araújo. Mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso em matéria ambiental:

Como ressalta Maria Peña Chacón, “*el principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser revisadas si esto implicare ir hacia atrás respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad*”.⁵²

Entretanto, não há razão para que não se faça a projeção da aplicabilidade desse princípio da vedação de retrocesso também ao âmbito urbanístico. Os direitos fundamentais – em especial os econômicos, sociais e culturais – não são efetivados em abstrato, mas sim a partir de prestações estatais que se realizam materialmente no tempo e no espaço, ou seja, no meio urbano. Portanto, a efetiva apropriação do espaço urbano pelos cidadãos, de forma democrática e sustentável, é condição para a efetividade dos direitos fundamentais, sejam eles relacionados à moradia, ao trabalho, à educação, à saúde, ao meio ambiente equilibrado, ao lazer, à cultura etc.

O direito à cidade, tenha-se claro, não constitui um conceito fechado. Ele diz respeito a um conjunto de necessidades humanas relacionadas à estruturação do espaço urbano; é um “plexo de posições jurídicas que, em medidas variáveis, relacionam-se com o bem-estar dos habitantes da cidade”.⁵³ Trata-se, portanto, de uma construção histórica, própria de cada tempo e lugar.

Intuitivamente, poder-se-ia relacionar o direito à cidade preponderantemente com o direito à moradia; não obstante, embora esse direito esteja naquele compreendido, a isso ele não se restringe. Isso porque “tão relevante quanto garantia da moradia propriamente dita é assegurá-la em condições dignas, o que pressupõe o atendimento de condições mais amplas e não relacionadas a posições jurídicas individuais específicas”.⁵⁴ 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.

Pode-se, inclusive, afirmar que o direito à cidade se enquadra no conceito de direito fundamental completo, conforme conceituação de Robert Alexy.⁵⁵ Ele consiste em um “feixe de posições de direitos fundamentais”, as quais são atribuídas a uma disposição de direito fundamental. Tomando-se emprestadas as reflexões de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer em relação ao direito ao ambiente, o

considerações sobre a inconstitucionalidade do Código do Meio Ambiente de Santa Catarina. In: *Revista de direito ambiental*, ano 15, nº 60, out.-dez./2010, p. 335.

⁵² CHACÓN, Maria Peña. El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense. In: *Revista de derecho ambiental*, ano 17, v. 66, abr.-jun./2012, pp. 19-20.

⁵³ REISDORFER, Guilherme F. Dias. Definição e concretização do direito à cidade: entre direitos e deveres fundamentais. In: *Revista de direito administrativo contemporâneo*, São Paulo, v. 19, 2015, ano 3, p. 181.

⁵⁴ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Definição e concretização do direito à cidade: entre direitos e deveres fundamentais*, p. 182.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 249.

direito à cidade também pode ser compreendido em sentido amplo, apresentando “tanto uma feição defensiva quanto outra prestacional, no sentido de poder ser decodificado, notadamente na sua feição subjetiva, em um complexo heterogêneo de posições subjetivas de natureza ‘negativa’ e ‘positiva’”.⁵⁶ O direito à cidade tanto compreende um âmbito de liberdade jurídica, referente à apropriação do espaço urbano pelos cidadãos (o que deve ser protegido e incentivado pelo Poder Público), quanto um âmbito de atuação estatal positiva, no que concerne à execução de políticas públicas visando à satisfação do complexo de pretensões jurídicas que são compreendidas nesse direito fundamental.

Sob essa perspectiva, pode-se mesmo falar na existência de um princípio da vedação do retrocesso urbanístico, a ser acionado em situações em que a reorganização do espaço urbano, em termos fáticos ou legislativos, venha a pôr em risco a efetividade do direito fundamental à cidade. Se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê que os seus Estados signatários adotem medidas para melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente, diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, ou ainda prevenção e tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais, entre outros tantos direitos, através de políticas públicas que devem ser progressivamente implementadas e aperfeiçoadas, não há razão para que tal perspectiva não se projete também em relação à efetivação progressiva do direito fundamental à cidade.⁵⁷

O grande desafio, nas cidades brasileiras, é o combate ao cenário de caos urbano.

Esse caos é retratado no perfil socioespacial urbano, que apresenta, de um lado, centralidades e áreas de qualidade de vida vinculadas a uma minoria e, de outro, periferias e áreas de padrões degradantes de habitabilidade, ocupadas pela maior parte da população, em desenho sempre fragmentário.⁵⁸

Nesse contexto, considerando que os centros urbanos atuam como locais de reprodução de distintas desigualdades sociais, não se pode perder de vista que as normas urbanísticas “acabam sendo visualizadas como um instrumento de inter-

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*, p. 68.

⁵⁷ BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 15/07/2017.

⁵⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. A função social no direito urbanístico e na política urbana: uma nova ordem de sustentabilidade das cidades. In: PEREIRA, Flavio Henrique Unes; Dias, Maria Tereza Fonseca (org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 379.

venção social, reconhecendo a cidade como um espaço de realizações da sociedade e prescrevendo caminhos para o seu desenvolvimento sustentável”.⁵⁹ Desse modo, a vedação de retrocesso consiste em instrumento adequado para evitar que, pela pressão da especulação imobiliária ou de outras forças políticas ou econômicas equivalentes, atos retrocessivos impliquem a degradação das cidades, afetando as suas características ambientais ou de natureza histórico-cultural, em vulneração ao direito fundamental à cidade, ou a outros direitos fundamentais que se realizam no espaço urbano.

6. Conclusão

À vista do problema suscitado no presente artigo – sobre se o princípio da vedação do retrocesso social pode ser aplicável ao âmbito urbanístico –, a resposta somente pode ser afirmativa. Não há óbice – e é mesmo recomendável – que a vedação de atos retrocessivos se projete também em relação à preservação do meio ambiente urbano, haja vista que é neste espaço que se efetivam direitos fundamentais.

Consoante se procurou demonstrar no presente estudo, a vedação do retrocesso constitui um importante mecanismo de proteção do programa de direitos fundamentais consagrado na Constituição. A proteção do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e da eficácia dos direitos fundamentais, por vezes, depende de certa estabilidade do arcabouço legislativo infraconstitucional que lhe dá suporte, pois é ele que fornece as condições de concretização dos direitos. A admissão da revogação ou da supressão de normas regulamentadoras de direitos fundamentais sem que sejam adotadas medidas equivalentes ou substitutivas, produzindo-se um decréscimo no patamar de efetivação desses direitos, implicaria, por via transversa, uma verdadeira fraude à Constituição. Isso porque, em tal circunstância, privar-se-ia o direito fundamental de qualquer eficácia.

Por tais razões, essa lógica de vedação de medidas legislativas retrocessivas – que, dentre outros fundamentos, também está amparada na proteção da confiança e em uma noção mais ampliada de segurança jurídica –, tem clara aplicabilidade no âmbito do direito à cidade. Este direito, entendido como um plexo de posições jurídicas de direitos fundamentais que se realizam e se inter-relacionam no tempo e no espaço, deve ser conceituado como um direito fundamental completo, de matriz constitucional, e que, por consequência, deve gozar de todos os mecanismos de proteção próprios do programa de direitos fundamentais.

⁵⁹ FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih. Plano diretor e inclusão social no espaço urbano. *Revista de direitos difusos*, Rio de Janeiro, v. 46, 2008, p. 29.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2008. Traduzido por: Virgílio Afonso da Silva.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. In: *Inclusão social*, vol. 2, nº 1, pp. 118-124, mar./2007.

AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo ambiental e direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso em matéria ambiental: considerações sobre a inconstitucionalidade do Código do Meio Ambiente de Santa Catarina. In: *Revista de direito ambiental*, ano 15, nº 60, pp. 329-371, out.-dez./2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed., São Paulo: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15/07/2017.

_____. Presidência da República. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 15/07/2017.

_____. Presidência da República. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15/07/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no recurso extraordinário nº 349.703*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed., Curitiba: Juruá Editora, 2014.

CHACÓN, Maria Peña. El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense. In: *Revista de direito ambiental*, ano 17, v. 66, pp. 11-53, abr.-jun./2012.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih. Plano diretor e inclusão social no espaço urbano. *Revista de direitos difusos*, Rio de Janeiro, v. 46, p. 29-39, 2008.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Sabrina. *O direito humano fundamental ao desenvolvimento social: uma abordagem interdisciplinar e pluralista do direito constitucional comparado entre Brasil e Espanha*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Priscila Sutil de; MACHADO, Edinilson Donisete. “Princípio” do

não retrocesso: uma comparação entre Brasil e Portugal. In: HELLMAN, René Francisco; MARGRAF, Alencar Frederico (orgs.). *Os efeitos do constitucionalismo contemporâneo no direito: uma visão interdisciplinar*. 1. ed., Telêmaco Borba: Editora FATEB, 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 13. ed. rev., Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 91.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel (org.); SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direito fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIRES, Maria Coeli Simões. A função social no direito urbanístico e na política urbana: uma nova ordem de sustentabilidade das cidades. In: PEREIRA, Flavio Henrique Unes; Dias, Maria Tereza Fonseca (org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pp. 377-405.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, de 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso: 15/07/2017.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 39, de 5 de maio de 1984*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 15/07/2017.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Definição e concretização do direito à cidade: entre direitos e deveres fundamentais. In: *Revista de direito administrativo contemporâneo*, São Paulo, v. 19, pp. 177-197, 2015.

SAMPAIO, José Adércio. A cláusula do não retrocesso social. In: FELLET, André (org.); NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e democracia*. 1. ed., Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 579-586.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Trabalho, constituição e cidadania: A dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014, pp. 176-197.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coords.). *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 69-107.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Orçamento público e democracia participativa¹

Tatiana Coral Mendes de Lima²

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Orçamento público; 2.1 Conceito e relevância; 2.2 Orçamento público e democracia participativa; 2.3 Orçamento participativo; 2.4 Planejamento e controle orçamentário; 3. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O presente artigo trata do orçamento público e sua relação com o conceito de democracia participativa, sistema em que o cidadão é soberano, titular efetivo de um poder superior e, não raro, supremo e decisivo. Destaca-se a abordagem quanto ao processo de elaboração legislativa e de controle da execução orçamentária, como importante avanço no processo democrático e permanente fiscalização pelos poderes e pelo povo, passando pela abordagem do orçamento participativo, processo de elaboração da proposta orçamentária discutido entre o governo e a população.

1. Introdução

Neste artigo pretende-se analisar a importância do planejamento orçamentário, da elaboração do orçamento público e seu controle, o qual tem origem na necessidade de combater arbitrariedades no dispêndio dos recursos públicos.

O povo, por intermédio de seus representantes eleitos, autoriza o plano de ação do Estado, consubstanciado na lei orçamentária.

O artigo analisa os mecanismos de controle do orçamento público, bem como a importância da participação ativa do cidadão nesses atos do Poder Público, inclusive mediante o orçamento participativo, processo de elaboração da proposta orçamentária discutido entre o governo e a população, em que o voto dos representantes populares tem peso nas decisões orçamentárias.

Pretende-se abordar a relação entre o orçamento público e o novo conceito de democracia participativa, tratada na obra do destacado jurista brasileiro Paulo Bonavides, “Teoria constitucional da democracia participativa”, para o qual, em tal sistema, o povo passa a ser substantivo, o sendo por significar a encarnação da soberania em sua essência e eficácia, e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade.

¹Artigo desenvolvido como requisito de aprovação para a disciplina “teoria política”, do curso de mestrado em ciência jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), ministrada pelo professor doutor Rafael Padilha dos Santos.

² Mestranda em ciência jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), pós-graduada *lato sensu* em direito tributário pela UFSC e em direito público pela ESMAFESC, em convênio com a UNIVALI, procuradora do Estado de Santa Catarina, e-mail: tatiana@pge.sc.gov.br.

Para a elaboração deste artigo utilizou-se o método indutivo na fase de investigação, o método cartesiano na fase de tratamento dos dados recolhidos, e os resultados do trabalho se coadunam com o método indutivo, operando-se as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica, de acordo com os ensinamentos do professor doutor César Luiz Pasold³.

2. Orçamento público

2.1 Conceito e relevância

O direito é um instrumento que regula as relações entre os homens e o Estado, possuidor desse instrumento, deve utilizá-lo para promover o bem comum.

Para Paulo Bonavides⁴, entretanto: “Instalada a ditadura do privilégio e da impunidade, o estamento minoritário do poder se apartou por inteiro dos soberanos interesses do país, deixando, ao mesmo passo, de seguir as aspirações fundamentais da nação, que permanecem postergadas e preteridas.”

Nesse contexto, amplia-se a importância do planejamento orçamentário, da elaboração do orçamento público e seu controle, visando o combate às arbitrariedades no dispêndio dos recursos públicos.

Segundo Regis Fernandes de Oliveira⁵: “Pode-se conceituar o orçamento como a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público.”

Rui Barbosa expressou com propriedade a relevância do orçamento público:

A obra com a mais importante providência, que uma sociedade política bem constituída pode exigir de seus representantes, é tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover as necessidades públicas mediante o menor sacrifício dos contribuintes; é fazer dessa lei das leis uma força da nação, um sistema sábio, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousem perturbar-lhe o curso traçado. Nenhuma instituição

³ PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015 (especificamente p. 25 a 56; 67 a 78; 165 a 176; 225 a 228).

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa* (Por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48.

⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. ver. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 606.

é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentária.⁶

Normas constitucionais balizam o orçamento público, quais sejam: CRFB/88, arts. 165 a 169; arts. 70 a 75; art. 99 e art. 31, sendo que a Constituição, na lição do eminente Paulo Bonavides⁷, “se nos afigura a estrada real que conduz à democracia participativa.”

O orçamento público possui como enquadramentos normativos principais a CRFB/88, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a lei complementar federal nº 101, de 4 maio de 2000 e a lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Pode-se afirmar que o orçamento público é o instrumento jurídico, por excelência, de concretização dos direitos fundamentais, para conferir executoriedade e efetividade aos direitos sociais. Explica Ricardo Lobo Torres⁸:

Os princípios gerais do orçamento são os enunciados genéricos que informam a criação, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas orçamentárias. [...]

A CF88 é muito rica na enunciação de princípios orçamentários. O art. 165 estampa inúmeros deles: planejamento, anualidade, publicidade, unidade, clareza, equidade entre regiões e exclusividade. O art. 167 é todo dedicado aos princípios gerais do orçamento: legalidade, não-afetação de receitas, especialidade e equilíbrio orçamentário.

2.2 Orçamento público e democracia participativa

Discutir o orçamento público é assegurar o seu equilíbrio, a transparência com os gastos, o emprego dos recursos de maneira eficiente e moral, bem como a efetividade de sua execução em benefício do povo.

Segundo Paulo Bonavides⁹:

⁶ BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, nº 82, p. 253, out./dez. 1999.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa* (Por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade), p. 37.

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume V: o orçamento na Constituição. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000, p. 121 e 122.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa* (Por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade), p. 51.

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade do quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.

A soberania popular, com a participação efetiva dos cidadãos nas decisões fundamentais é importante princípio a ser considerado ao se tratar de democracia participativa.

Assinala o mestre Paulo Bonavides¹⁰:

Democracia, a nosso ver, é processo de participação dos governados na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata na direção certa de um fim todavia inatingível: a identidade de governantes e governados, meta utópica, que traz à memória a imagem amortecida de Rousseau configurada na hipótese da democracia como governo de deuses.

[...] Chegou-se, enfim, à idade contemporânea, com a democracia cumprindo, assim, lenta e dificultosa peregrinação de dois séculos, assinalada de avanços e recuos, de triunfos e reveses, eclipses e irradiações de luz, mortes e ressurreições.

A democracia aponta, invariavelmente, em todas as épocas, para uma progressão participativa e emancipatória, que avança com lentidão, mas em grau e qualidade que surpreende.

Nesse contexto, o próprio Supremo Tribunal Federal entende que as normas orçamentárias devem obedecer aos ditames constitucionais, deixando de ser atos concretos, os quais não dariam ensejo à fiscalização, tratando-se de norma jurídica que vincula a administração, gerando, aos cidadãos, expectativas de efetivo cumprimento e criando limites de flexibilização orçamentária.

Conforme Regis Fernandes de Oliveira¹¹

“[...] o orçamento se destina a estabelecer, prever, guiar, proteger, amparar e garantir os *direitos fundamentais*. Neste

¹⁰ Idem, p. 57 e 58.

¹¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, p. 606.

sentido, não é uma lei anódica, fraca, débil ou meramente formal. É lei estrutural e viabilizadora de todos os denominados direitos fundamentais. Estes estão consolidados no corpo da Constituição. Prenhes de conteúdo.

“Insisto: o que vale notar é que a lei orçamentária *não é uma lei do Estado. É da sociedade*. Em que sentido? Não cabe ao governo dispor dela da forma como lhe aprouver. Deve-lhe obediência integral. É o *povo*, por seus representantes, quem decide o que quer. Por pior que seja o Poder Legislativo é ele que encarna os sentimentos populares. E através dele que se concretizam as pretensões, as ilusões e as utopias de toda uma população, abandonada, é verdade, mas titular da soberania e das decisões últimas do Estado.” (italico no original)

Ainda, segundo Ricardo Lobo Torres¹²

Os processos do orçamento, juntamente com os processos político e econômico, insere-se no processo histórico da Nação. Mas daí não se tira a conclusão de que seja puramente formal ou refratário aos valores; pelo contrário: todas as decisões fundamentais das políticas públicas passam necessariamente pelo orçamento, embora não seja ele o responsável pelos resultados que venham a ser alcançados na realidade social. O processo orçamentário ganha objetividade na medida em que se considere que as alocações de recursos não resultam automaticamente das decisões sobre políticas, posto que necessitam de um denominador comum, que só a síntese numérica e contábil do orçamento oferece.

De fato, observa-se uma crescente tendência à limitação da margem de discricionariedade administrativa do Executivo para gerir os recursos públicos, o que pode ser notado pelo aumento gradativo da criação de vinculações orçamentárias, expostas em vários dispositivos constitucionais.

O denominado orçamento impositivo em contraposição ao modelo autorizativo promove o resgate do importante papel do Poder Legislativo na elaboração e execução orçamentária, como legítimos representantes dos anseios da sociedade.

Daí a importância da Constituição da República Federativa do Brasil e sua fiel

¹² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume V: o orçamento na Constituição. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000, p. 2 e 3.

observância, a qual nas palavras de Paulo Bonavides¹³, embora “tão desprezada do Governo, tão maltratada das elites e tão remendada, representa a máquina de guerra do povo, que a possui e não sabe quanto ela é importante.”

Segundo o renomado autor é a CRFB/88, ao revés do que dizem seus inimigos, a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais.

Exemplo de orçamento impositivo é a EC 86/2015, a qual acrescentou ao artigo 166 da Constituição Federal os seguintes dispositivos:

Art. 166. (...)

Parágrafo 9º As emendas ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde.

(...)

“Parágrafo 11. É obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o parágrafo 9º deste artigo, em montante correspondente a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior, conforme os critérios para execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no parágrafo 9º do art. 165.

Tem-se, assim, que metade dos valores das emendas individuais deve ser destinada à ação e serviços públicos de saúde.

A emenda constitucional nº 86/2015 tende a ampliar a rigidez orçamentária à medida que torna obrigatória a execução das emendas parlamentares e amplia a despesa obrigatória mínima em saúde.

Por fim, há que se salientar a importância extrema do rígido controle dos gastos públicos e utilização adequada das receitas, já que na lição atual de Paulo Bonavides¹⁴

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa* (Por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade), p. 92.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa* (Por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade), p. 154.

[...]

Estamos, assim, em face de um capitalismo que, de necessidade, não pode prescindir do Estado, cujo conceito não envelhece, nomeadamente tratando-se de Estado de Terceiro Mundo.

Aqui, sem a presença de tão poderosa alavanca, inevitável seria a recaída no colonialismo da primeira época industrial – de todos os colonialismos, o mais refratário à emancipação dos povos.

Nunca o Estado social teve tamanha ductibilidade e atualização para subjugar crises. A conjuntura política do Brasil constitucional faz o advento desse Estado não só indeclinável, senão deveras imperativo.

A tarefa de alforria da Sociedade, sobre penosa e árdua, assume dimensão gigantesca, pela simultânea exigência de introduzir e consolidar os direitos fundamentais insculpidos em sucessivas gerações, ou dimensões, e cuja concretização se espera da fórmula cunhada pela Grande Revolução do século XVIII.

2.3 Orçamento participativo

Um novo núcleo de decisão desponta como instrumento de democracia direta: a participação direta do povo no processo decisório do orçamento público.

Trata-se do orçamento participativo, processo de elaboração da proposta orçamentária debatido entre o governo e a população em que essa apresenta poder deliberativo sobre tópicos definidos no processo orçamentário.

Há previsão expressa no artigo 48, inciso I, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que dispõe sobre o “incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.”

Helio Saul Mileski¹⁵ explica:

Por sua vez, o princípio geral que assegura o acesso público à informação estatal está regulamentado nos arts. 48 e 49 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que determina a ampla divulgação,

¹⁵ MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. ver. atual e aum. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2011, p. 136 e 137.

inclusive em meios eletrônicos de acesso público, para: os planos, os orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Deve ainda ser incentivada a participação popular e a realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, com as contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo devendo ficar disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

O orçamento participativo representa, portanto, uma forma de exercício da democracia, a qual, nas palavras de Paulo Bonavides¹⁶

[...] é a democracia, por igual, direito do povo; direito de reger-se pela sua própria vontade; e, mais do que forma de governo, se converte sobretudo em pretensão da cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado, de forma concreta, pelo cidadão, em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito – quer o Estado liberal que separa poderes, quer o Estado social, que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas.

2.4 Planejamento e controle orçamentário

Estabelece a CRFB/88, em seu artigo 165, três planejamentos orçamentários que exercem função regulatória da sociedade por meio da administração pública: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual que se integram harmoniosamente.

Conforme Ricardo Lobo Torres¹⁷ “O plano plurianual tem por objetivo estabelecer os programas e as metas governamentais de longo prazo. É planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa* (Por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade), p. 161.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume V: o orçamento na Constituição. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000, p. 2 e 3.

as diversas regiões do país e da estabilidade financeira.”

Aprovado pelo Poder Legislativo, o plano plurianual se integra a cada ano na estrutura do orçamento anual e orienta a Lei Orçamentária Anual.

Conforme o § 2º do art. 165 da CRFB, a Lei de Diretrizes Orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, tendo por objetivo orientar a elaboração da Lei Orçamentária Anual, que dispõe sobre o orçamento fiscal de todos os poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

O processo legislativo de elaboração do orçamento público segue as linhas gerais traçadas pelo art. 59 da CRFB, com algumas particularidades, dentre elas a de que é o Congresso Nacional que delibera sobre as leis orçamentárias e não as casas legislativas separadamente.

O poder de iniciativa do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), na esfera federal, é do presidente da República (art. 84, XXIII, da CRFB).

Os projetos de lei do PPA, da LDO e da LOA serão remetidos pelo presidente da República ao Congresso Nacional, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º e art. 166, § 6º da CRFB, cabendo ao Poder Legislativo dar a última palavra sobre o destino das verbas orçamentárias.

Como acima já salientado, a lei complementar nº 101, de 2000, impõe transparência durante o processo de elaboração do projeto de LOA, mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas. É o denominado orçamento participativo, forma de exercício da democracia.

Terminada a votação dos projetos de lei pelas duas casas do Congresso Nacional, esses são enviados ao presidente da República, que, aquiescendo, os sancionará (artigo 66, *caput* da CRFB).

Após ser promulgada, a lei orçamentária é publicada, para o conhecimento de todos, em Diário Oficial, produzindo os seus efeitos. A vigência da lei orçamentária está bem delimitada no tempo: 1º de janeiro a 31 de dezembro (art. 34 da lei federal nº 4.320, de 1964).

Quanto ao controle da execução orçamentária, esse deve ser feito pelo parlamento, que, por intermédio de seus técnicos deve realizar a fiscalização e a executoriedade do orçamento público, dos atos e das decisões praticadas pelo Poder Executivo, com o intuito de averiguar se são compatíveis com o ordenamento jurídico. O controle pode ser interno, pela participação popular e pelos órgãos de controle na forma prevista pela CRFB/88.

Controle interno é o que exerce cada um dos Poderes na missão de autotutela

da legalidade e da eficácia da gestão financeira, tratando-se do controle do bom andamento da gestão econômica e financeira e é exercido durante a própria execução orçamentária.

Já o controle externo é o que se realiza pelos órgãos que não executam o orçamento, quais sejam: Congresso Nacional e Tribunal de Contas e também pode ser exercido pela sociedade civil, pelos cidadãos ou por representantes, como as associações ou as organizações.

Helio Saul Mileski¹⁸ discorre sobre o controle social

[...] com a evolução do Estado que, contemporaneamente, transformou-se no Estado Democrático de Direito, passou a ser exigida uma transparência dos atos governamentais, com estímulo à participação popular. Via de consequência, desse fator evolutivo do Estado, terminou originando-se uma expansão dos meios de controle sobre a Administração Pública, na medida em que a transparência e a participação popular possibilitaram a criação de um novo tipo de controle, o controle social. No controle social, o cidadão é meio executor do controle, que pode verificar, acompanhar e fiscalizar a regularidade dos atos governamentais.

A participação de vários atores no controle externo das atividades orçamentárias do Poder Executivo representa, sem dúvida, um importante avanço no processo democrático, possibilitando a permanente fiscalização pelos Poderes e pelo povo diretamente, sendo que esses procedimentos aperfeiçoam a gestão governamental com vistas ao atendimento dos anseios da sociedade.

3. Conclusão

O orçamento público é instrumento de planejamento das ações governamentais e pode ser visto como idealizador da democracia e da vontade do povo.

O processo decisório de alocação dos recursos públicos deve ser aperfeiçoado, para o combate às arbitrariedades no dispêndio desses recursos e visando atender aos anseios dos cidadãos.

Nos dizeres do mestre Paulo Bonavides, não há democracia sem participação. Assim, a soberania popular, com a participação efetiva dos cidadãos nas decisões fundamentais é importante princípio a ser considerado ao se tratar de democracia participativa.

¹⁸ MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*, p. 212.

Nesse contexto, um novo núcleo de decisão desponta como instrumento de democracia direta: a participação direta do povo no processo decisório do orçamento público.

Trata-se do orçamento participativo, processo de elaboração da proposta orçamentária debatido entre o governo e a população em que esta apresenta poder deliberativo sobre tópicos definidos no processo orçamentário.

O objetivo deste artigo foi analisar o orçamento público e sua relação com o conceito de democracia participativa, tratada na obra do destacado jurista brasileiro Paulo Bonavides, “Teoria constitucional da democracia participativa”, para o qual, em tal sistema, o povo passa a ser substantivo, o sendo por significar a encarnação da soberania em sua essência e eficácia, e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade.

Dá a importância da participação ativa do cidadão nesses atos do Poder Público, por meio do orçamento participativo e do controle externo, o qual também pode ser exercido pela sociedade civil, pelos cidadãos ou por representantes, como as associações ou as organizações.

Com efeito, em um estado democrático de direito exige-se maior transparência dos atos governamentais, com estímulo à participação popular, possibilitando o controle social, em que o cidadão é meio executor do controle, podendo verificar, acompanhar e fiscalizar a regularidade dos atos governamentais.

A Constituição Federal determina os objetivos a serem alcançados pela nação e, na lição de Paulo Bonavides representa a máquina de guerra do povo, que a possui e não sabe quanto ela é importante.

Impõe-se, assim, o incentivo às pessoas a tornarem-se cidadãos ativos e pensantes, afastando-se a acomodação política quanto aos maus administradores e impondo-se um novo padrão de cultura na administração pública, com base em transformações qualitativas que venham a priorizar os anseios e expectativas dos cidadãos.

A participação de vários atores no controle das atividades orçamentárias, em especial a participação popular representa um importante avanço no processo democrático e possibilita a gestão governamental com vistas ao atendimento dos anseios da sociedade.

Bibliografia

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, nº 82, p. 253, out./dez. 1999.

BORGES, José Souto Maior. “Normas gerais de direito tributário”. In: ATALIBA, Geraldo (coord.), *Elementos de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa* (Por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Dispõe sobre normas de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal. São Paulo.

CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza jurídica – Anualidade – Discriminação de vendas – Imposto de indústrias e profissões – Movimento econômico – Imposto sobre vendas e consignações. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 71, p. 324-344, jan./mar. 1963.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 3. ed. São Paulo: M. Limond, 1998.

CONTI, José Maurício, et al. *Orçamentos públicos: a lei 4.320/1964 comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 416.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Natureza da lei orçamentária e modelo impositivo de orçamento. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, nº 3.183, 19 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21318>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

GIACOMINI, James. *Orçamento público*, São Paulo: Atlas, 2009.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. ver. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 136 e 137.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. ver. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SANTOS, Ricardo Ferreira dos. *Orçamento participativo: uma análise dos fatores contributivos para a continuidade da experiência da cidade de Porto Alegre/RS*. UFPB, 2004.

SILVA, José Afonso. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Ed. RT, 1972.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume V: o orçamento na Constituição. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000.

_____. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Alcance panprocessual do julgamento de casos repetitivos – Inconstitucionalidades

Weber Luiz de Oliveira¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Casos repetitivos; 2.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas; 2.2 Recursos extraordinário e especial repetitivos; 3. Efeito panprocessual; 4. Regime jurídico dos órgãos, entes e agências reguladoras; 4.1 Concessão, permissão e autorização de serviço público; 5. Inconstitucionalidade dos arts. 985, § 2º e 1.040, IV, do Código de Processo Civil; 6. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 disciplinou o julgamento de casos repetitivos, assim entendidos os decorrentes do incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos, inserindo-os na sistemática dos precedentes judiciais. Além da aplicação obrigatória da tese assentada nos destacados julgamentos se dar no âmbito da jurisdição, os arts. 985, § 2º e 1.040, IV, do CPC/2015, regula um panprocessualismo externo à jurisdição, impondo que entes, agências, órgãos públicos e pessoas privadas, igualmente apliquem, em suas atividades, a tese adotada. Defende-se no texto a inconstitucionalidade de tal alcance panprocessual por ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além de infração às competências constitucionais, legislativas e materiais, dos entes e poderes estatais.

1. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 regulamentou os institutos processuais do incidente de resolução das demandas repetitivas e dos recursos especial e extraordinário repetitivos, enquadrando-os dentro da categoria de casos repetitivos, a teor do art. 928.

Inseridos como tal, regem e geram efeitos por uma disciplina própria e delimitada na nova legislação processual civil. Essa disciplina, por sua vez, está inserida na regulamentação do direito jurisprudencial e sua normatividade, em que se pretende dar mais efetividade e eficiência ao sistema jurisdicional brasileiro.

Além de impor o seguimento pelos órgãos jurisdicionais do quanto decidido no julgamento dos casos repetitivos, em consonância com um ideal precedentalista

¹ Mestre em direito, estado e sociedade – UFSC; especialista em direito processual civil – UNISUL-LFG; professor na Associação Catarinense de Ensino e Faculdade Cenecista de Joinville; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); procurador do Estado de Santa Catarina.
Email: weberluizdeoliveira@gmail.com.

de uniformização e universalização do entendimento jurídico sobre dada questão de direito, material ou processual², as decisões dos casos repetitivos pretendem impor um alcance panprocessual aos seus julgamentos, externo à jurisdição.

Dentro desse panprocessualismo, o artigo procura demonstrar inconstitucionalidades decorrentes do alcance que é dado pela nova legislação processual civil aos julgamentos dos casos repetitivos.

2. Casos repetitivos

Os casos repetitivos eleitos pelo Código de Processo Civil são o incidente de resolução das demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos, conforme definido no art. 928.

O princípio do devido processo legal, inicialmente, fundamenta a regulamentação de casos repetitivos, pois pressupõe a adequação dos meios e técnicas processuais ao direito tutelado jurisdicionalmente. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, em relação às causas repetitivas, “é preciso que se conceba um regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional e uniforme” e, por conseguinte, o “processo deve *adequar-se* às situações repetitivas”³. De fato, “com o passar do tempo e com a instabilidade jurisprudencial, a doutrina passou a ponderar acerca da necessidade de repensar o devido processo legal nos casos de coletivização de conflitos, assim entendidos a afetação de causas para extensão da solução às hipóteses presentes e futuras”⁴.

Essa parece ser a sistemática adotada pela nova legislação processual civil, ao regulamentar o que seriam casos repetitivos, os seus procedimentos, as formas de julgamentos, os modos de vinculação, distinção e superação, tendo sido aprovado, no particular, o enunciado nº 345, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, nos seguintes termos: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”⁵.

² O parágrafo único do art. 928 assim dispõe: “O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas, In: *Revista de Processo*, vol. 179, ano 35, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 2010, p. 143.

⁴ ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo CPC e o devido processo legal, In: *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais, coord. geral, Fredie Didier Jr.; orgs. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire, Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 321.

⁵ Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis (3.: 2015: Curitiba, PR). Enunciados do Fórum

Outros fundamentos que podem ser colacionados para a adoção de uma disciplina jurídico-processual de casos repetitivos são os decorrentes da uniformização do entendimento de determinada matéria, a aceleração dos julgamentos e a segurança jurídica, considerando que a vinculação ao julgamento de casos repetitivos, imposta pelo Código de Processo Civil, estabelece o seguimento pelos órgãos jurisdicionais da tese então assentada.

Segundo Fábio Victor da Fonte Monnerat, “são dois os conjuntos de técnicas processuais cada vez mais presentes no dia a dia dos tribunais, em função desta crescente valorização dos precedentes: as técnicas de uniformização da jurisprudência, isto é, procedimentos voltados à discussão e formalização do entendimento dominante em determinado tribunal, e as técnicas de aceleração procedimental legitimadas a partir desta prévia uniformização da jurisprudência”⁶.

Com efeito, em diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 se verifica a obrigatoriedade de se julgar em consonância com o que ficou estabelecido em julgamento de casos repetitivos, seja para dar uniformidade ao tratamento do direito pelos órgãos da jurisdição, seja para acelerarem os julgamentos, evitando dilações indevidas, de acordo com o que determina o princípio da duração razoável do processo.

Contudo, relativamente ao princípio da duração razoável do processo, e sua intrínseca ligação ao fundamento da aceleração dos julgamentos, cabe, igualmente, uma reflexão nos termos descritos por Fredie Didier Júnior, no sentido de que o processo não tem que ser rápido, mas sim, “o processo *deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional*”⁷.

No que tange aos casos repetitivos, o tempo do processo não é um elemento accidental, ao contrário, é um dos elementos essenciais, juntamente com o tratamento igualitário das questões jurídica-processuais e a estabilidade do entendimento então adotado, pois, “o tempo do processo constitui elemento não só necessário, mas imprescindível, em todo processo”⁸.

As dilações indevidas e a demora do tempo do processo são afastadas na medida em que o sistema estabelece uma série de dispositivos que objetivam concretizar a interpretação jurídica advinda dos julgamentos dos recursos extraordinários e

Permanente de Processualistas Civis: de 1, 2 e 3 de maio de 2015; coords., Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini. ... [et. al], Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 74.

⁶ “A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento”, In: *Direito Jurisprudencial*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 343-344.

⁷ Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 17. ed., Salvador: Editor Jus Podivm, 2015, p. 96 (grifos no original).

⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu), *Revista de Processo*, vol. 153, nov. 2007, p. 100.

especiais repetitivos, e do incidente de resolução de demandas repetitivas, vinculando os órgãos jurisdicionais no sentido de aplicar o entendimento delimitado.

Colhe-se do Código de Processo Civil, que o art. 12, § 2º, II, exclui da ordem cronológica de conclusão para proferimento de sentença ou acórdão, “o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos”⁹.

Os acórdãos dos casos repetitivos, conforme art. 927, III, são de observância obrigatória por juízes e tribunais, juntamente com os demais precedentes elencados no citado preceptivo legal. Por assim estar disposto, existe uma disciplina sistematizada a impor tal obrigatoriedade de observação.

A tutela de evidência, por exemplo, que é aquela concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (art. 311), pode ser deferida desde que haja comprovação documental das alegações, quando “houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (art. 311, II). Ainda, possibilita o parágrafo único do art. 311 que o juiz decida liminarmente.

A improcedência liminar do pedido, disposta no art. 332 do CPC/2015, poderá ser decretada diante da existência de pedido que contrarie o entendimento consolidado em julgamento dos casos repetitivos.

A remessa necessária é inaplicável diante de conter a sentença fundamento consonante com os julgamentos de casos repetitivos, a teor do art. 496, § 4º, II e III.

Dispensa-se a caução imposta no cumprimento provisório da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, quando a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (art. 521, IV, do CPC/2015).

Nos termos sistematizados no art. 932, IV, art. 1.010, I e art. 1.019, *caput*, do novo Código de Processo Civil, poderá o relator, em julgamento monocrático, negar, ou dar provimento, a recurso que impugne decisão que esteja, respectivamente, em consonância, ou em contrariedade, com as teses definidas nos julgamentos de

⁹ A lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, modificou o *caput* do art. 12 do CPC/2015, retirando a obrigatoriedade de julgamento pela ordem cronológica de conclusão, incluindo o termo “preferencialmente” ao preceptivo destacado. Olavo de Oliveira Neto conclui, quando da primeira redação do art. 12 do CPC/2015, que essa ordem cronológica não era inconstitucional, aduzindo que o “discriminem demonstra-se necessário porque os direitos vinculados nos processos têm importância e relevância social diferenciada, demonstra-se adequado porque o fator de desigualdade é pertinente à finalidade que se pretende obter e mostra-se em consonância com o modelo Constitucional do Direito Processual Civil, não ferindo quaisquer dos princípios que o integram” (“Três apontamentos sobre a imbricação da atividade do juiz e das normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil: a razoável duração do processo qualificada, a vedação da decisão-surpresa e a ordem cronológica dos julgamentos”, In, Magistratura, coord. Fernando da Fonseca Gajardoni (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 1; coord. geral Fredie Didier Jr., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 342).

casos repetitivos. Do mesmo modo, em juízo de admissibilidade do tribunal recorrido sobre os recursos especial e extraordinário, deverá ser negado seguimento se a decisão recorrida estiver em conformidade com o entendimento “exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos” (art. 1.030, do CPC/2015).

Impõe-se, no art. 1.030, II, o encaminhamento pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, do processo ao órgão julgador para realização de juízo de retratação, se existente divergência entre o acórdão recorrido e entendimento de recursos repetitivos.

No conflito de competência, nos termos do art. 945, parágrafo único, II, do CPC/2015, o relator poderá julgar de plano quando sua decisão for fundada em tese firmada em julgamento de casos repetitivos.

Interessante disposição contém o art. 966, § 5º, ao considerar como norma jurídica, para os fins do cabimento de ação rescisória, o enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos¹⁰.

Com a alteração do Código de Processo Civil de 2015, realizada pela lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, excluiu-se do inciso IV, do art. 988, que trata da reclamação, o termo “casos repetitivos”, para incluir apenas o julgamento de incidente de demandas repetitivas. O objetivo foi manter coerência com a alteração feita no inciso II, do § 5º, do art. 988, que descreve não ser cabível reclamação proposta para garantir a observância de “acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias superiores”.

Vale dizer, a reforma processual já realizada no CPC/2015 buscou impedir a propositura de um elevado número de reclamações perante as Cortes Supremas, porquanto, já que se faz obrigatória, doravante, a observância, por juízes e tribunais, da tese adotada nos recursos especial e extraordinário repetitivos, a obrigatoriedade, igualmente, de esgotamento das instâncias ordinárias, impede o manejo desmedido de reclamações contra decisões que não se pautaram conforme a tese estatuída. Trata-se de um pressuposto ou requisito de admissibilidade da reclamação¹¹.

Em tema de desistência de recurso, o parágrafo único, do art. 998, dispõe que mesmo que haja a desistência, não haverá impedimento a que se analise a “questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de

¹⁰ O § 5º, além do § 6º, do art. 966, foi incluído pela lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

¹¹ A propósito, destaca Douglas Dal Monte: “Apesar deste novo requisito – obrigatoriedade de esgotamento das vias ordinárias –, incluído com o nítido objetivo de filtrar as reclamações ajuizadas nos Tribunais Superiores, merece ser reconhecida a evolução trazida pelo CPC/2015, que ampliou as hipóteses de cabimento e deu lugar de destaque à reclamação, instrumento singular da jurisdição brasileira que se mostra indispensável à construção de um sistema nacional de precedentes obrigatório, como corolários dos princípios da segurança jurídica, igualdade, eficiência, celeridade e acesso à ordem jurídica justa, assim como com o intuito de outorgar uma tutela mais adequada à confiança legítima inculcada no cidadão pelo Judiciário” (Reclamação no CPC/2015: hipóteses de cabimento, procedimento e tutela provisória, Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016, p. 111).

recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

O art. 1.022, parágrafo único, I, considera omissa a decisão que não se manifestar, no caso em julgamento, sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos.

Acerca da repercussão geral, a lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, retirou o julgamento proferido em casos repetitivos como hipótese de presunção automática de repercussão geral (art. 1.035, § 3º, II). A contradição agora existente, oriunda da referida alteração legislativa, é que se manteve a redação original em relação ao art. 1.035, § 3º, I, que considera ter repercussão geral automática o recurso que impugnar acórdão que contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Indaga-se, as teses assentadas em julgamento de recurso extraordinário repetitivos não podem ser consideradas incluídas no conceito de jurisprudência dominante?!

Conjectura-se que *poderá* ser considerada repercussão geral presumida os casos de julgamento de recurso extraordinário repetitivos, pois espelham, já que ocorrente a “multiplicidade de recursos” (art. 1.036, CPC/2015), a conclusão dominante do tribunal sobre determinada temática constitucional.

No que concerne ao julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Supremo Tribunal Federal, se existir, no âmbito do STF, número suficiente de decisões que reflitam a solução do julgamento do IRDR, a conclusão singela é a existência também de repercussão geral presumida. Se o julgamento do IRDR não contiver decisões anteriores suficientes a enquadrar-se como jurisprudência dominante, sendo originário de decisão isolada, ou baseada em julgamentos que até então eram divergentes ou não dominantes, inexistirá presunção automática de repercussão geral.

A controvérsia e sua resolução, para o fim de presumir a repercussão geral nos julgamentos de casos repetitivos, é o êxito em incluir-se, ou não, como jurisprudência dominante destacados julgamentos.

Por fim, dentro da regulamentação e efeitos dos julgamentos dos casos repetitivos, os artigos 1.039 e 1.040 delimitam o procedimento a ser adotado após o julgamento dos recursos especial e extraordinários repetitivos, ressaltando-se, no primeiro dispositivo, que “os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada”. E, com a publicação do acórdão paradigma, o art. 1.040 elenca o modo pelo qual os órgãos jurisdicionais deverão atuar¹², tudo em consonância com o que foi

¹² “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão

definido no julgamento dos recursos repetitivos.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, o art. 985 do CPC/2015 igualmente disciplina a aplicação da tese jurídica a ser aplicada¹³.

2.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é um inédito instituto processual inserido no ordenamento jurídico brasileiro, cabível quando houver, simultaneamente, nos termos dos incisos I e II, do art. 976, respectivamente: “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”; “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

A exposição de motivos do novo CPC¹⁴ justificou a criação do IRDR ao fundamento da uniformização e estabilidade do entendimento dos tribunais, de se evitar a dispersão excessiva da jurisprudência e atenuar o trabalho do poder judiciário, e, de possibilitar, pela legislação, condições de operacionalizar a uniformização das teses jurídicas, visando à concretização do princípio da isonomia.

O IRDR acresce-se à proteção então existente dos direitos coletivos, como a ação popular, a ação civil pública, ação de improbidade administrativa e mandado de segurança coletivo, devendo “ser compreendido *em conjunto* com o microsistema processual coletivo, o qual, no Brasil, assume a função de um verdadeiro *Código de Processos Coletivos*”¹⁵.

A finalidade do IRDR é a fixação da tese jurídica a ser aplicada nos processos que contenham a discussão da mesma questão de direito, material ou processual,

recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retornarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV – se os recursos versarem sobre questão relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

¹³ “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

¹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 26/03/2016.

¹⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*, Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 38.

consoante art. 928, parágrafo único, do CPC/2015¹⁶.

Essa tese, então assentada, objetiva uniformizar o entendimento de determinada matéria jurídica, acelerar os julgamentos e reduzir o número de processos, já que, ou serão os pedidos iniciais e recursos julgados liminarmente, em conformidade com a tese, ou mesmo servirá de inibição a que se intentem novas ações ou interponham-se novos recursos, pois já se sabe o resultado final, qual seja, aquele moldado pelo julgamento do IRDR.

Nessa direção, Sofia Temer sintetiza que os “pilares do incidente – que justificam sua existência e, ao mesmo tempo, norteiam sua aplicação – são: a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a celeridade, através da prestação jurisdicional em tempo razoável”¹⁷.

A aplicação da tese jurídica está disposta no art. 985, já antes descrito, alcançando os processos individuais e coletivos pendentes de julgamento, além de casos futuros.

A problematização eleita no presente trabalho, relativamente ao IRDR, é adstrita ao § 2º do art. 985, ao enunciar que, se “o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

A análise a ser feita, portanto, é o alcance externo ou panprocessual do julgamento do IRDR, atingindo não apenas o modo de atuação da jurisdição, mas, também, o modo de exercício das atividades de órgão, ente ou agência reguladora, além dos prestadores de serviço concedido, permitido ou autorizado.

2.2 Recursos extraordinário e especial repetitivos

A sistemática dos recursos extraordinário e especial repetitivos, disposta nos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015, pouco modificou ao que era estabelecido no Código de Processo Civil de 1973.

A inclusão dessa categoria jurídico-processual se deu pela lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou o instituto da repercussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário, como também pela lei nº 11.672, de 8 de

¹⁶ A propósito, o enunciado n. 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis tem o seguinte teor: “(art. 928, parágrafo único). Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual”.

¹⁷ *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 39.

maio de 2008, que estabeleceu o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo “técnica voltada, ao mesmo tempo, à homogeneização da jurisprudência e à aceleração e simplificação do julgamento dos recursos pelo STJ”¹⁸.

Na lição de Pedro Miranda de Oliveira, ao se referir sobre a criação do recurso extraordinário repetitivo, “utilizando-se do conceito de *repercussão geral*, o legislador ordinário pretendeu reprimir a remessa de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia ao STF, desde que sua interposição ocorra uma multiplicidade de casos”¹⁹. E, em relação aos recursos especiais repetitivos, Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos aduzem: “Certamente, a intenção do legislador foi tornar mais rápido o trâmite de recursos repetitivos dirigidos ao STJ, de modo que se possa diminuir consideravelmente o volume de recursos encaminhados àquele Tribunal Superior”²⁰.

Na nova legislação processual civil, parece adequado concluir que não somente os destacados fundamentos da celeridade e diminuição do volume de processos nos tribunais superiores é o móvel principal. A regulamentação dos recursos especial e extraordinários repetitivos tem como objetivo maior, dentro da concepção de precedentes vinculantes²¹, concretizar a função constitucional do STF e STJ na uniformização da interpretação do direito em território brasileiro. Importa dizer, o regime jurídico dos recursos repetitivos “imiscui-se com a técnica de aplicação de precedentes”²².

¹⁸ ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. “Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau”, In, *Revista de Processo* nº 191, jan./2011, p. 191.

¹⁹ *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 362.

²⁰ Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (lei 11.672/2008 e res. STJ 8/2008) nos processos coletivos, In, *Revista de Processo* nº 163, ano 33, set./2008, p. 30.

²¹ As razões ou fundamentos para seguir precedentes, segundo Luiz Guilherme Marinoni, seriam a realização da igualdade, a imparcialidade, a coerência do direito e a segurança jurídica (da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes). In, *Direito jurisprudencial*, vol. II, coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 757-765. Acresce o autor, em outra obra, outras razões: possibilidade de orientação jurídica, definição de expectativas, desestímulo à litigância, favorecimento de acordos, despersonalização das demandas, racionalização do duplo grau de jurisdição, contribuição à duração razoável do processo, economia de despesas e maior eficiência do Poder Judiciário (precedentes obrigatórios, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 118-187).

²² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Recursos repetitivos. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/>. Acesso em 27/03/2016. Contrariamente, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “é impossível confundir decisão que resolve demandas repetitivas com precedente que atribui sentido ao direito e, nessa condição, deve ser respeitado” (o “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, *Revista de Processo*, vol. 249, ano 40, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov. 2015, p. 402).

A corroborar essa afirmação se tem, como demonstrado, toda uma disciplina jurídica-processual de acatamento e aplicação obrigatória do acórdão paradigma dos recursos especial e extraordinário repetitivos, conforme descrição feita na seção 2.

Ao que interessa ao debate ora proposto, do mesmo modo como disposto sobre o IRDR, sobreleva a redação do art. 1.040, IV, do CPC/2015: “se os recursos versarem sobre questão relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

3. Efeito panprocessual

Os efeitos de uma decisão judicial se restringem ao seu conteúdo e são adstritos à relação processual então existente no processo. O art. 506 do CPC /2015 é claro ao dispor que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”, estabelecendo, ademais, o art. 503, que a “decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”²³. Tem-se presente os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada.

O efeito panprocessual é aquele em que o conteúdo da decisão judicial se alarga para fora do processo, vale dizer, quando o que foi delimitado na decisão passa também a reger situações que não estavam e não foram objeto daquela primeira apreciação jurisdicional.

A aplicação da tese adotada em julgamento de casos repetitivos, como também de demais precedentes vinculantes descritos no art. 927 do CPC/2015, decorrem desse efeito panprocessual, em que nos processos diversos, presentes ou futuros, são utilizados os fundamentos assentados em outros processos paradigmáticos, para o fim de julgar o pedido.

Vislumbra-se tal efeito, outrossim, na sentença penal transitada em julgado em relação a uma demanda civil que discuta os fatos já analisados naquele processo. Com efeito, o art. 935 do Código Civil dispõe: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo

²³ Não cabe nesse artigo, por transbordar os seus objetivos, adentrar na polêmica acerca da referida conceituação legal e das divergências doutrinárias a respeito do conceito e disciplina da coisa julgada (a respeito, TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005). O propósito, aqui, é mais singelo; a tentativa é demonstrar como uma decisão judicial, sendo um instituto processual, pode transcender a aplicação perante as partes e alcançar, em um efeito panprocessual, terceiros, impondo uma normatividade abstrata de direito material pela jurisdição, sem respaldo nas regras de competências constitucionais.

criminal”. O art. 65 do Código de Processo Penal estatui ainda: “Faz coisa julgada no nível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. Por sua vez, o art. 91, I, do Código Penal arremata, descrevendo, dentre os efeitos da condenação, a de “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

Panprocessualismo, de igual modo, se vê no efeito *erga omnes* e *ultra partes* das decisões definitivas de ações coletivas. Nos termos do art. 103, I e III, do Código de Defesa do Consumidor, há coisa julgada *erga omnes* no caso de julgamento precedente de pedido afeto a direitos difusos e na decisão de procedência quando em tutela estão direitos individuais homogêneos; a coisa julgada *ultra partes*, descrito no art. 103, II, do CDC, se refere aos direitos coletivos, se precedente o pedido.

Nesse particular, os beneficiários das decisões de demandas coletivas, mesmo que não participantes da relação processual, serão alcançados pela procedência do pedido da ação originária, ou melhor, “o que se verifica na disciplina normativa é que nas hipóteses de procedência das demandas coletivas ter-se-á a produção de efeitos que extrapolam os lindes subjetivos da demanda”²⁴.

A declaração de (in)constitucionalidade e as súmulas vinculantes também são dotadas desse efeito panprocessual, aplicando-se, destarte, fora do campo jurisdicional por imposição constitucional.

Os dispositivos do art. 985, § 2º e 1.040, IV, do Código de Processo Civil, receberam este efeito panprocessual, contudo, mais potencializado e por legislação infraconstitucional processual, ao ser preceituado que a tese adotada no julgamento do IRDR e RESP e RE repetitivos deverá ser utilizada para fiscalização por órgão, ente ou agência reguladora, para que os serviços concedidos, permitidos ou autorizados, doravante, passem a dar aplicação ao entendimento jurisprudencial.

O referido panprocessualismo daqueles julgamentos, portanto, *não se refletem apenas dentro da jurisdição*, mas visa a delimitar a atuação das atividades administrativas de órgão, ente ou agência reguladora, além de impor aplicação da tese adotada por pessoas jurídicas de direito privado, que não participaram da relação processual e das discussões então travadas.

Nesse sentido, mostra-se “fundamental discutir como a existência de um controle judicial por tais ou quais instrumentos transforma o direito material que regula a Administração Pública”²⁵, e, igualmente, é fundamental esclarecer como uma

²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. A causa petendi nas ações coletivas, In, *Causa de pedir e pedido no processo civil*: (questões polêmicas), coords. José Rogério Cruz e Tucci, José Roberto dos Santos Bedaque, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 183.

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito processual e o direito administrativo, In: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, coords. Carlos Ari Sunfeld e Cassio Scarpinella Bueno, 1. ed., 2º tir., São Paulo:

tese gestada no ambiente jurisdicional poderia obrigar empresas que atuam conforme contratos e regimes de concessões, permissões e autorizações, previamente delimitados por uma legislação específica e consoante cláusulas anteriormente entabuladas.

4. Regime jurídico dos órgãos, entes e agências reguladoras

O regime jurídico dos órgãos, entes e agências reguladoras²⁶ advém do direito público, se inserindo dentro do regime jurídico administrativo.

Há autores que entendem que, basicamente, “o regime jurídico administrativo resume-se a duas palavras apenas: **prerrogativas** e **sujeições**”²⁷, decorrentes, de um lado, da proteção aos direitos individuais em face do Estado, de outro, da necessidade de satisfação dos interesses coletivos. Para outros, a caracterização do regime jurídico administrativo delinea-se na atribuição de uma peculiar disciplina normativa por dois princípios, o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos²⁸.

A justificação para a existência do regime jurídico administrativo advém de se “*justificar meios de controle de prerrogativas estatais, concatenadas harmonicamente, para a promoção e proteção do cidadão*”²⁹.

Marçal Justen Filho utiliza a terminologia regime jurídico de direito público, definindo-o como “conjunto de normas jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais. O regime jurídico de direito público caracteriza-se pela criação de órgãos e funções na esfera pública, a quem é atribuída a titularidade de bens vinculados à realização de valores essenciais, assim, como a competência para promover a satisfação de interesses indisponíveis”³⁰.

Do referido conceito se vislumbra que a função administrativa decorre de

Editora Malheiros, 2003, p. 29.

²⁶ Segundo Carlos Ari Sundfeld, a “existência de *agências reguladoras* resulta da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo muito constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político” (Introdução às agências reguladoras, In, *Direito administrativo econômico*, coord. Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 18, grifos no original).

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 23. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 60, (grifos no original).

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, 27. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 55.

²⁹ 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. 65, (grifos no original).

³⁰ *Curso de direito administrativo*, 11. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 128.

normas jurídicas, e não somente da lei. Por normas jurídicas, devem-se entender os princípios jurídicos, que “traduzem o modo como a Nação concebe e vivencia os valores”³¹, e as regras, que “contemplam uma previsão de condutas determinadas e precisas, previstas como facultadas, proibidas ou obrigatórias”³².

Contemporaneamente, portanto, é entendimento assente que a administração pública não se limita ao princípio da legalidade³³, mas, de forma não diferente, ao princípio da constitucionalidade³⁴. Nessa medida, o regime jurídico administrativo deve validar as disposições legais desde que consonantes com os princípios e regras constitucionais, dentro de um campo de competência legislativa especificamente definida no texto constitucional.

4.1 Concessão, permissão e autorização de serviço público

Os entes federativos tem como função a realização de atividades para a organização e bem-estar sociais.

Para desincumbência desse desiderato podem se valer de pessoas jurídicas de direito privado, utilizando-se, para tanto, de instrumentos legais-administrativos da concessão, da permissão e da autorização de serviços públicos. O art. 175, da Constituição Federal, assim dispõe: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Concessão de serviço público “é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”³⁵.

Permissão de serviço público define-se como “ato unilateral e precário, *intuitu*

³¹ JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, p. 123.

³² *Idem. Op. cit.*, p. 122.

³³ BINELNBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014. LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização – in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 113-157.

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 9. ed, Madrid: Editorial Trota, 2009, p. 40. OLIVEIRA, Weber Luiz de. Precedentes judiciais na Administração Pública, In, *Revista de Processo*, vol. 251, ano 41, p. 429-455, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 2016.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Op. cit.*, p. 652 (grifos no original).

personae, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários”³⁶.

Mencionadas formas de prestação de serviços públicos também têm conceitualização legal, disposta na lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995³⁷, inserindo-se, outrossim, as parcerias público-privadas, estatuídas na lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004³⁸.

Há, portanto, toda uma regulamentação, seja para as pessoas estatais, seja às pessoas privadas, que pretendem participar da prestação de serviços públicos, aufferindo, logicamente, os lucros e dividendos do desempenho de seus misteres³⁹.

Autorização de serviço público, a seu turno, é “o ato administrativo discricionário mediante o qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada”⁴⁰.

³⁶ Idem, p. 701.

³⁷ “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I – poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão; II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV – permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

³⁸ “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

³⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, a propósito, salienta: “Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço” (*Op. cit.*, pp. 662-663, grifos no original).

⁴⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 4. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 80.

O contrato administrativo, como instrumento para a concretização da concessão, permissão e autorização de serviços públicos, difere em cada uma dessas categorias negociais. Na concessão, pode haver ajuste bilateral para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; na permissão e autorização, pode haver precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente, de acordo com o art. 40, da lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

5. Inconstitucionalidade dos arts. 985, § 2º e 1.040, IV, do Código de Processo Civil

Considerando a exposição da questão até este momento, cumpre demonstrar a razão que se entende que os arts. 985, § 2º e 1.040, IV, do CPC/2015 são inconstitucionais⁴¹.

Muito embora alguns autores cheguem mesmo a afirmar que a vinculação dos precedentes decorre do regime jurídico das cortes supremas⁴², “fato é que, de ordinário, o direito pretoriano tem seu precípua campo, de aplicação ao interno dos processos judiciais”⁴³.

Nessa medida, conquanto seja necessária, de fato, *na jurisdição*, a adoção de precedentes vinculantes, tal normatividade vinculante⁴⁴ não se aplica, automática e diretamente, aos demais poderes estatais, nem tampouco delimita, coercitivamente, condutas abstratas para as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, sejam públicas ou privadas.

Em um dos raros textos que tratou especificadamente sobre o IRDR e os serviços concedidos, permitidos e autorizados, André Guskow Cardoso assevera que “extrai-se do sistema do novo CPC que a decisão do IRDR não pode ser tomada como vinculante para as entidades e agências reguladoras”, nem tampouco

⁴¹ Esse entendimento também é defendido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.492, cujo relator é o ministro Dias Toffoli, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro em abril de 2016.

⁴² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; MARINONI, *Precedentes obrigatório*, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 251.

⁴⁴ Hermes Zaneti Júnior afirma que a normatividade vinculante dos precedentes judiciais, conforme classificação proposta pelo autor, em precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes, poder ser reconhecida mesmo sem delimitação expressa da legislação, entretanto, defende “a utilidade da previsão constitucional e legal como formalização da força normativa dos precedentes” (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, p. 345).

“há verdadeiro caráter vinculante da decisão proferida no IRDR a esses sujeitos regulados”⁴⁵.

Note-se que a disciplina da coisa julgada é contrariada por este alcance panprocessual do julgamento de casos repetitivos. Deveras, o art. 506 do CPC /2015 é claro ao dispor que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

Ora, o que são os concessionários, permissionários, autorizatários, entes, órgãos e agências reguladoras em uma relação processual que não participaram?

Certamente a resposta não pode ser outra que não enquadrá-los como terceiros. Portanto, haveria estabelecimento de condutas advindas do processo sem que alguma parte interessada⁴⁶, agora objeto de fiscalização para aplicação da tese, tenha participado. Evidente, quer-se parecer, a ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois, não se mostra devido o processo que alarga os elementos subjetivos para pessoas indeterminadas que não estiveram presentes como parte e, portanto, não foram ouvidas e não participaram, nos autos do processo⁴⁷. Como refere Marinoni⁴⁸, a resolução única da questão do IRDR significa “que se está diante de coisa julgada que estende a terceiros”.

⁴⁵ O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e os serviços concedidos, permitidos e autorizados, In, Processo e administração pública, coord. Eduardo Talamini, Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 69.

⁴⁶ Conrado Hubner Mendes, acerca das agências reguladoras identifica três tipos de interessados, o Estado, as empresas concessionárias e os usuários. Pondera, em sequência, sobre a legitimidade democrática das próprias agências no seu processo decisório, relata sobre os citados três interesses: “Desvelar qual destes é atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para não nos curvamos à enunciação de um interesse público genérico. Terá legitimidade democrática, portanto, a agência que der canais de representação a cada um destes interesses” (Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão, In, Direito administrativo econômico, coord. Carlos Ari Sunfeld, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 131). Dessarte, se assim o é para as agências reguladoras, detentoras de competência constitucional e legal para a atuação específica, com muito mais razão se deve refletir sobre o pretendido papel da jurisdição no estabelecimento de teses jurídicas, abstratas e de direito material, para aplicação por interessados não participantes da relação processual.

⁴⁷ Nesse sentido, Eduardo Talamini expõe, sobre os limites subjetivos da coisa julgada não serem aplicáveis a terceiros: “Estaria sendo vedado o acesso à justiça ao terceiro, caso se lhe estendesse a coisa julgada formada em processo alheio. Depois, isso implicaria privação de bens sem o devido processo legal. Haveria ainda a frustração da garantia do contraditório: de nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os que participam de processos e, ao mesmo tempo, impor como definitivo o resultado do processo àqueles que dele não puderam participar” (*Op. cit.*, p. 96). A seu turno, conquanto Luiz Guilherme Marinoni seja um dos autores brasileiros que defendem a normatividade e universalização dos precedentes, no caso particularmente tratado, é enfático ao dizer que “a decisão proferida no caso de um, assim como a decisão proferida no incidente de resolução, não pode retirar o direito de discutir a questão daquele que não participou. O contrário constituiria grosseira violação do direito fundamental de participar do processo e influenciar o juiz” (O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, Revista de Processo, vol. 249, ano 40, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov. 2015, p. 402).

⁴⁸ O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, Revista de Processo, vol. 249, ano 40, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov. 2015, p. 403.

Situação diversa, por óbvio, é quando os órgãos, entes ou agências reguladoras, além das próprias pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos participaram da relação processual. Nesse particular, há simplesmente cumprimento da decisão judicial, que deve se dar, por certo, à inteireza.

A fiscalização das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, a seu turno, de acordo com o art. 175, parágrafo único, I, da Constituição Federal, deve se dar por lei, entendida como específica para tal finalidade. O art. 174 da Constituição Federal agrega: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, *na forma da lei*, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (grifo do autor).

De modo que, *lei que regula processo civil usurpa a competência constitucional* definida nos preceptivos constitucionais destacados, usurpando, igualmente, o princípio da separação de poderes⁴⁹. Vale dizer, somente lei específica, e não decisão judicial, pode disciplinar “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão” (CF, art. 175, parágrafo único, I).

À lei de processo não compete estabelecer a forma pela qual órgão, ente ou agência reguladora, nem tampouco, empresas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços público devem atuar. Essa competência decorre da Constituição Federal, incluída na competência do Poder Legislativo, não do Poder Judiciário, como intentar fazer os arts. 985, § 2º e 1.040, IV, do Código de Processo Civil. Afinal, vige no ordenamento jurídico brasileiro, como *cláusula pétrea*, as disposições do art. 5º, II, da Constituição Federal, no sentido de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nos termos da referida competência constitucional é que foram promulgadas diversas leis que criaram as agências, estabelecendo seus regimes administrativos, formas de organização, atribuição, competência e fiscalização, da mesma forma dispendo sobre como o particular, interessado na assunção de serviço público, deve se pautar, dentro das balizas legais das leis das agências reguladoras⁵⁰. Afinal, como

⁴⁹ Entende Thiago Baldani Gomes de Filippo (Precedentes judiciais e separação de poderes, Revista de Processo, vol. 247, ano 40, p. 423-448, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2015) que os precedentes obrigatórios não ofendem o princípio da separação dos poderes, contudo, no particular caso tratado no presente trabalho, de aplicação da normatividade do precedente para outra função estatal e para pessoas privadas diversas, que não participaram do julgamento, parece adequado concluir que destacado autor não enfrentou essa possibilidade.

⁵⁰ A propósito, dentre as diversas agência criadas, importa destacar: lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que instituiu a Agên-

adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o “direito administrativo brasileiro não é de elaboração pretoriana”⁵¹.

Os contratos firmados se regem por essa legislação incluída no âmbito do direito administrativo e do direito econômico⁵², assumindo as partes contratantes os ônus e bônus, seja da atividade de regulação, seja da assunção do serviço público pelas pessoas privadas, de modo que o conhecimento e alcance da regulação legal e das cláusulas contratuais buscam dar estabilidade às essas relações jurídicas.

A imposição de se adotar tese definida em julgamento de casos repetitivos por referidas pessoas, como se leis e cláusulas contratuais delimitadas entre os contratantes o fossem, traz instabilidade ao contrato e ao seu cumprimento, em contrariedade, justamente, à disciplina e ideal precedentalista de estabilidade das relações jurídicas.

Veja-se, ainda, no que se refere à lei de parceria público-privada, lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que há indelegabilidade das “funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”, a teor do art.4º, III.

As condições estabelecidas no contrato ficariam a mercê da tese adotada nos julgamento dos casos repetitivos, em desrespeito ao que ficou convencionado ou aceito pelos contratantes e, por conseguinte, aos princípios de direito contratual administrativo, de licitação pública e de vinculação à lei⁵³ e disposições contratuais de-

cia Nacional de Petróleo (ANP); a lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

⁵¹ Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, 4. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 239.

⁵² Sobre o direito econômico, extrai-se de Eros Roberto Grau: “A Constituição de 1988 põe o Direito Econômico a serviço da conformação da ordem econômica. Normas de Direito Econômico, a complementarem o quadro da ordem econômica (mundo do dever ser) instalada pela Constituição de 1988, são aquelas previstas nos arts. 172, 173 e § 4º, 174, § 2º, do texto constitucional entre tantas outras” (A ordem econômica na Constituição de 1988, 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 258).

⁵³ “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: I – o objeto, metas e prazo da concessão; II – a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; III – os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato; IV – prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; V – os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; VI – as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; VII – os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço; VIII – os critérios de reajuste e revisão da tarifa; IX – os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; X – a indicação dos bens reversíveis; XI – as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior; XII – a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou

limitadas no contrato de concessão⁵⁴, permissão ou autorização de serviço público. Outra não é a interpretação que se extrai do art. 37, XXI, da Constituição Federal⁵⁵, e do art. 54, da lei 8.666, de 21 de junho de 1993⁵⁶.

Destarte, a liberdade de contratar, mormente a das empresas, estaria coibida pela incursão de tese estranha ao que foi disposto nas fases preliminares, de pactuação, confecção, regulamentação e fiscalização do conteúdo contratado. Conteúdo esse, curial destacar, pelo qual as empresas fazem estudos, análises técnicas e econômico-financeiras, no sentido de subsidiar tais pessoas jurídicas de direito privado acerca do interesse, dos riscos e das vantagens na entabulação com os entes estatais para assunção de serviços públicos.

A reboque dessa assertiva se encontra a figura do equilíbrio econômico-fi-

da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa; XIII – as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio; XIV – nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis; XV – nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; XVI – nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

⁵⁴ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I – ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II – ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III – aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV – ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V – aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI – aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII – à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII – às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX – aos casos de extinção da concessão; X – aos bens reversíveis; XI – aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII – às condições para prorrogação do contrato; XIII – à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV – à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais. Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente: I – estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e II – exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

⁵⁵ “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” (grifos do autor)

⁵⁶ “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. § 1º-Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam” (grifos do autor).

nanceiro do contrato administrativo. Facilmente se pode conjecturar sobre o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da aplicação da tese adotada nos julgamentos dos casos repetitivos, à revelia da participação dos contratantes, que podem ser surpreendidos com a obrigatoriedade de se seguir uma norma jurisdicional em detrimento do planejamento e organização até então realizados, baseados na legislação regente do campo de atuação da empresa e das cláusulas contratuais assumidas com o poder público.

A perspectiva descrita, de inconstitucionalidade do alcance panprocessual da imposição de aplicação da tese adotada em julgamento de casos repetitivos às pessoas jurídicas, públicas ou privadas, contudo, pode ser solucionada, ou melhor, se podem aproveitar os arts. 985, § 2º e 1.040, IV, desde que se dê uma interpretação conforme, no sentido de que a “efetiva aplicação” seja entendida como forma persuasiva para modificação, pelos meios e instrumentos constitucionalmente definidos, da legislação e dos contratos que regem a matéria consolidada na tese adotada dos julgamentos dos casos repetitivos⁵⁷.

Tal medida, evita a decretação de inconstitucionalidade daqueles dispositivos e permite o conhecimento, por todos os interessados, da tese adotada, permitindo e instrumentalizando um diálogo institucional entre a jurisdição, a administração, a legislação e os diversos setores da iniciativa privada.

Desse diálogo poderá decorrer a alteração das normas então aplicadas, da legislação e das cláusulas contratuais, que alberguem, consensualmente, a tese adotada nos julgamentos dos casos repetitivos, já que cientes e participativos estarão todos os envolvidos.

Não se coaduna, por fim, com entendimentos doutrinários no sentido de que se dê pronta e efetiva aplicação à tese do julgamento dos casos repetitivos⁵⁸ ou se

⁵⁷ No que tange a natureza persuasiva do julgamento do IRDR perante a administração pública, Sofia Temer assim expõe: “A decisão do IRDR não vincula diretamente, portanto, a administração pública direta e indireta, mas apenas o próprio Poder Judiciário. Significa dizer que, embora os órgãos da administração fiquem vinculados na medida em que sejam partes de processos judiciais em que haja discussão sobre a matéria decidirá pelo IRDR, não haverá vinculação direta aos órgãos da administração direta e indireta à tese jurídica”, ressaltando, em sequência, que o art. 985, § 2º do CPC/2015 “deve ser lido, pensamos, como um mecanismo que confere uma *eficácia persuasiva* em relação à administração pública” (*Op. cit.*, pp. 222-223).

⁵⁸ Cássio Scarpinella Bueno ressalta, em comentário ao art. 985, § 2º, do CPC/2015: “Trata-se de iniciativa importante que, ao estabelecer indispensável *cooperação* entre o órgão jurisdicional e as pessoas, os entes e/ou órgãos administrativos, cria condições de *efetividade* do quanto decidido no âmbito jurisdicional e, neste sentido, traz à mente o disposto no art. 4º do CPC que, pertinentemente, não se contenta tão só com a *declaração* do direito, mas também com sua *concretização*. Ademais, se esta fiscalização for *efetiva*, como se espera, reduz-se os riscos de nova judicialização do conflito e, com isto, dá-se um passo importante em direção a um mecanismo mais racional de distribuição justa, inclusive na perspectiva dos meios alternativos/adequados difundidos desde o art. 3º do novo CPC. Que os entes administrativos façam, como *devem fazer*, a *sua* parte e que o novo CPC sirva de mola propulsora a tanto” (Novo Código de Processo Civil anotado, São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 629, grifos no original).

imponha a criação de ato normativo pela Administração⁵⁹, porquanto não pode, por inexistir competência constitucional, o Poder Judiciário obrigar o Poder Executivo a legislar, expedindo ato normativo por imposição judicial, nem tampouco obrigar o exercício de atividade às pessoas estranhas à relação processual. À jurisdição, exercida pelo processo, não compete forçar a expedição de normas gerais por outros poderes, pois a sua competência é dirimir controvérsias concretas, e não delimitar condutas genéricas, fora do âmbito jurisdicional, a terceiros que não participaram do processo.

Nesse particular, recorda-se da indagação de Ingeborg Maus, de que, não seria a justiça, além de substituta do imperador também o próprio monarca? Da análise sistêmica do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro não se extrai uma resposta positiva, mas, como visto, a resposta à indagação de Maus é negativa, porque existem parâmetros de divisão de competências constitucionais entre os entes federativos e entre os poderes estatais.

É claro que, no campo do direito privado, a influência ou transcendência da interpretação das Cortes Supremas, nos dias atuais, é fato incontroverso, notadamente na tomada de decisões que necessitam da verificação de qual o direito adequado a ser aplicado, oportunidade em que é imprescindível o conhecimento da posição dos tribunais⁶⁰; contudo, para aplicação concreta em uma função estatal, como a executiva, delimitada e restrita em sua atividade por normas constitucionais e por uma legalidade muitas vezes restrita, essa transcendência exige que também exista uma regulamentação a legitimá-la.

Evidente, igualmente, que não pode a administração pública ficar obtusa à realidade jurisdicional, alheia, portanto, ao quanto foi estatuído nos julgamentos dos casos repetitivos, contudo, também não pode ter postura fora dos quadros delimitados pela Constituição Federal.

A quebra desse paradoxo, parece autorizado dizer, sugere que os órgãos, entes e agências, dentro de suas esferas competencionais, editem normas para concretizar o entendimento jurisprudencial, não de forma automática, direta ou obrigatória, mas com vistas a tomar medidas – em um diálogo institucional entre a legislação, a jurisdição e a administração, além das pessoas privadas interessadas e envolvidas

⁵⁹ Alexandre Freitas Câmara entende que “o ente regulador deverá, a partir da fixação da tese do precedente vinculante, produzir ato normativo de natureza administrativa, cuja observância pelos entes sujeito à regulação obrigatória” (O novo processo civil brasileiro, São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 555).

⁶⁰ BASTOS, Antonio Adonias A. A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico, In: *Revista de Processo*, vol. 227, ano 39, p. 295-316, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 2014. CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada, In: *Revista de Processo*, vol. 221, ano 38, p. 13-48, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2013).

com qualquer alteração na área regulatória –, que, além de estarem respaldadas pelo princípio da legalidade, da mesma forma concretizem o princípio da eficiência, da segurança jurídica e da igualdade entre todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, sejam pessoas públicas ou privadas.

6. Conclusão

A normatividade dos julgamentos dos casos repetitivos, considerados pelo Código de Processo Civil de 2015 como os julgamentos do incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos, aplica-se à jurisdição.

Insera-se, tal normatividade vinculante, na disciplina dos precedentes judiciais regulamentada pela nova legislação processual civil, com o objetivo de, além de uniformizar o entendimento do direito em sede judicial, também diminuir o tempo do processo, na medida em que se espera que os julgamentos, ao aplicarem a tese assentada em casos repetitivos, sejam mais céleres, pois todos os órgãos jurisdicionais restam vinculados à aplicação da tese, sob pena de reforma liminar das decisões, efeito esse também de celeridade processual.

Destacada vinculatividade da tese a outros processos denota o que se intitula de panprocessualidade, ocasião em que o resultado de um julgamento é aplicável em outros.

A pesquisa levada a efeito nesse trabalho teve o móvel de demonstrar que referido alcance panprocessual se restringe à jurisdição, como técnica de julgamento, uniformidade, coesão e coerência de um serviço público estatal, qual seja, o jurisdicional.

As disposições dos arts. 985, § 2º e 1.040, IV, do Código de Processo Civil, ao estabelecerem um alcance panprocessual externo à jurisdição, delimitando condutas a ente, agência, órgãos públicos e pessoas jurídicas de direito privado, incorre em inconstitucionalidade por diversos aspectos, de ordem procedimental e material.

Procedimentalmente, porque mencionadas pessoas não participaram da relação processual em que foi assentada a tese doravante vinculante, havendo ofensas aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Não pode haver delimitação de condutas decorrentes do processo a pessoas que do mesmo não participaram.

Materialmente, porquanto a lei processual não tem competência para regular as matérias que envolvem o modo de atuação dos entes, agências e órgãos públicos, sendo demonstrado que essa competência, estipulada pela Constituição Federal, notadamente nos arts. 174 e 175, é afeta à lei.

O estabelecimento de condutas abstratas e o modo de ser e de atuar das pessoas no Brasil, sejam públicas ou privadas, é competência legal, nos termos dos arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal, restringindo-se a jurisdição ao seu campo de atuação, sendo inconstitucionais as tentativas de dotar os julgamentos de casos repetitivos de um alcance panprocessual externo aquele serviço público jurisdicional.

Bibliografia

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo CPC e o devido processo legal, In, *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais, coord. geral, Fredie Didier Jr.; orgs. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire, Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 317-337.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, 27. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BASTOS, Antonio Adonias A. (2014). A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico, In: *Revista de Processo*, vol. 227, ano 39, p. 295-316, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 2014.

BINELNBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*, São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada, In, *Revista de Processo*, vol. 221, ano 38, p. 13-48, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CARDOSO, André Guskow. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e os serviços concedidos, permitidos e autorizados, In, *Processo e administração*

pública, coord. Eduardo Talamini, Salvador: Editora Juspodivm, 2016, pp. 47-79.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*, Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas, In: *Revista de Processo*, vol. 179, ano 35, p. 139-174, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 2010.

_____. *Recursos repetitivos*. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/>. Acesso em: 27/03/2016.

DAL MONTE, Douglas Anderson. *Reclamação no CPC/2015: hipóteses de cabimento, procedimento e tutela provisória*, Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*, vol. 1, 17. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2002.

_____. *Direito administrativo*, 23. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes judiciais e separação de poderes, *Revista de Processo*, vol. 247, ano 40, p. 423-448, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GAJARDONI, Fenando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu), *Revista de Processo*, vol. 153, p. 99-118, nov. 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 4. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 11. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *A causa petendi nas ações coletivas*, In, *Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas)*, coords. José Rogério Cruz e Tucci, José Roberto dos Santos Bedaque, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125-190.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes, In, *Direito jurisprudencial*, vol. II, coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 757-765.

_____. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, *Revista de Processo*, vol. 249, ano 40, p. 399-419, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão, In, *Direito administrativo econômico*, coord. Carlos Ari Sunfeld, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, pp. 99-139.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte (2012). A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento, In: *Direito Jurisprudencial*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 341-490.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização – in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 113-157.

NETO, Olavo de Oliveira. Três apontamentos sobre a imbricação da atividade do juiz e das normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil: a razoável duração do processo qualificada, a vedação da decisão-surpresa e a ordem cronológica dos julgamentos, In, *Magistratura*, coord. Fernando da Fonseca Gajardoni (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 1; coord. geral Fredie Didier Jr.), Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 331-343.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Precedentes judiciais na Administração Pública, In, *Revista de Processo*, vol. 251, ano 41, p. 429-455, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari (2003). O direito processual e o direito administrativo, In: *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*, coords., Carlos Ari Sunfeld e Cassio Scarpinella Bueno, 1. ed., 2º tir., São Paulo: Editora Malheiros, p. 15-30.

_____. Introdução às agências reguladoras, In, *Direito administrativo econômico*, coord. Carlos Ari Sunfeld, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, pp. 17-38.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe

mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau, In, *Revista de Processo n. 191*, ano 36, p. 187-200, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan./2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (lei 11.672/2008 e res. STJ 8/2008) nos processos coletivos, In, *Revista de Processo n. 163*, ano 33, p. 28-49, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set./2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 9. Ed., Madrid: Editorial Trota, 2009.

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.

Taxa de fiscalização de atividade minerária

Winston Clayton Alves Lima¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Taxa; 2.1 Taxas de polícia; 2.2 Taxas de serviço; 2.3 A base de cálculo das taxas; 3. Atividade minerária; 3.1 Taxa de fiscalização; 3.1.1 Taxa de fiscalização da atividade minerária no Estado do Pará; 3.1.2 Taxa de fiscalização de atividade minerária no Estado de Minas Gerais; 3.1.3 Taxa de fiscalização da atividade minerária no Estado do Amapá; 4. A defesa da constitucionalidade da taxa de fiscalização minerária; 5. As ações de inconstitucionalidades; 5.1 Ação de inconstitucionalidade nº 4.785, 4.786 e 4.787; 6. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: Os estados poderão instituir taxa em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Alguns estados da federação instituíram a taxa de fiscalização minerária onde tem como objeto ressarcir o estado da federação pelos custos incorridos com o exercício regular do seu poder de polícia sobre as atividades de pesquisa, lavra, exploração ou aproveitamento de determinados recursos minerais. O fundamento constitucional para a instituição do tributo seria o artigo 23, XI, da Constituição Federal, que outorga competência aos estados para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. A questão levantada da inconstitucionalidade da taxa de fiscalização minerária é o fato de que a Constituição Federal não outorgou aos estados a competência para criar a taxa de polícia em relação à fiscalização das concessões minerais no limite no território estadual, menciona que o poder de polícia dos estados, no que tange à fiscalização das autorizações e concessões minerais, não é integral e irrestrita, limitando-se a um poder fiscalizatório preventivo, a fim de garantir a correta arrecadação e repartição da receita da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM. Tramitam atualmente três ações de inconstitucionalidade, as de números 4.785, 4.786 e 4.787, que questiona a taxa de fiscalização minerária criada pelos Estados de Minas Gerais, Pará e Amapá, respectivamente.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Bacharel em Medicina Veterinária pela Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Zootecnia pela Universidade Federal do Ceará. Ex- Tabelião e Registrador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Ex-Defensor Público do Estado do Pará. Procurador do Estado de Rondônia e advogado.

1. Introdução

O presente trabalho busca uma análise em relação à constitucionalidade da taxa de fiscalização de atividade minerária instituída por alguns estados da federação.

A Constituição Federal, no artigo 20, IX, afirma que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo, o mesmo diploma legal ao trata de competência para legislar descreve no artigo 22, XII que a mesma tem a competência privativa para legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia.

A Carta Magna afirma no artigo 23, XI, a competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios de registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

Quando trata do Sistema Tributário Nacional, a Constituição Federal afirma no art. 145, II, que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios poderão instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Em razão da obrigação dos estados da federação de fiscalizar a atividade minerária, existem custos dessa atividade onde o tributo taxa foi a forma encontrada para o exercício da competência constitucional.

Vários estados, através de lei, criaram taxa de fiscalizar da atividade minerária, sendo que os referidos tributos foram questionados a sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

2. Taxa

A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios poderão instituir taxa, em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, é o que afirma a Constituição Federal no seu artigo 145, II.

O Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 77, tem redação semelhante.

Portanto, para cobrar a taxa, o ente competente deve prestar serviço ou exercer poder de polícia.

Aos estados são reservadas competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição Federal, portanto, indiretamente, foi atribuída a competência tributária residual para que os estados instituíam taxas.

A taxa é uma espécie de tributo retributivo ou contraprestacional, pois para a

sua cobrança o estado deve exercer o poder de polícia ou prestar ao contribuinte, ou ainda, colocar a sua disposição um serviço público específico e divisível.

2.1 Taxas de polícia

O artigo 78 do Código Tributário Nacional define o poder de polícia como sendo a

atividade da administração pública que limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização de Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade aos direitos individuais ou coletivos.

No parágrafo único menciona que: “considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal, e tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

Em relação às taxas de polícia, a sua fundamentação é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que permeia todo o direito público.

2.2 Taxas de serviço

A Constituição Federal refere-se a serviços públicos ora para expressar o sentido de organização de recursos materiais e pessoais necessários à atuação estatal, ora para significar unidades para obtenção de meios financeiros e técnicos para o desempenho de atribuições do Poder Público.

No título VII da Constituição Federal, referente à ordem econômica e financeira, o artigo 175 prescreve a incumbência ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Pela leitura no artigo 79, I e II, do Código Tributário Nacional, a criação das taxas de serviço só é possível mediante a disponibilização de serviços públicos que se caracterizem pela divisibilidade e especificidade. Os serviços são específicos quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utili-

dade ou de necessidade públicas; são divisíveis quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

O serviço público remunerado por taxa é considerado específico quando o contribuinte sabe por qual serviço está pagando.

A divisibilidade está presente quando é possível ao Estado identificar os usuários do serviço a ser financiado com a taxa.

2.3 A base de cálculo das taxas

A Constituição Federal, no artigo 145, § 2º, I, proíbe que as taxas tenham base de cálculo própria de imposto.

O Código Tributário Nacional, no artigo 77, dispõe que a taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondem a imposto.

Fazendo um paralelo entre a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional em relação a bases de cálculo das taxas, a Carta Magna estabelece uma vedação mais ampla e tecnicamente superior, uma vez que leva em consideração a existência de bases de cálculo próprias de taxas e bases de cálculos próprias de impostos.

O Estado, para cobrar um imposto, não precisa realizar qualquer atividade específica relativa ao contribuinte. Em relação às taxas é necessário que exista uma correlação razoável entre o serviço público e o valor cobrado a título de taxa. Não podendo ocorrer uma total desvinculação entre o custo do serviço prestado e o valor cobrado pelo Estado, pois a taxa é vinculada a uma atividade estatal anterior e serve de contraprestação.

Caso haja uma cobrança de taxa acima do que o Estado gasta para a consecução da atividade, teremos um enriquecimento sem causa para o ente público, o que sem dúvida deve ser evitado.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou em relação à base de cálculo de taxa através da súmula vinculante 29: *“É constitucional a adoção no cálculo do valor de taxa de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.”*

Questão de grande importância em relação à base de cálculo das taxas é a aceitação por parte do Supremo Tribunal Federal da criação de taxas com valores fixos constantes em tabelas que tomem como referência grandezas que poderiam ser consideradas como bases de cálculo próprias para impostos.

3. Atividade minerária

Em relação à atividade minerária, a Constituição Federal de 1988 contém vários dispositivos relacionados.

No título III que trata da organização do Estado, no capítulo II, artigo 20, IX, assegura que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

No § 1º do mesmo artigo 20 assegura 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 do petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica, exclusiva ou compensação financeira por essa exploração.

No artigo 21, que trata em relação à competência da União, podemos destacar o inciso XXV, onde compete à União estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

Em relação à competência privativa da União, no artigo 22, XII, temos a de legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia.

É competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios registrar acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

No título IV, que trata da organização dos poderes, capítulo I, relativo ao Poder Legislativo, seção II, das atribuições do Congresso Nacional, temos no artigo 49, XVI, que é de competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.

Em relação ao Poder Executivo, capítulo II, temos na seção V, subseção II, que trata no conselho de defesa nacional, a competência no mesmo no artigo 91, § 1º, III, propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas à preservação e à exploração dos recursos naturais de qualquer tipo.

Quando a Constituição Federal trata na ordem econômica e financeira, no título VII, em relação aos princípios gerais da atividade econômica, podemos destacar no artigo 174, § 3º, que o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômica-social dos garimpeiros.

As cooperativas de garimpeiros terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde

estejam atuando, e naquelas fixadas pela União, na forma da lei, determinação contida no art. 174, § 4º, da Constituição Federal.

Destaca o artigo 176 da Constituição Federal onde afirma que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

A pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas, conforme previsão expressa no artigo 176, § 1º, da Constituição Federal.

Segundo o § 2º do artigo 176 da Constituição Federal é assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

Sendo que a autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente, é o que reza o § 3º do artigo 176 da Constituição Federal.

Quando a Constituição Federal trata do meio ambiente no capítulo VI, no título VIII, da ordem social, impõe no § 2º do art. 225: *“aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”*.

No capítulo VIII denominados: dos índios, ressalta no § 3º do artigo 231 que a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quando às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, segundo a Constituição Federal, no art. 231, § 6º.

No parágrafo posterior, no mesmo artigo da Constituição Federal, concluímos que não se aplica às terras indígenas o favorecimento à organização da atividade garimpeira e cooperativas e nem terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas minerais garimpáveis.

O código de mineração, uma lei federal brasileira, editada pelo decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, disciplina a administração dos recursos minerais

pela União, a indústria de produção mineral e a distribuição; o comércio de produtos minerais no Brasil.

Ressalta-se que tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 37/11 que dispõe sobre o regime de aproveitamento das substâncias minerais, com exceção dos minerais nucleares, petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos e das substâncias minerais submetidas ao regime de licenciamento que trata o inciso III, do art. 2º, do decreto-lei nº 227, isto é, o regime de licenciamento, quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e do registro da licença no Departamento Nacional de Produção Mineral, sendo na verdade a tramitação de um novo código de mineração.

3.1 Taxa de fiscalização

A taxa de fiscalização minerária tem como objeto ressarcir o Estado da federação pelos custos incorridos com o exercício regular do seu poder de polícia sobre as atividades de pesquisa, lavra, exploração ou aproveitamento de determinados recursos minerais.

Ensina o professor Luciano Amaro, um protagonista da história contemporânea do direito tributário brasileiro, que “*os serviços públicos indivisíveis são as atividades gerais do Estado, financiadas por impostos, enquanto as atuações estatais divisíveis especificamente direcionadas, são sustentadas por taxas*”, opina Amaro que, por uma questão de “*justiça fiscal*”, as taxas por divisíveis, são vinculadas.

O fundamento constitucional para a instituição do tributo seria o artigo 23, XI, da Constituição Federal, que outorga competência administrativa comum à União, estados, Distrito Federal e municípios para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

3.1.1 Taxa de fiscalização da atividade minerária no Estado do Pará

A lei do Estado do Pará de número 7.591, de 28 de dezembro de 2011, institui a Taxa de Controle, Acompanhamento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários – TFRM e o Castrado Estadual de Controle, Acompanhamento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários – CERM.

Na referida lei são isentos de pagamento da referida taxa, de acordo com o artigo 4º, o microempreendedor individual, a microempresa e a empresa de pequeno porte, definidos pela legislação em vigor.

Contribuinte da taxa de controle, acompanhamento e fiscalização das atividades de pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerários é a pessoa, física ou jurídica, a qualquer título, autorizada a realizar a pesquisa, a lavra, a exploração ou o aproveitamento de recursos minerários no Estado do Pará, de conformidade com o artigo 5º.

O valor da taxa corresponderá a três Unidades Padrão Fiscal do Estado do Pará – UPF, vigente na data do pagamento, por tonelada de minério extraído, sendo apurada mensalmente e recolhida até o último dia útil do mês seguinte à extração do recurso minerário, é o que dispõe os artigos 5º e 7º.

3.1.2 Taxa de fiscalização de atividade minerária no Estado de Minas Gerais

A lei do Estado de Minas Gerais de número 19.976, de 27 de dezembro de 2011, institui a Taxa de Controle Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários – TFRM, e o Cadastro Estadual de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários – CERM, sendo que a mesma relaciona no seu artigo 1º os recursos minerários objeto na mesma que são: bauxita, metalúrgica ou refratária; terras-raras e minerais ou minérios que sejam fonte, primária ou secundária, direta ou indireta, imediata ou mediata, isolada ou conjuntamente com outros elementos químicos, de chumbo, cobre, estanho, ferro, lítio, manganês, níquel, tântalo, titânio, zinco e zircônio.

O contribuinte é a pessoa, física ou jurídica, que esteja, a qualquer título, autorizada a realizar pesquisa, lavra, exploração ou aproveitamento de recursos minerários no Estado. É isenta do pagamento a empresa com receita bruta anual igual ou inferior a 1.650.000 Ufemgs (um milhão seiscentos e cinquenta mil Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais) e as atividades de pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerários localizados na área mineira da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – Sudene, de acordo com o art. 4º e 7º da lei.

O fato gerador da taxa é no momento da venda ou da transferência entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular do mineral ou minério extraído, sendo que o valor corresponderá a 1 (uma) Ufemg vigente na data do vencimento da taxa por tonelada de mineral ou minério bruto extraído, apurada mensalmente e recolhida até o último dia útil do mês seguinte ao da emissão do documento fiscal relativo à saída do recurso minerário do estabelecimento do contribuinte nas hipóteses de venda ou de transferência para estabelecimento de mesma titularidade situado em outra unidade da federação, é o que determina os artigos 5º, 8º e 9º.

3.1.3 Taxa de fiscalização da atividade minerária no Estado do Amapá

A lei do Estado do Amapá de número 1.613, de 30 de dezembro de 2011, institui a Taxa de Controle, Acompanhamento e Fiscalização das Atividades de Pesquisas, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários – CERM.

Contribuinte da referida taxa é a pessoa, física ou jurídica, a qualquer título, autorizada a realizar pesquisa, a lavra, a exploração ou o aproveitamento de recursos minerários, sendo isento o microempreendedor individual, a microempresa e a empresa de pequeno porte, definidos pela legislação vigente, de acordo com os artigos 4º e 5º.

O valor da taxa corresponderá a 3 (três) Unidades Padrão Fiscal do Estado do Amapá – UPF/AP, vigente na data do pagamento, por tonelada extraída de ferro, manganês, cromo, alumínio, caulim, bauxita, galena, bem como outro padrão de medida (prata e tantalina) e por grama de ouro ou outro material nobre de valor equivalente, sendo apurada mensalmente e recolhida até o último dia útil do mês seguinte à extração do recurso minerário, é o que determina os artigos 6º e 7º da lei.

4. A defesa da constitucionalidade da taxa de fiscalização minerária

A corrente que defende a constitucionalidade da taxa de fiscalização minerária afirma que a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais com ela compatíveis determina a competência material pra fiscalizar as atividades praticadas por particulares que sejam potencialmente danosas ao interesse público, competência, essa, que autoriza a instituição e cobrança de taxa pelo ente federado para remunerar-se das despesas, gerada pelo exercício desse poder e restringir o desempenho de tais atividades que ameacem o interesse da comunidade.

Esclarece que a competência para criar a taxa de polícia pressupõe a competência administrativa do ente tributante para fiscalizar a atividade particular potencialmente lesiva ao interesse coletivo sobre a qual recairá a vigilância estatal.

Argumenta que a base de cálculo da taxa de fiscalização minerária é compatível com os ditames constitucionais e infraconstitucionais pertinentes a essa espécie tributária.

Diferentemente da competência legislativa concorrente, atribuída à União e aos estados, pelo artigo 24, da Constituição Federal, não há qualquer hierarquia entre os entes no âmbito da competência administrativa comum, prevista no artigo 23.

Menciona o fato de que o parágrafo único do artigo 23 da Constituição afirma que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os

estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no âmbito nacional. Observando, assim, a distribuição de competências constitucionais, em função da predominância do interesse.

O dispositivo trata de cooperação, e não de hierarquia ou subordinação, a demonstrar que a competência comum deverá ser exercida de forma equilibrada, uma vez que todos os entes, ao exercê-la, encontram-se no mesmo nível. Mesmo tratando-se de competência administrativa, para ser exercida é preciso que o estado e município também legislem.

5. As ações de inconstitucionalidades

A questão levantada da inconstitucionalidade da taxa de fiscalização minerária é o fato de que a Constituição Federal não outorgou aos estados a competência para criar a taxa de polícia em relação à fiscalização das concessões minerais no limite no território estadual, menciona que o poder de polícia dos estados no que tange à fiscalização das autorizações e concessões minerais, não é integral e irrestrita, limitando-se a um poder fiscalizatório preventivo, a fim de garantir a correta arrecadação e repartição da receita da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM.

Os adeptos da corrente da inconstitucionalidade afirmam que a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra e Aproveitamento de Recursos Minerários – TFRM também custeará a atividade de fiscalização ambiental, taxa essa já instituída em outra lei estadual, onde tem o *bis in idem*.

Argumenta que a base de cálculo, fixada na variação de unidades fiscais por tonelada de recurso mineral extraído, não se mostra proporcional ao custo incorrido pelo estado.

5.1 Ação de inconstitucionalidade nº 4.785, 4.786 e 4.787

A ação de inconstitucionalidade nº 4.785 foi proposta em 31 de maio de 2012, pela Confederação Nacional da Indústria, em que se impugna a íntegra da lei 19.976, de 27 de dezembro de 2011, do Estado de Minas Gerais.

A mesma parte ingressou com a ação de inconstitucionalidade nº 4.786, em que se impugna a íntegra da lei nº 4.786 do Estado do Pará e a ação de inconstitucionalidade nº 4.787, que também impugna a íntegra a lei nº 1.613 do Estado do Amapá, com a mesma data do protocolo proposta contra a lei mineira.

Sustentam as referidas ações que os Estados de Minas Gerais, Pará e Amapá usurparam competência constitucionalmente atribuída à União para legislar sobre

recursos minerais, sobre os quais não detém titularidade, assim como não tem poder de polícia capaz de autorizar a criação de taxa de fiscalização dessa atividade.

A Confederação Nacional da Indústria afirma tem sido criado verdadeiro imposto mascarado de taxa, cujas incidências não poderiam ser geradas sem as obediências às regras relativas à exoneração das exportações, alíquotas nas operações interestaduais, não cumulatividade e não discriminação.

Defende que a venda de tonelada de minério é base de cálculo própria de imposto, uma vez que não guarda pertinência com a natureza de taxa, exação decorrente de atividade estatal específica e divisível relacionada ao contribuinte.

Assevera que as projeções de arrecadação do tributo em análise superam em muito o total de despesas realizadas no exercício do poder de polícia previsto no diploma impugnado, circunstância que desnaturaria o tributo como taxa, caracterizando-o como imposto e levando à violação ao artigo 145, II, e § 2º; artigo 146, II, combinado com o artigo 77, parágrafo único do Código Tributário Nacional e artigo 5º, LIV.

Alega que a competência comum para fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos minerais previstas no artigo 23, XI, da Carta Magna não pode ser dissociada do disposto nos artigos 20, IX, § 1º, 22, XII, e 176, dispositivos que, lidos conjuntamente, deixariam claro que aquela atividade fiscalizatória não se trata de poder de polícia que permita a criação de taxa.

Argumenta que a previsão de taxação restrita aos minérios e minerais vendidos para outros estados-membros, isentando, ao contrário, aqueles destinados à industrialização no próprio território, representando frontal violação à vedação ao estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços em razão de sua procedência ou destino, de acordo com o artigo 152 da Constituição Federal.

6. Conclusão

Com o presente estudo demonstrou-se que existe divergência em relação à constitucionalidade da taxa de fiscalização minerária, uma vez que dispositivos constitucionais são questionados tanto para quem é a favor da implementação, bem como para quem é contra a mesma.

A relevância é de grande importância para os estados produtores de minérios, pois é uma receita significativa no orçamento, a devida utilização da arrecadação da referida taxa é de enorme importância na fiscalização na atividade minerária em seu território.

Os que defendem a constitucionalidade afirma que não há na carta, e nem na legislação correlata, a vinculação da taxa mineral. Sustenta que apenas as taxas

provenientes de serviços são a eles vinculadas. Conclui que taxas provenientes do poder de polícia do estado podem ser usadas de forma ampla.

A corrente da inconstitucionalidade afirma que a Constituição Federal não autoriza a instituição de taxa de polícia pelos estados.

Resta agora esperar que o Supremo Tribunal Federal aprecie a questão julgando as ações de inconstitucionalidade da taxa de fiscalização minerária que tramita perante a Corte superior.

Bibliografia

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Método, 2015.

AMAPÁ (ESTADO), *lei nº 1.613*, de 30 de dezembro de 2011, Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/pagina2.php?pg=buscar_legislacao&n_leiB=1613>

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. 168 p.

_____. *Decreto-lei nº 227*, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a disciplina, a administração dos recursos minerais pela União, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio de produtos minerais no Brasil.

_____. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, estados e municípios.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. ADI nº 4.785, 4.786 e 4.785. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CASTRO, Eduardo de; LUSTOZA, Helton Kramer; GOUVÊA, Marcus de Freitas. *Tributos em espécie*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

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

MINAS GERAIS (ESTADO). *Lei nº 19.976*, de 27 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/2011/119976_2011.htm>

PARÁ (ESTADO). *Lei nº 7.591*, de 28 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/lei/lp2011_07591.pdf>.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PRADO, Weliton. *Projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 37, de 2011*. Altera o decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre o regime de aproveitamento das substâncias minerais, com exceção dos minérios nucleares, petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e das substâncias minerais submetidos ao regime de licenciamento de que trata o inciso II do art. 2º do decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490935>>. Acesso em 10 jul. 2017.

THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.



COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

ESTADO DE SANTA CATARINA
Secretaria de Estado da Administração
Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina

Rua Duque de Caxias | 261
Saco dos Limões | Florianópolis | SC
CEP 88045-250 | Fone: (48)3665-6200

ADP-97482 | OP 10254

