

ISSN 2319-0671



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado



2020



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado

GABINETE DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Alisson de Bom de Souza – Procurador-Geral do Estado

Sérgio Laguna Pereira – Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

Marcelo Mendes – Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

CORREGEDORIA-GERAL

Gian Marco Nercolini – Corregedor-Geral

CENTRO DE ESTUDOS

Bruno de Macedo Dias – Procurador-Chefe

ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO CENTRAIS

Loreno Weissheimer – Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Felipe Wildi Varela – Procurador-Chefe da Procuradoria do Contencioso

Ricardo de Araujo Gama – Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal

Comissão Editorial

Felipe Wildi Varela

Weber Luiz de Oliveira

Laisa Pavan da Costa

André Emiliano Uba

Impressão

Rocha Soluções Gráficas

Projeto Gráfico, Diagramação e Capa

Carla Botto de Barros

Foto Capa

Felipe Reis - Assessor de Comunicação da PGE

R454

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, n. 10 –
Florianópolis: PGE/SC, 2020.

368 p.

Anual

ISSN: 2319-0671

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

CDU 340

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



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado

EDITORIAL

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado, em sua décima edição, apresenta temas multidisciplinares ligados à Advocacia Pública.

A revista está estruturada em três seções. A 1ª seção contempla artigos jurídicos elaborados por operadores do Direito. São 19 artigos que abordam assuntos de extrema importância e atualidade no cenário jurídico contemporâneo.

A 2ª seção, como já de costume nas Revistas da Procuradoria-Geral do Estado, tem-se a reprodução de uma peça histórica da Advocacia Pública Catarinense. Um trabalho jurídico cujos efeitos se prolongam até hoje para o Estado de Santa Catarina. E, nesta edição, apresenta-se uma das intervenções processuais (eis que, antes das contrarrazões ao recurso especial, o Estado já havia se manifestado por meio do seu corpo de Procuradores em outros atos processuais) da Procuradoria Geral do Estado que acabaram por influir, diretamente, no julgamento, sob a sistemática dos recursos repetitivos, do Recurso Especial n. 960.476/SC. Foi relator do processo o saudoso Ministro Teori Albino Zavascki.

O julgamento culminou na edição da Súmula 391 do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, mesmo após a análise pelo STJ, o processo seguiu para o Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 593.824-7/SC, quando teve reconhecida a repercussão geral da matéria. Recentemente, em abril de 2020, o plenário virtual da Corte Constitucional, por maioria de votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário, e, assim, manteve o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

E, por fim, a 3ª seção da revista apresenta para a sociedade dados estatísticos da atuação da Procuradoria-Geral do Estado.

Dessa forma, o material, que ora se apresenta, consubstancia uma parcela da contribuição da Advocacia Pública Catarinense para o sistema de justiça e, sobretudo, para a defesa do interesse público. Registra-se, ainda, nossos sinceros agradecimentos a todos que, de forma direta e indireta, participaram desta edição, que, assim, reverteu-se nesta publicação de singular qualidade.

Comissão Editorial

MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

É com grande satisfação que a Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina chega, no ano de 2020, à décima edição.

O ano de 2020 ficará gravado na história da humanidade pela pandemia da Covid-19, causada pelo novo coronavírus. Em meio à grave situação de emergência sanitária, mudanças provocadas pelas medidas de combate e de proteção à população e em um período de profundas transformações nas relações sociais, laborais e humanas, a advocacia pública catarinense esteve focada e atuando de forma árdua na defesa do interesse público.

A décima edição da Revista da PGE de Santa Catarina é composta por 19 artigos elaborados por destacados profissionais da área jurídica do país, em especial, Procuradores do Estado de Santa Catarina, que representam a qualificação do corpo técnico da PGE, sempre em busca do aprimoramento do conhecimento por meio de especializações, mestrados e doutorados, além da carreira acadêmica e docente.

Mantendo a tradição desta série de publicações, no trabalho de seleção dos conteúdos, buscou-se reunir artigos que contemplam temas atuais e contemporâneos a fim de confirmar o compromisso da Procuradoria-Geral do Estado de abrir espaço ao amplo debate de ideias para uma Advocacia Pública cada vez mais qualificada.

Dessa forma, resta agradecer a todos os colaboradores que, direta e indiretamente, pela presteza e comprometimento com que atenderam ao convite para participar da presente edição do ano de 2020, tornaram-na concreta.

Uma boa leitura a todos!

Alisson de Bom de Souza
Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

SUMÁRIO

PRIMEIRA SEÇÃO - ARTIGOS.....13

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E SAÚDE PÚBLICA 15

Ariela de Almeida Serra

Verônica de Almeida Carvalho

NOVOS MECANISMOS PARA SOLUCIONAR A MOROSIDADE PROCESSUAL: A APLICAÇÃO DO ARTIGO 356 DO CPC/2015..... 29

Arthur Bobsin de Moraes

A ADI Nº 6357 E A EC Nº 106 SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO – UMA ANÁLISE DAS AUTORIZAÇÕES CONCEDIDAS PELO STF E PELO PARLAMENTO FEDERAL NA REALIZAÇÃO DE DESPESAS PÚBLICAS NO COMBATE À COVID-19 E OS REFLEXOS NAS CONTAS DE GOVERNO 43

Artur Leandro Veloso de Souza

Josevan Carmo da Cruz Junior

SUSTENTABILIDADE JURÍDICA NA ADVOCACIA PÚBLICA: O DESEQUILÍBRIO TÉCNICO PROVOCADO PELA VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVAS DECORRENTE DO CONTROLE ELETRÔNICO DE JORNADA E DA RESPONSABILIZAÇÃO PELA EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO. .57

Aulus Eduardo Teixeira de Souza

A CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR ATOS DO PODER EXECUTIVO EM TEMPOS DE PANDEMIA. .75

Bruna Athayde Barros

Bárbara Mendes de Sant’Anna

A INDEPENDÊNCIA TÉCNICA DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM DECORRÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES ÉTICAS DA PROFISSÃO 93

Bruno de Macedo Dias

AS CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE ALIMENTOS E O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS 105

Delcy Alex Linhares

APONTAMENTOS SOBRE O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO FACE À TRANSNACIONALIDADE NA SOCIEDADE GLOBALIZADA PÓS-MODERNA: O EXEMPLO DA IUCN	121
Evandro Régis Eckel	
JURISPRUDÊNCIA DE CRISE E <i>HARD CASES</i>: REFLEXÕES HERMENÊUTICAS EM TEMPOS DE CRISE SANITÁRIA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	139
Felipe Cidral Sestrem	
ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019	151
Felipe Sordi Macedo	
CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA EM FACE DE DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CASUÍSTICAS DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 810 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.332.	167
Felipe Wildi Varela	
Weber Luiz de Oliveira	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS: UMA CRÍTICA AO POSICIONAMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	185
Fernando Filgueiras	
DA HETEROCOMPOSIÇÃO À AUTOCOMPOSIÇÃO NA SAÚDE: UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR.....	199
Flávia Dreher de Araújo	
Juliana Ribeiro Goulart	
Patricia Budni	
O PODER-DEVER DE ENFRENTAMENTO DA CRISE: MEDIDAS ATÍPICAS PARA EQUACIONAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS AFETADOS PELA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS	211
Jéssica Campos Savi	
Gabriel Pedroza Bezerra Ribeiro	
Gustavo Bedê Aguiar	
O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	227
Nataniel Martins Manica	
O DIREITO E A TRANSDISCIPLINARIDADE: REFLEXÕES ACERCA DA EPISTEMOLOGIA AMBIENTAL.....	243
Paulo Roney Ávila Fagúndez	

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A DECISÃO JUDICIAL E A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	261
Ronaldo Nunes Ferreira	
A INVESTIGAÇÃO PATRIMONIAL PRÉVIA COMO ESTRATÉGIA À LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR NA PROCURADORIA-GERAL DO ESPÍRITO SANTO	277
Vanessa Moreira Silva Regly	
José Alexandre Belotti	
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA	293
Weber Luiz de Oliveira	
SEGUNDA SEÇÃO - PEÇA HISTÓRICA.....	309
TERCEIRA SEÇÃO - ESTATÍSTICAS.....	363
INFORMAÇÕES ESTATÍSTICAS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....	365

PRIMEIRA SEÇÃO

ARTIGOS

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E SAÚDE PÚBLICA

Ariela de Almeida Serra¹

Verônica de Almeida Carvalho²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil. 3. Responsabilidade Extracontratual do Estado. 4. Responsabilidade do Estado por Atos Omissivos. 5. Responsabilidade Civil do Estado e Direito à Saúde. 6. Conclusão. Referências

RESUMO: O presente trabalho objetiva a análise da responsabilidade civil do Estado, em especial, na obrigação constitucional de promoção da saúde pública. Visando a melhoria da compreensão do tema, demonstra-se a evolução do instituto diante da responsabilização civil do Estado – e o seu tratamento legal e jurisprudencial pelo Estado Democrático de Direito –, como uma conquista importante da sociedade moderna, uma vez que atua como mecanismo de defesa do indivíduo face ao Poder Público. Assim, o artigo aborda, primeiramente, os aspectos gerais da responsabilização civil, bem como as teorias acerca da responsabilização extracontratual do Estado e o seu tratamento pelo direito positivo brasileiro. Seguidamente, expõe-se uma abordagem da responsabilidade do Estado nos casos de atos omissos, além das omissões na prestação de serviços de saúde.

1. INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil do Estado apresenta uma inegável importância prática e teórica no campo do direito atual. Com efeito, o caráter interdisciplinar do tema, bem como os seus incontáveis desdobramentos, sempre tiveram o condão de suscitar, ao longo do tempo, controvérsias relevantes e intrincadas que, por sua vez, têm convidado o operador do Direito a tecer novas reflexões acerca dos fundamentos, dos elementos e dos domínios do instituto.

A matéria, objeto do presente estudo, está apoiada em outras disciplinas e ciências, como, sobretudo, pelo Direito Constitucional. Ela está relacionada também com o Direito Civil, mais precisamente na parte que disciplina a responsabilidade civil, os conceitos de dano e de responsabilidade. E finalmente, acrescenta-se o Direito Administrativo, parte do direito público interno que é constituído pelo conjunto de

1 Pós-graduada em Direito Administrativo e Direito do Estado. Procuradora do Estado da Bahia da PGE/Ba.

2 Pós-graduada em Processo Civil. Procuradora do Estado da Bahia da PGE/Ba.

estruturas, de princípios e além disso: das normas que regulam as atividades diretas e indiretas, da administração pública como o órgão do poder executivo e da organização como um todo, do seu funcionamento e do seu controle.

Enfatiza-se ainda que, em que pese se tratar de um tema relativamente antigo para a doutrina e a jurisprudência pátria, a discussão dessa temática é bastante atual e precisa ser, pois, objeto de análise aprofundada no que diz respeito aos elementos e objetos, além das finalidades e abrangências.

Desta forma, o objeto central do presente estudo é o problema aflitivo existente na relação entre administrado e administrador que, indiscutivelmente, está permeada pelos princípios que compõem o regime jurídico administrativo. A importância do tema está na necessidade de garantir uma recomposição patrimonial mais justa ao administrado, por qualquer dano por ele tolerado e gerado, de alguma forma, pelo Estado, dispensando-se particular atenção para a sua regulamentação.

Com o escopo de elucidar tais desdobramentos, demonstra-se a questão da responsabilidade civil do Estado e o direito à saúde, por meio da análise dos elementos e do posicionamento jurisprudencial.

2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil³, na sua essência, trata da obrigação que todo sujeito de direito tem de reparar economicamente o dano causado por ele na esfera jurídica protegida de outrem, em decorrência de lei ou acordo de vontades. Observa-se que a ocorrência do dano rompe o equilíbrio jurídico-econômico existente anteriormente entre o agente e a vítima. Assim, torna-se princípio fundamental de justiça que, em se lesando qualquer dos direitos de outrem, a indenização deverá ser feita – como tentativa de recompor o *status quo ante* – evitando-se, assim, o enriquecimento sem causa de uns em detrimento de outros.

Por conseguinte, a doutrina civilista diferencia a responsabilidade civil da obrigação. Isso porque a obrigação constitui vínculo jurídico que concede ao credor o direito de demandar do devedor o cumprimento de determinada prestação. Já a responsabilidade, por sua vez, constitui a consequência jurídica do descumprimento da relação estabelecida.

Não é desconhecido o fato de que todos os cidadãos são responsáveis por seus próprios atos. Essa é a primeira e talvez a noção mais importante do instituto em comento. A palavra “responsabilidade” origina-se do verbo em latim *respondere* e exprime a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem

3 Sobre os sentidos da expressão responsabilidade civil, Francisco Amaral discorre que: “A expressão responsabilidade civil pode compreender-se em sentido amplo e sentido restrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem a própria obrigação decorrente dessa situação, ou ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa”. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 531.

sacrificado. O perfeito equilíbrio social é rompido com a prática de atos ilícitos. Com a finalidade de promover a pacificação social, torna-se necessário dirimir os resultados negativos ocasionados pela prática dos mesmos. É nesse cenário que se faz importante o instituto em tela.

Maria Helena Diniz assevera ser pluridimensional a evolução da responsabilidade civil pois, sua expansão se deu quanto a sua história, aos seus fundamentos, a sua extensão ou área de incidência e a sua profundidade ou densidade⁴. E o direito, sendo a ciência social que é, deve acompanhar as modificações políticas, econômicas, tecnológicas e sociais do mundo moderno.

Impende reconhecer que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano oriundo da violação de um dever jurídico originário. Está, pois, relacionada à ideia de dever e na hipótese do seu descumprimento, poderá resultar na obrigação de indenizar, de reparar os danos de qualquer espécie causados à pessoa ou à coisa. Configura-se assim como sendo a reparação do direito lesado e a restauração do equilíbrio rompido.

A doutrina civilista classifica a responsabilidade civil de acordo com diversos aspectos. Nesse contexto, interessa-se especificamente as classificações que tomam como critério o fato gerador (qualidade da violação) e o fundamento da responsabilidade civil.

No primeiro caso, se preexiste um vínculo obrigacional e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, há **responsabilidade contratual**⁵, configurando infração a uma obrigação esculpida por vontade comum dos contratantes. Todavia, se esse dever surge em virtude da lesão a um direito subjetivo, sem que envolva o ofensor e a vítima, preexistindo qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a **responsabilidade extracontratual**⁶. O ilícito extracontratual é a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei.

A segunda classificação leva em consideração o fundamento da responsabilidade, podendo ser **subjetiva** ou **objetiva**. A primeira assenta-se em culpa ou dolo, por ação ou omissão lesivas a determinada pessoa. Já a segunda funda-se no risco, sendo irrelevantes as condutas culposa ou dolosa do agente causador do dano, surgindo o dever de indenizar a partir da comprovação do nexo causal entre o prejuízo experimentado pela vítima e a ação do agente responsável⁷.

O estudo da responsabilidade civil a partir dos elementos que a compõem é necessariamente compartimentalizado⁸, visto que cada um deles, por si só, é

4 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

5 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

6 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit.

7 CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. **Responsabilidade civil extracontratual por omissão do Estado**. 2002, 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

8 Os elementos serão analisados separadamente por comodidade didática, todavia, convém não esquecer que se tratam apenas de frações intercomplementares de um mesmo instituto.

insuficiente para deflagrar o dever de indenizar. Para tanto, faz-se mister a conjugação de ao menos três elementos: conduta, dano e nexa. A culpa, sendo o quarto e último elemento, ocupa uma posição particular dentro da teoria geral da responsabilidade civil, tendo em vista que a sua configuração é indispensável apenas para as hipóteses de responsabilidade subjetiva, conforme visto no item anterior.

Conduta é o comportamento humano voluntário que é exteriorizado através da ação ou da omissão, produzindo consequências jurídicas⁹. A conduta tem um aspecto físico (objetivo), composto pela ação e pela omissão, além de um aspecto psicológico (subjetivo) que consiste na vontade.

A partir da conduta ilícita – em princípio – é que se manifesta o dever de indenizar. Entretanto, dos atos lícitos também podem surgir hipóteses do encargo de reparar, como por exemplo, quando a atividade normalmente desenvolvida importe em risco para outras pessoas, conforme parágrafo único do artigo 927 do CC/02¹⁰.

O dano pode ser compreendido como a subtração ou a diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial ou de um bem integrante da própria personalidade da vítima (honra, imagem etc.)¹¹.

Tradicionalmente, o dano comporta duas classificações: patrimonial e moral. O primeiro deles atinge, naturalmente, o patrimônio da vítima, tido como o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, sendo apreciáveis em dinheiro. O dano patrimonial está subdividido em: dano emergente – relacionado a tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu – e lucros cessantes, estando eles associados à perda do ganho esperável ou à frustração da expectativa de lucro, dentro de um padrão de razoabilidade. Além do mais, em decorrência da sua própria natureza, o dano patrimonial é suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado diretamente, por meio da reconstituição do *status quo ante* ou indiretamente, via indenização.

O dano moral, no seu turno, corresponde a lesão dos direitos da personalidade (intimidade, vida privada etc.) da pessoa. Em outras palavras, trata-se do prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima¹². No entendimento de Cavalieri Filho, à luz da Constituição vigente, o dano moral nada mais é do que a violação do direito à dignidade da pessoa humana “[...] e foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral”¹³.

9 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit., p. 42.

10 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Lex: Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 10 set. 2020.

11 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit., p. 89.

12 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2003.

13 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit., p. 94.

O nexo causal é o liame que une a conduta ao agente do dano¹⁴. O prejuízo da vítima pode ser provocado pelo fato considerado. Deve-se, assim, estabelecer um vínculo de causa e efeito entre a conduta (fato) e o seu resultado (dano). A relação de causalidade, além de pressuposto da responsabilidade civil, serve também como limite para fixação dos danos indenizáveis, pois, somente os prejuízos efetivamente causados pelo agente podem ser a ele imputados.

A respeito do nexo da causalidade, também denominado nexo etiológico, considera-se que este pode ser entendido como o liame causal, o elo que liga o dano ao seu fato gerador, por meio de uma ligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, vale dizer, uma relação de causa e efeito para que surja o dever de indenizar. Não há que se impor a obrigação de reparar um dano, caso não haja nexo de causa e efeito entre o fato ilícito ou lícito e o dano. O nexo vem previsto no próprio art. 186, CC/02¹⁵, quando da utilização da expressão “causar”.

A culpa, para a responsabilidade civil, deve ser compreendida a partir do seu vocábulo *lato sensu*, abrangendo assim o dolo também, ou seja, envolvendo todas as espécies de comportamentos contrários ao direito, sejam elas intencionais ou não, mas sempre imputáveis ao causador do dano¹⁶.

Indica-se como os pressupostos para a configuração da culpa: dever violado (elemento objetivo) e imputabilidade do agente (elemento subjetivo), sendo que este último abrange a possibilidade de conhecer o dever (discernimento) e de observá-lo (previsibilidade do ato ilícito)¹⁷.

3. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

As construções teóricas acerca da responsabilidade civil da Administração evoluíram ao longo da história, do ponto de vista da total irresponsabilidade para um conceito de responsabilidade pública da Administração, de maneira diferente e mais rígida do que a responsabilidade tradicional de natureza patrimonial e civilística.

A irresponsabilidade do Estado nunca foi plenamente acolhida pelo direito brasileiro¹⁸ e, mesmo no direito comparado, teve sua incidência mitigada pela responsabilização do funcionário, por meio de algumas leis específicas. Todavia, de modo geral, as bases legais preconizavam a imposição da soberania, sem direito a qualquer compensação, estando relacionadas ao absolutismo e aos regimes despóticos.

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit.

15 BRASIL. Op. Cit.

16 GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. IN: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun. 2003, p. 302.

17 AMARAL, Francisco. Op. Cit.

18 Apesar da previsão constitucional apenas da responsabilidade pessoal dos agentes públicos (Constituições de 1824 e 1891), a jurisprudência, calcada em textos legislativos esparsos, passou a reconhecer gradativamente a responsabilidade extracontratual do Estado com base no regime de direito privado, sendo então, genuinamente, uma responsabilidade civil do Estado.

Posteriormente, desenvolveu-se a teoria da culpa do serviço¹⁹ (*faute du service*) ou da culpa anônima da administração pública, sendo criada pelo Conselho de Estado francês a partir de quatro premissas essenciais que são descritas por Paul Duez como: 1) a responsabilidade do serviço público é primária, ou seja, a Administração absorve a penalidade do agente que se funde no corpo daquela; 2) a falta do serviço público não depende da falta do agente, sendo suficiente estabelecer o mau funcionamento do serviço (culpa anônima); 3) o que enseja a responsabilidade é a falta, não o fato do serviço (em contraposição à teoria do risco); 4) para que o defeito acarrete a responsabilidade, é preciso verificar o caráter de defectibilidade do serviço, levando em consideração a diligência média que poderia ser legitimamente exigida da Administração²⁰.

Um problema sobre a adoção da teoria da culpa no campo da responsabilidade estatal é a necessidade de provar o funcionamento inadequado do serviço público, o que, em inúmeros casos, mostrava-se como algo inviável, redundando, por conseguinte, na não responsabilização da Administração Pública.

Com o avanço da teoria da responsabilidade civil estatal, surgiu a doutrina do risco administrativo²¹, na qual o Estado deveria indenizar o dano, não somente quando este resulta na culpa do agente ou na falha do serviço, em face da possibilidade de dano que os membros da comunidade poderiam sofrer em decorrência da sua atividade normal ou anormal.

Nota-se que algumas legislações esparsas surgiram, de modo a possibilitar, em alguns casos, a responsabilização de forma objetiva, independente da culpa do autor do dano e servindo de exemplo ao Código das Estradas de Ferro, ao Código Brasileiro do Ar e, mais recentemente, ao Código de Defesa do Consumidor. Nesse aspecto, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) configura grande marco na evolução da responsabilidade civil no Brasil.

Atualmente, de acordo com os ensinamentos de Bandeira de Mello, a responsabilidade civil do Estado é uma consequência lógica e inevitável do Estado de Direito. Com efeito, se o Estado Contemporâneo acolhe o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, torna-se, por consequência, injurídico o

19 Alguns autores referem-se à *faute du service* como teoria da falha do serviço, o que, contudo, tem provocado confusões. Como acentua Bandeira de Mello, a responsabilidade por falta, falha ou culpa do serviço não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, como se tem inadvertidamente suposto, uma vez que é sempre baseada na culpa (ou dolo). “É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em Francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como falta (ausência), o que traz ao espírito a idéia de algo objetivo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2008.

20 DUEZ, Paul. **La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)**. Paris: Librairie Dalloz, 1927.

21 Vale pontuar a doutrina de Hely Lopes Meirelles no que toca à distinção entre o risco administrativo e o risco integral, não obstante o fato de que esta última modalidade jamais foi acolhida entre nós: “A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

comportamento estatal que agrave desigualmente alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado²².

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a responsabilidade objetiva da Administração Pública, na dicção do art. 37, § 6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos *responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*, assegurando o *direito de regresso* contra o responsável *nos casos de dolo e culpa*²³.

A essência de tal dispositivo, primeiramente, ganhou feição constitucional com a promulgação da Constituição de 1946²⁴ e desde então, consagrou-se reiteradamente a responsabilidade objetiva da Administração Pública pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros²⁵.

A responsabilidade objetiva se utiliza dos mesmos elementos daquela de natureza subjetiva: é necessário demonstrar uma conduta, o dano e a ligação, além do vínculo entre os dois primeiros elementos. Entretanto, não há uma análise do desvalor da conduta, não se perquire se esta foi boa ou má, se houve ou não intenção e, conseqüentemente, responsabilidade. O foco da responsabilidade objetiva está no resultado. O ponto central da responsabilidade de natureza subjetiva, por outro lado, está na conduta. Dessa forma, trata-se de um problema de causalidade e não de imputabilidade.

A responsabilidade objetiva pode ser apontada somente nos casos previstos taxativamente em lei. As duas hipóteses de ocorrências – disciplinadas no parágrafo único do art. 927 do CC/02²⁶ – podem acontecer quando: 1 – a atividade normalmente desenvolvida for tipificada como perigosa, sendo denominada de “Teoria do Risco”; 2 – quando a lei expressamente a prevê, atendendo, pois, ao princípio da tipicidade, devendo haver enquadramento legal. Neste sentido, toma-se como exemplo § 6º do art. 37 da CF/88²⁷.

4. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

A ação consiste em um movimento corpóreo comissivo direcionado a um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia. A omissão é caracterizada pela inatividade que envolve a abstenção de alguma conduta devida²⁸.

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p. 882.

23 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 set. 2020, grifo nosso.

24 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 10 set. 2020.

25 “Verifica-se que pelas duas primeiras Cartas Políticas, a de 1824 e a de 1891, os funcionários públicos eram direta e exclusivamente responsáveis por prejuízos decorrentes de omissão ou abuso no exercício de seus cargos (...) Na vigência das Constituições de 1934 e de 1937 passou a vigorar o princípio da responsabilidade solidária. O prejudicado podia mover a ação contra o Estado ou contra o servidor público, ou contra ambos, bem como, promover a execução de sentença contra ambos ou contra um deles, segundo o seu critério de conveniência e oportunidade”. JUS NAVIGANDI. Responsabilidade Civil do Estado. **Jus Navigandi**, mai. 2000. p. 3. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/491/responsabilidade-civil-do-estado>. Acesso em 10 set. 2020.

26 BRASIL. Op. Cit.

27 BRASIL. Op. Cit.

28 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit.

A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir e praticar um ato para impedir o resultado, dever esse que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando assim o risco da ocorrência do resultado²⁹. Nesses casos, a ausência de impedimento do resultado significa permitir que a consequência se opere.

Quanto ao ponto, ainda destacamos o entendimento esposado por José Cretella Júnior, para quem não apenas a ação produz danos:

Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria Administração. A omissão configura culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de inação, física ou mental³⁰.

Em face do exposto, pode-se concluir que a omissão pressupõe a existência de norma que imponha a ação omitida, no que diz respeito à ação ordenada, se situando em um plano distinto da norma.

Ademais disso, cabe alertar para o fato de que a doutrina e a jurisprudência criaram o entendimento, segundo o qual, a responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva. Assim, deve-se provar a falta do serviço e nessa perspectiva, necessita-se dizer se o mesmo funcionou mal, não funcionou ou obteve o funcionamento atrasado. Vale ressaltar que, nesta hipótese, o ônus da prova é do ofendido. A CF/88³¹ não prevê nada a respeito do assunto. O próprio art. 37, § 6º não trata da questão sobre a responsabilidade subjetiva. Em decorrência da falta do serviço, o prejudicado é encarregado de provar o dano e o nexo, além de atestar também se houve culpa.

Dito de forma mais explícita: se o Estado causar dano, mediante conduta comissiva, o mesmo deverá responder objetivamente. Caso ele, mediante omissão, dê ensejo a alguma espécie de dano, responderá de forma subjetiva. Culpa anônima seria a falta do serviço porque não se sabe exatamente quem foi o agente: sabe-se apenas que o serviço público funcionou mal. Entretanto, no caso de omissão específica, a responsabilidade será objetiva, configurando também a construção jurisprudencial. Não custa, por fim, lembrar que a responsabilidade objetiva não substituiu a teoria subjetiva, ao revés, ambas convivem harmoniosamente no ordenamento jurídico pátrio.

29 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit.

30 CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 210.

31 BRASIL. Op. Cit.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DIREITO À SAÚDE

A saúde é um direito fundamental do ser humano, previsto no art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos³² e no art. 6º da Constituição Federal³³.

O direito à saúde, previsto entre os direitos sociais da Constituição da República, enquanto direito fundamental, possui, em tese, aplicabilidade imediata e direta.

Diante do não cumprimento ou do cumprimento indevido de políticas públicas, garantidoras dos direitos sociais por parte da Administração, as ordens judiciais de natureza definitiva ou cautelar determinam a autorização de prestações de toda natureza.

Na maioria dos casos, busca-se uma atuação administrativa e não o ressarcimento dos danos e com isto, o Estado deve executar: a entrega de produtos; o atendimento aos serviços e a distribuição de medicamentos, além do acesso à creche e pré-escola.

Sob essa perspectiva, cumpre analisar a possibilidade de incidência da responsabilidade civil do Estado por prejuízo à saúde do cidadão, em razão da demora no fornecimento de medicamentos.

Conforme já foi mencionado, a saúde é um direito fundamental do indivíduo, enquanto direito subjetivo de aplicabilidade imediata. Aponta-se, assim, uma relação obrigacional entre o Poder Público e a esfera particular, sendo que a Constituição Federal institui um direito fundamental social ao cidadão e um dever do Estado, embasado na dignidade humana.

Sabe-se que a omissão do Estado pode gerar responsabilidade civil. Dessa forma, constitucionalmente, quando o Estado é obrigado a garantir o direito à saúde ao cidadão e deixa de fazê-lo, mesmo com decisão judicial, configura-se um caso de negligência.

Nesse sentido, quando o Estado se omite no fornecimento de medicamento – de eficácia comprovada e inserido na lista de medicações fornecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) – essencial à saúde do cidadão, a responsabilidade civil do Estado estará devidamente comprovada, bastando ao postulante lesado comprovar a existência de nexo de causalidade entre a omissão e o dano dela decorrente.

O Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, tem adotado tal entendimento:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. MORTE DE PACIENTE, EM TRATAMENTO DE CÂNCER, EM RAZÃO DA INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO DO FÁRMACO, PELO ESTADO.

32 ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 10 set. 2020.

33 BRASIL. Op. Cit.

ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DA MATÉRIA, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF.

ACÓRDÃO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO DO ESTADO E A MORTE DO PAI DOS AUTORES. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. PRETENDIDA REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 19/12/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, proposta por Joelson de Almeida Souza, Jairo de Almeida Souza, Jailson de Almeida Souza e Joaquim de Almeida Souza, em desfavor do Estado do Acre, em decorrência da não disponibilização de medicamento para tratamento de câncer, na rede pública estadual de saúde, resultando no óbito de seu genitor.

III. Quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que, apesar de apontar como violado o art. 535 do CPC/73, o agravante não evidencia qualquer vício, no acórdão recorrido, deixando de demonstrar no que consistiu a alegada ofensa ao citado dispositivo, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”). Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 422.907/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/10/2013. IV. No mérito, o Tribunal de origem decidiu a controvérsia, acerca da responsabilidade civil do Estado, sob o enfoque eminentemente constitucional, o que torna inviável a análise da questão, no mérito, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 584.240/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/12/2014;

AgRg no REsp 1.473.025/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/12/2014).

V. Ademais, o Tribunal de origem manteve a sentença de parcial procedência, concluindo, à luz das provas dos autos, que “há nexo de causalidade entre a conduta omissiva e a precoce morte do Paciente, de quem lhe foi retirada a chance de uma sobrevida, não havendo que se falar em caso fortuito, sequer comprovado pelo Estado”. Ainda segundo o acórdão de 2º Grau, “a conduta omissiva do Estado em não fornecer o medicamento impediu que o enfermo tivesse a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciado na esperança de controle da evolução da doença”. Conclusão em sentido contrário, demandaria, inarredavelmente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável, em sede de Recurso Especial, em face da Súmula 7 desta Corte.

VI. No que tange ao quantum indenizatório, “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. A

verificação da razoabilidade do quantum indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ” (STJ, AgInt no AREsp 927.090/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016).

VII. No caso, o Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, fixou a indenização por danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser dividido pelos quatro autores, quantum que não se mostra excessivo, diante das peculiaridades da causa, expostas no acórdão recorrido. Incidência da Súmula 7/STJ.

VIII. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1577177/AC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017)³⁴.

Sucedem que, nas últimas décadas, as ações de saúde se multiplicaram em todos os estados do país. O Poder Judiciário interfere demasiadamente nos orçamentos das Secretarias de Saúde, visando o atendimento a uma parcela diminuta da população.

Esse acúmulo de demandas vem acarretando sérios transtornos aos orçamentos e à administração da saúde pública, mas também se tornou um problema ao próprio Judiciário que, sem aparelhagem técnica, se encontra mergulhado no dilema entre vida e morte.

Conclui-se que, em se tratando de políticas públicas, a divisão de responsabilidades – conforme recomendado na sua normativa de regência – denota somar esforços para o asseguramento da existência de um sistema que, nesse sentido, contemple a garantia de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, nos exatos termos do art. 196 da Constituição Federal³⁵.

6. CONCLUSÃO

O tema abordado neste artigo e os seus desdobramentos demonstrou que o legislador brasileiro tratou de estabelecer novos contornos para a responsabilidade civil. Seus fundamentos deitam raízes no abalo do equilíbrio social, ocasionado por um evento danoso decorrente de um comportamento desvalioso. Em outras palavras, as bases legais apresentadas buscam o ressarcimento dos danos causados por um ato praticado por outrem. Consagrou-se na realidade jurídica e social pátria a responsabilidade civil dita aquiliana ou também subjetiva. Ocorre que, diversas legislações, bem como a própria Norma Maior, reconhecem hoje a coexistência entre as responsabilidades subjetiva e objetiva.

Constata-se que a responsabilidade objetiva, apesar de se utilizar dos mesmos elementos da responsabilidade subjetiva (conduta, dano e nexos causal), dispensa o desvalor da conduta, de modo que nela: a culpa pode existir, mas é irrelevante; existindo ou não intenção, haverá responsabilidade; indeniza-se por

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1577177/AC. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF. 20 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=349>. Acesso em 07 dez. 2017.

35 BRASIL. Op. Cit.

ato ilícito e lícito; ocorre o desvalor do resultado e trata-se, assim, de um problema de causalidade e não de imputabilidade); depende de uma expressa previsão legal ou qualificação da ação como perigosa (Teoria do Risco). Não obstante, convém destacar que a atividade de risco – como já foi frisado – é aquela que se apresenta intrínseca ao seu conteúdo, por ser um perigo potencialmente causador de dano a alguém.

Logo, a prova do nexa causal compromete a eficácia da responsabilidade objetiva, posto que, o estabelecimento do vínculo de causalidade é de grande dificuldade para a vítima interessada na reparação do dano.

Assim, indenização é forma indireta de sanar a lesão. Antes da reparação econômica, torna-se necessário tentar a reconstrução. Com isso, afirma-se que a responsabilidade civil se apresenta para compensar os prejuízos sofridos de alguma forma, na tentativa de recuperar o *status quo ante*.

Ademais, a saúde, como um direito constitucional de aplicabilidade imediata, enseja a possibilidade de reparação civil nas situações que o Estado deixa de fornecer, administrativamente, o medicamento previsto como de provimento obrigatório e gratuito pelo SUS ou decorrente de decisão judicial que determina o fornecimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ARAÚJO; Vaneska Donato de. Generalidades sobre dano. IN: ARAÚJO; Vaneska Donato de (org.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2008.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 10 set. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Lex: Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 10 set. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1577177/AC**. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 20 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=349>. Acesso em 07 dez. 2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Lúmen Júris, 2010.
- CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. **Responsabilidade civil extracontratual por omissão do Estado**. 2002, 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DUEZ, Paul. **La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)**. Paris: Librairie Dalloz, 1927.
- GABURRI, Fernando Vassilieff. Dano material. IN: ARAÚJO, Vaneska Donato de (org.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2008a.
- GABURRI, Fernando Vassilieff. Dano moral. IN: ARAÚJO, Vaneska Donato de (org.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2008b.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. IN: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun. 2003.
- JUS NAVIGANDI. Responsabilidade Civil do Estado. **Jus Navigandi**, mai. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/491/responsabilidade-civil-do-estado>. Acesso em 10 set. 2020.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Método, 2006.
- LUBISCO, Nídia M. L.; VIEIRA, Sônia Chagas; SANTANA, Isnaia Veiga. **Manual de Estilo Acadêmico: monografias, dissertações e teses**. Salvador: EDUFBA, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 10 set. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. IN: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVOS MECANISMOS PARA SOLUCIONAR A MOROSIDADE PROCESSUAL: A APLICAÇÃO DO ARTIGO 356 DO CPC/2015

Arthur Bobsin de Moraes¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Separação do Direito Processual Civil e Direito Civil. 3. O Artigo 356 do Código de Processo Civil de 2015. 4. A Fundamentação da Decisão Prevista no Artigo 356. 5. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: O presente ensaio tem como objeto analisar o instituto do julgamento antecipado parcial do mérito, previsto no artigo 356 do Código de Processo Civil de 2015, como um mecanismo que tem como objetivo solucionar a morosidade processual e permitir um acesso à justiça mais efetivo. Diante disso, inicialmente será feito um breve estudo sobre evolução da sistemática processual civil, percorrendo, ainda que de maneira breve, a separação do direito processual civil com direito material civil, até o desenvolvimento de uma teoria autônoma da ação. Ato contínuo, após uma análise do artigo 356 do CPC/2015, tanto de seus incisos como de seus respectivos parágrafos, o ensaio busca trazer uma reflexão sobre algumas polêmicas, decorrentes do julgamento antecipado parcial de mérito, como a fundamentação das decisões que julgam antecipadamente e de modo parcial o mérito do processo.

1. INTRODUÇÃO

A duração razoável e a preocupação de como a efetividade do processo pode se tornar instrumento para uma verdadeira tutela dos direitos é objeto de estudo e de reflexão, tanto dos processualistas, como dos legisladores há algum tempo, afinal, a delonga no julgamento afeta, ao fim e ao cabo, o jurisdicionado de um modo geral.

Diante de tais quadros, buscar uma solução para a morosidade do judiciário sempre foi prioridade do legislador que, por meio do sistema processual civil, tentava encontrar formas de entregar uma tutela jurisdicional de maneira célere e efetiva ao jurisdicionado, seja inserindo novos institutos no ordenamento jurídico, seja suprimindo regras ultrapassadas.

¹ Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/Minas). Graduado em Direito pela UFSC, Presidente da Comissão da Jovem Advocacia da OAB/SC. Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/SC (ESA/SC). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). arthur.bobsin@advempresarial.com.br

Inclusive não apenas no âmbito infraconstitucional, prova disso foi a idealização, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, que inseriu o direito a duração razoável do processo no rol de garantias individuais. Aqui faz-se menção a Sérgio Bermudes que, em obra dedicada ao estudo da Emenda Constitucional nº. 45, mostrou a impossibilidade de cumprimento integral do inciso LXXVIII diante da inexistência dos meios necessários a propiciar a celeridade, caso contrário, ausentes estes mecanismos, a Emenda Constitucional se revelará apenas como pensamento desejoso do legislador².

Desse modo, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, essa situação de reforma e busca pela efetiva, e não apenas célere, decisão judicial e entrega da jurisdição também foi prestigiada, com mecanismos concretos para seu cumprimento, visto que o artigo 4º determina, em conformidade com a Constituição Federal, que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do processo, incluída a atividade satisfativa.

As situações criadas pelo legislador do novel diploma processual não param por aí. Por exemplo, a concentração das defesas do réu em apenas uma só peça e a criação de institutos como o incidente de resolução de demandas repetitivas, também fazem prova da tentativa de economizar tempo na atividade do Judiciário.

Entretanto, não basta que o sistema jurídico esteja repleto de princípios que assegurassem uma tutela tempestiva, e não possuir mecanismos para colocá-los em prática, como mencionado por Sérgio Bermudes. Prova disso são os dados existentes do último relatório do CNJ e da CGJ/SC, que demonstram que a justiça continua caminhando a passos lentos.

Um das grandes novidades inseridas pelo legislador no CPC/2015 busca justamente incentivar esta caminhada mais célere do Poder Judiciário, que é a possibilidade do julgamento antecipado parcial do mérito no ordenamento jurídico brasileiro.

O instituto, previsto no artigo 356 do Código de Processo Civil de 2015, calcorreia ao lado das inovações principiológicas – princípio da cooperação, da primazia do julgamento do mérito, da vedação das decisões surpresas etc. – e das alterações das demais normas processuais, ambos alinhados com o processo civil constitucional.

Contudo, ainda que o instituto pretenda trazer grandes avanços, sua dicção já é objeto de estudo, decorrentes das questões polêmicas e controvertidas causadas pelo fracionamento do mérito, como por exemplo a fundamentação da decisão que julga parcialmente o mérito.

Ainda assim, pretende-se afirmar ao final deste artigo que o julgamento antecipado parcial do mérito, na forma como está estabelecido no artigo 356 do CPC/2015,

2 BERMUDES, Sérgio. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº. 45**: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11.

funcionará como um “mecanismo” de fracionamento do mérito do processo, priorizando a celeridade e, principalmente, a efetividade dos julgamentos.

2. A SEPARAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL

É preciso estabelecer algumas premissas antes de discorrer sobre o artigo 356 do Código de Processo Civil de 2015. A primeira delas é entender como ocorreu a separação do direito processual civil e do direito civil. Este é um primeiro degrau fundamental para perceber como foi possível chegar ao fracionamento do processo.

A discussão começa no longínquo século XIX quando Windscheid e Muther celebraram uma das maiores polêmicas no direito processual civil, fato que demonstrou a diferença entre o direito lesado e o direito de ação, revelando que, na verdade, a ação cria a par do direito subjetivo material da parte prejudicada, dois outros direitos públicos: *(i)* um, para o ofendido, que é o direito à tutela jurisdicional, e que é dirigido contra o Estado; e *(ii)* outro, para o próprio Estado, que é o direito de eliminar a lesão jurídica, e que se volta contra a parte que a causou³.

De acordo Luiz Guilherme Marinoni um dos importantes frutos da polêmica demonstrou separação entre os planos do direito material e do direito processual, ultrapassando um antigo conceito que unia o direito material e a ação⁴.

O desentendimento acadêmico travado entre os autores – Windscheid entendia que a pretensão é o equivalente ao conceito da *actio*, conceituando como uma situação jurídica substancial, sendo que na concepção de Muther, existiriam, pois, dois direitos, sendo o direito privado o pressuposto do direito contra o Estado; os dois direitos coexistiriam, ainda que o direito contra o Estado existisse para proteger o direito privado – levou a existência de uma ação processual ao lado da pretensão de direito material⁵.

Em resumo, para Windscheid o conceito romano de ação era o próprio direito material, era o que poderia ser exigido de outrem. Por outro lado, Muther entendia que a *actio* não se confunde com o direito material, mas sim um direito à tutela jurídica dirigido ao Estado⁶.

A sedimentação na mudança do entendimento e a confirmação da separação entre o direito de ação e o direito material é creditada a Oskar Von Bulow, que em sua obra *teoria das exceções e dos pressupostos processuais* verificou que uma situação é o direito material, que a lei nos assegura; outra, o direito de ir a juízo, para que o Poder Judiciário dê uma resposta à pretensão a ele levada.

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil**: processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 172.

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil**: teoria do processo civil. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 197.

5 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil**: teoria do processo civil. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 196.

6 LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 18.

Antes desta separação do direito material e o direito processual civil, vigia em nosso ordenamento jurídico a teoria imanentista – umas das inúmeras teorias da ação⁷ – que entende o direito de ação como o próprio direito material. Assim, sem o direito material, não se poderia falar em direito de ação.

Arruda Alvim, acerca da teoria clássica relativa à natureza da ação, esclarece que esta teoria – civilista ou imanentista – vigorou durante todo o século XIX, principalmente pela fase evolutiva do processo, que se encontrava terrivelmente subordinado ao Direito Civil, praticamente como um apêndice deste⁸.

Um exemplo concreto de como a teoria civilista ou imanentista estava previsto no ordenamento jurídico brasileiro é o artigo 75 do Código Civil de 1916, que possuía a seguinte concepção: a cada direito corresponde uma ação que o assegura⁹. Essa teoria, segundo a qual a ação é o direito de pedir em juízo o que é devido, parte do conceito de ação dado pelo jurista romano Celso, segundo o qual a *actio* seria o direito de pedir em juízo o que é devido. Tal concepção da ação foi bastante desenvolvida pelos estudos de Savigny¹⁰.

Chiovenda defende que diversos fatores concorreram à sua formação, destacando a renovação dos estudos de direito público, por causas de ordem cultural, política e histórica, ou ainda porque os pesquisadores começaram a considerar o direito processual civil como um campo e uma função da atividade estatal¹¹.

A obra de Wach é considerada um marco na definição do conceito do direito de ação, pois ao se insurgir contra a teoria civilista, Wach discorreu que direito de ação tem existência própria com natureza pública, não podendo ser confundido com o direito material¹². Ovídio Baptista estabelece que o conceito de ação se diferencia do conceito de direito subjetivo processual, pelo fato de a ordem jurídica reconhecer a alguém o poder de tornar efetivo o direito através do exercício da “ação” processual¹³.

Entende-se por ação o poder do jurisdicionado de acionar o Estado, ente possuidor de jurisdição, para que lhe entregue o bem da vida, sem que tal bem tenha, necessariamente, relação com o direito material, podendo-se limitar à declaração do direito. Deste modo, a evolução aliada a superação da dependência entre o direito material e o direito processual civil permitiram compreender que o processo não podia

7 Além da teoria civilista, importante mencionar a existência de outras correntes, como indica João Batista Lopes: 1. teoria civilista; 2. Teoria da ação como direito concreto; 3. teoria da ação como direito potestativo; 4. teoria da ação como direito abstrato; 5. teorias ecléticas. LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 17.

8 ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria do processo e processo de conhecimento. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2017. p. 143.

9 Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.

10 LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Florianópolis: Elsevier, 2012. p. 90.

11 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 38.

12 LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 19.

13 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 63.

mais ser confundido com o simples exercício do direito privado.

Demonstrado como o conceito de ação chegou ao seu significado atual, cumpre, neste item discorrer sobre a possibilidade, em decorrência de sua autonomia, cumular-se ações e pedidos, em um mesmo processo.

Em sua literalidade, o artigo 327 do CPC/2015 derrui quaisquer dúvidas quanto à desnecessidade de conexão entre os pedidos para ser viável sua cumulação, bastando, para tal, que figure no polo passivo o mesmo réu. Assim, em mais uma passagem, o CPC/2015 reconhece a autonomia entre o direito de ação e o direito material.

Ao comentar o artigo 327 do CPC/2015¹⁴, que trata da cumulação de pedidos, Humberto Theodoro Júnior ressalta que o significado da cumulação de ações, na verdade, representa a soma de várias pretensões a serem satisfeitas em um só processo, de modo que cada pedido distinto represente uma lide a ser decidida pelo órgão jurisdicional¹⁴.

José Carlos Barbosa Moreira, por sua vez, é didático ao diferenciar a cumulação de pedidos simples e sucessiva, hipótese em que o autor formula contra o réu mais de um pedido visando ao acolhimento conjunto de todos eles. A cumulação simples é quando o acolhimento de um pedido não depende do acolhimento ou da rejeição do outro, por outro lado, cumulação sucessiva se dá nos casos em que o acolhimento de um pedido depende do acolhimento de outro¹⁵.

Assim, no processo civil brasileiro, a cumulação de pedido ocorre de três formas distintas: cumulação simples, quando os pedidos só têm em comum as partes, pois diversos em seu conteúdo e extensão, mas reunidos por possuírem os mesmos sujeitos ativo e passivo; sucessivo, que pressupõe a existência de um pedido secundário, que só poderá ser apreciado na hipótese de acolhimento do primeiro; e, por fim, alternativo, que faculta ao magistrado a possibilidade de conhecer de um pedido secundário, no caso de improcedência do primeiro¹⁶.

Percebe-se, nesta primeira etapa do presente ensaio, que a cumulação de ações (ou de pedidos) chegou, após as reformas processuais, com força no direito brasileiro, o que permite ao requerente em apenas um processo, em apenas uma provocação jurisdicional, pleitear o julgamento de mais de uma lide, ainda que não possuam relação direta entre si. Tal permissivo demonstra, mais uma vez, a evolução que a separação entre o direito processual e o direito material, pós rompimento com a teoria imanentista, trouxe à sistemática processual civil.

14 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil**: processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 782 .

15 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14.

16 DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 113.

3. O ARTIGO 356 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O primeiro tópicos deste artigo demonstrou como a possibilidade de cumulação de pedidos e de ações fez com que o julgador, em apenas uma decisão, resolvesse mais de uma pretensão. Houve o reconhecimento de que em uma mesma sentença era possível julgar mais de uma pretensão; ou seja, cada pretensão julgada referia-se a um capítulo da sentença final.

Aqui é necessário fazer menção à parcela da doutrina que já defendida¹⁷ a possibilidade de se fracionar o mérito, mesmo que a posição da jurisprudência era uníssona: por não haver previsão legal, não era possível quebrar a unidade da sentença. Salvo exceções que, inclusive, ajudaram a atualizar o sistema processual civil, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, as quais também serão abordadas neste capítulo.

O revogado diploma processual – Código de Processo Civil de 1973 – teve a oportunidade de quebrar o mito da unicidade da sentença e permitir seu fracionamento, mas sua redação original nada dispôs sobre o permissivo de julgamento parcial. Antes do aparecimento da tutela antecipatória (art. 273 do Código de Processo Civil com as alterações da Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994), o sistema processual permitia de nenhuma maneira o fracionamento da decisão judicial, pois sempre predominou em nosso ordenamento jurídico o princípio chiovendiano “*dela unità e unicITÀ della decisione*”, não autorizando ao magistrado antecipar o julgamento daquele pedido que se encontrava maduro para apreciação¹⁸

A possibilidade de se fracionar o mérito era realizada pelos magistrados em algumas situações, ainda que de maneira paulatinamente, e influenciaram o legislador no novo diploma processual. A alteração do artigo 273 do CPC/1973 trouxe, com a introdução da tutela antecipatória, um passo na busca pelo processo civil efetivo e célere, com o fim de entregar uma decisão de mérito em um prazo justo e razoável. O fato é que longos debates ocorreram sob a égide do CPC/1973, principalmente sobre a possibilidade do julgamento fracionado do mérito, nos casos em que um dos pedidos, ou parcela dos pedidos, antes da sentença final, poderiam ser apreciados de forma independente¹⁹.

Após ampla discussão sobre a possibilidade de se resolver parcialmente o mérito do processo por meio de uma decisão não terminativa de todo o procedimento, finalmente o legislador pátrio, com auxílio de uma extensa comissão de juristas, consignou

17 Luiz Guilherme Marinoni, defendendo esta posição, afirma que a técnica do julgamento antecipado já deveria ocorrer, inclusive, no âmbito da tutela antecipada sobre parcela incontroversa do pedido, buscando sempre a celeridade e a economia processual, *in* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 99. Ainda no mesmo sentido também é como se manifestam Heitor Vitor Mendonça Sica (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**, São Paulo, Atlas, 2006. p. 194), Cássio Scarpinella Bueno (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**, São Paulo, Saraiva, 2004. p. 49) e Marcelo José Magalhães Bonício (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Capítulos de sentença e efeito dos recursos**, São Paulo: RCS, 2006. p. 148).

18 DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 117.

19 MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. *In* da SILVA, Ricardo Alexandre. **Julgamento antecipado parcial do mérito**, p. 185.

no ordenamento jurídico o julgamento antecipado parcial de mérito.

O permissivo está inserido no artigo 356 do CPC/2015 e possui a seguinte redação:

Do Julgamento Antecipado Parcial do Mérito

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I – mostrar-se incontroverso;

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1o A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2o A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3o Na hipótese do § 2o, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4o A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5o A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

A inserção do permissivo de fracionamento do mérito é decorrência de toda a evolução constitucional e de uma sistematização do processo e do procedimento, buscando uma visão macro do sistema, fato que vem ocorrendo desde o início do século passado, começando pela cumulação das ações e, agora, com o CPC/2015, “descumulando-as” por meio de sentenças parciais de mérito²⁰.

Após a mudança do diploma processual, alterou-se também o conceito de decisão interlocutória, conforme abordado acima. Sob esta mudança, Freddie Didier Júnior, que integrou a Comissão de Juristas do CPC/2015, defende que a decisão interlocutória seria mais bem-conceituada caso fosse claro que sua característica era de pronunciamento judicial com conteúdo decisório que não põe fim ao procedimento comum, em primeira instância. Importante ainda ressaltar que da mesma maneira que a sentença, para a definição de decisão interlocutória, pouca importa o seu conteúdo, mas sim o fato de não extinguir uma das fases do procedimento comum²¹.

A hipótese elencada no inciso I do artigo 356²² dispõe que o juiz poderá julgar antecipadamente o mérito do processo quando um dos pedidos, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. Entende Daniel Amorim de Assumpção Neves que “mostrar-se incontroverso” deve ser considerado como o reconhecimento jurídico parcial do pedido, não se tratando de incontrovérsia de fatos, mas sim de pedidos, que ocorrerá mediante

20 SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**, São Paulo, Atlas, 2006. p. 194 .

21 DIDIER JUNIOR, Freddie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 306

22 Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I – mostrar-se incontroverso;

autocomposição, devendo que o julgamento se dê por sentença homologatória²³.

Teresa Arruda Alvim Wambier, explica que quando não houver mais a necessidade de produção de provas, além das documentais já carreadas aos autos, ou quando parte de um pedido estiver pronto para julgamento, deverá ocorrer o julgamento antecipado parcial do mérito²⁴.

De outro vértice, a segunda possibilidade de se julgar parcialmente o mérito encontra-se no inciso II do artigo 356 do CPC/2015²¹³, segundo o qual a sentença fracionada será prolatada quando a causa estiver madura para julgamento, nos termos do artigo 355 do CPC/2015²¹⁴, que contempla hipóteses de julgando antecipado de mérito, não parcial.

Para entender o inciso II, faz-se necessário conceituar o que são as condições de imediato julgamento, insculpidas no artigo 355 do CPC/2015. As condições de imediato julgamento são: (i) a desnecessidade de produção de provas; (ii) a revelia do réu; (iii) ocorrer o previsto no artigo 344; (iv) não houver requerimento de prova. Assim, para que ocorra o julgamento antecipado parcial do mérito, algumas das situações listadas devem ocorrer.

Daniel Amorim de Assumpção Neves entende que o inciso II é de fácil compreensão porque, para o autor, julga-se antecipadamente sempre que não houver mais necessidade de produção de provas, seja porque dispensável, seja porque já produzida²⁵.

Além disso, quando houver revelia, com remissão ao artigo 355 do CPC/2015, e sem requerimento de produção de provas pelo réu, estará autorizado o julgamento antecipado do processo. Havendo cumulação de ações, o julgamento será parcial.

De todo modo, os requisitos do inciso II, que autoriza o julgamento parcial do mérito, são os mesmos que permitem o julgamento antecipado, contudo, por não existirem ações cumuladas, no caso do artigo 355, o julgamento será integral, enquanto no caso do inciso II será parcial. Assim, o inciso II é composto pelo cenário em que se aplica à revelia ao réu e ainda não são se faz necessária produção de demais provas²⁶.

Desta feita, o permissivo do artigo 356 do CPC/2015 traz uma nova fase na sistemática processual civil brasileira, porque além de quebrar o dogma da unicidade da sentença, que não trazia nenhuma efetividade aos litigantes, permite que os bens da vida sejam, pouco a pouco, entregues aos jurisdicionados, sem que seja necessário aguardar o término de todas as ações cumuladas.

23 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 881.

24 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JUNIOR, Fredie; et al. (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 962.

25 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 883.

26 RODRIGUES, Viviane Siqueira; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; YARSHELL, Flávio Luiz. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Artigos 334/368, v. 5. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (Coordenação: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel). Coleção comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 263.

A possibilidade de se fracionar o mérito do processo, com base em diversas sentenças parciais, além de superar o dogma da sentença uma, também permite um julgamento mais célere e, mais importante, mais efetivo. Não se deve confundir celeridade e efetividade com pressa e decisões precárias. O que o artigo 356 do CPC/2015 pretendeu instituir em nosso ordenamento jurídico foi a primeira alternativa, não a segunda alternativa.

4. A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO PREVISTA NO ARTIGO 356

Um dos pontos de impacto inserido nas questões polêmicas e práticas que decorrem do julgamento antecipado parcial do mérito, é o dever de fundamentação da decisão, bem como a necessidade de existência dos seus elementos essenciais da sentença, relacionadas, ao fim e ao cabo, com a natureza jurídica da decisão (ou sentença) parcial de mérito.

Um dos pilares do CPC/2015 é a fundamentação das decisões judiciais, não apenas para a parte que se sagrou vencedora, mas também para aquela que sucumbiu. Nesse norte, o CPC/2015 trouxe em seu artigo 11²⁷ a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões, em qualquer grau de jurisdição.

No mesmo sentido é o mandamento do § 1º do artigo 489 do CPC/2015, que não considera fundamentada qualquer decisão judicial que: (i) se limitar à indicação ou reprodução de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados; (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes; (v) se limitar a invocar precedentes ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos; (vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente sem demonstrar a distinção com o caso em julgamento.

O fato é que o CPC/2015 tenta justificar e dar satisfação aos jurisdicionados do teor e dos motivos pelos quais se optou por decidir desta, ou daquela maneira. Portanto, uma fundamentação deficitária, ou ainda ausente, implica em invalidade da decisão proferida, na medida em que não é capaz de justificar racionalmente a decisão²⁸.

Entretanto, em relação às sentenças não apenas a fundamentação é um de seus elementos essenciais, mas também o relatório e o dispositivo, conforme dicção do artigo 489 do CPC/2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento

27 Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

28 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 312.

do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

O legislador deixou claro que o relatório, os fundamentos e o dispositivo, são elementos essenciais da sentença, e não necessariamente das demais decisões interlocutórias. Pela letra da lei, chega-se à conclusão de que nas sentenças são obrigatórios os elementos constantes nos incisos I, II e III do artigo 489 do CPC/2015. Isso porque, quando o legislador quis se referir às decisões de modo geral, valeu-se do termo genérico (artigo 356), e quando tratou apenas das sentenças, utilizou o brocardo específico.

Humberto Theodoro Júnior estabelece que para que a sentença de mérito seja eficaz, necessita de uma série de condições intrínsecas e formais como o relatório, os fundamentos e o dispositivo²⁹.

Relatório, é a introdução da sentença, em que se faz o histórico de toda a relação fático-processual, contendo o nome das partes, os pedidos, a identificação do caso. É o histórico do que relevante aconteceu no processo³⁰. Por outro lado, a fundamentação é a motivação do juiz em decidir. O magistrado estabelece as premissas da decisão, consoante as normas de direito aplicáveis ao caso concreto de acordo com seu entendimento³¹. Por fim, o dispositivo é a subsunção do relatório com a fundamentação, quando especifica o vencido e o vencedor. Importante que se diga, que a sentença sem dispositivo é inexistente, e não nula³².

De qualquer sorte, o julgamento antecipado parcial do mérito, em que pese a doutrina majoritária defender estar-se diante de uma decisão interlocutória, possui a natureza jurídica de sentença, razão pela qual também deve conter os elementos essenciais, sob pena de nulidade.

É fato que a sentença desprovida de relatório é nula, mas não a decisão interlocutória. Assim, caso a decisão proferida no artigo 356 não contenha relatório, poderá a parte se insurgir quanto à sua nulidade? Por outro lado, deverá o juiz aplicar analogicamente o artigo 489 do CPC/2015 apenas no caso das decisões interlocutórias previstas no artigo 356 do CPC/2015, ainda que o Código nada tenha versado sobre o tema?³³

29 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil**: processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1.042.

30 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t.5 p. 66.

31 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 320.

32 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 345 .

33 BOBSIN DE MORAES, Arthur. **Julgamento antecipado parcial do mérito**: a aplicação do artigo 356 do CPC/2015 na prática forense. Florianópolis. Emais, 2020, p. 103.

O CPC/2015 ao dispor sobre julgamento antecipado parcial do mérito, valeu-se do termo genérico de “decisão”, abrindo margem para o entendimento de que “decisão” se refere a decisão interlocutória, portanto, sem a necessidade de seguir as regras do artigo 489, ou ainda se refere a sentença, que deverá, sob pena de nulidade, apresentar todos os seus elementos essenciais.

Um exemplo torna a situação mais clara: em uma decisão que adotou a possibilidade de se julgar antecipadamente o mérito de maneira parcial, proferida pela Juíza Claudia Ribas Marinho, em processo que tramitava na Vara Cível da Comarca de Brusque/SC que julgou antecipada e parcialmente o mérito do processo³⁴, nos seguintes termos:

Contudo, considerando que com a vigência do Novo Código de Processo Civil, instituiu-se o novo instituto do julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 e seguintes), possibilitando julgar-se parcialmente um pedido ou mais pedidos, quando estes encontram-se prontos para prolação da decisão de mérito, sem prejuízo dos demais, verifica-se que está é a hipótese dos autos.

[...]

Ante o exposto, forte no art. 356, II c/c art. 487, I, do NCPC, JULGO PROCEDENTES os pedidos da parte autora, relativos a condenação do réu ao pagamento da comissão de corretagem relacionada a manutenção dos contratos determinada nas ações 011.06.008166-0 e 011.06.008538-9.

No caso supracitado, a magistrada conferiu à decisão todos os elementos essenciais previstos no artigo 489 do CPC/2015, tal qual uma sentença. Assim, imagina-se que apenas com a prática cotidiana será possível verificar como os juízes irão aplicar a fundamentação das decisões que julgam parcialmente e de maneira antecipada o mérito do processo.

José Garcia Medina corrobora da mesma posição, ao defender que o legislador pecou em apenas reproduzir o dispositivo do artigo 458 do CPC/1973, sem observar a mudança nos demais institutos processuais. Entretanto, isso não pode ser obstáculo para uma decisão não fundamentada; a leitura que deve ser feita é que o artigo 489 do CPC/2015 não pode ser restritivo às sentenças, mas sim se estender a todas as decisões³⁵.

Desse modo, entende-se prudente que, com vistas a evitar qualquer alegação de nulidade posterior, os magistrados apliquem todas as regras processuais relativas à sentença na decisão prevista no artigo 356 do CPC/2015, considerando que ainda permanece uma penumbra sobre as nuances do instituto.

Diante disso, forçoso concluir que o fato de ser considerada por muitos como decisão interlocutória, ainda que de mérito, não afasta o dever do magistrado de fundamentar a decisão e, mais importante – visto que a ausência importará em

34 Autos nº. 0011739-79.2009.8.24.0011, j. em 30.03.2016, Vara Cível – Brusque/SC .

35 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 471.

nulidade e inexistência de sentença – aplicar os requisitos essenciais da sentença previstos no artigo 489 do CPC/2015, na medida que pouco importa se o procedimento findou-se, ou não, pois a parte tem o direito de saber porque sucumbiu e porque sagrou-se vencedora.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou demonstrar a sistemática do julgamento antecipado parcial do mérito no âmbito do Código de Processo Civil de 2015 e suas implicações no cotidiano da prática forense, por meio da análise da necessidade de fundamentação das decisões interlocutórias de mérito.

Estabeleceram-se como premissas básicas para entender como o legislador concebeu o novo instituto o viés histórico, estabelecendo cronologia sobre a evolução da sistemática processual civil, principalmente nos seguintes pontos: (i) separação do direito civil e do direito processual civil; (ii) cumulação das ações (pedidos); (iii) capítulos da sentença de mérito.

Definiu-se que o processo não podia mais ser confundido com o simples exercício do direito privado, traçando-se assim o conceito de ação como a prerrogativa do jurisdicionado de acionar o Poder Judiciário para resolver o litígio.

A simplificação dos atos processuais, por meio da racionalização do processo civil, é uma das saídas para tornar possível e dar cumprimento ao direito fundamental da efetividade e celeridade disposto em nossa Constituição Federal.

Tratou-se de deixar claro que o direito é um sistema só e, por conta disso, a análise dos seus institutos não pode ser realizada de maneira separada, mas sim ampliada e em uma análise sistêmica. Com isso, tentou-se provar que o encerramento do processo de conhecimento em relação àquele capítulo ocorrerá, portanto, se encaixando na definição de sentença do artigo 203 do CPC/2015.

É por conta de tal fato que se reconhece o acerto do legislador do Código de Processo Civil de 2015 em quebrar a tese da unicidade da sentença, forçando os Tribunais a atualizarem seu posicionamento quanto a sentença una e o julgamento por capítulo de sentença.

Entendeu-se que sobre a necessidade de se aplicarem os requisitos essenciais da sentença previstos no artigo 489 do CPC/2015, na medida em que o dispositivo é claro ao utilizar a expressão sentença, e não decisão. Entretanto, defendeu-se que pouco importa se o procedimento se findou, ou não, pois a parte tem o direito de saber por que sucumbiu e porque sagrou-se vencedora, devendo o juiz aplicar todos os elementos essenciais em sua decisão. É preciso justificar, tanto para quem ganhou, como para quem perdeu.

Mostrou-se, ainda, que o julgamento antecipado parcial do mérito é destinado à concretização das garantias fundamentais constitucionais, como acesso à justiça e

duração razoável do processo, e por conta disso, sua aplicação deve ocorrer imediatamente para, ao menos em tese, desafogar ações cumuladas que já estavam aptas para julgamento, mas que por conta da unicidade, não poderiam ser fracionadas, trazendo ao jurisdicionado mais efetividade e um cumprimento da garantia constitucional de duração razoável do processo.

É fato que o julgamento antecipado parcial do mérito, um típico fracionamento da sentença, permitirá que o processo seja julgado em etapas, evitando que uma ação cumulada tenha que esperar toda a instrução probatória das demais ações.

Entretanto, faz-se a ressalva de que apenas com a utilização no dia a dia forense será possível observar como os Tribunais e os juízes se manifestarão, principalmente em razão das novidades criadas pelo instituto.

Talvez a grande conclusão deste ensaio é a demonstração de que o regime jurídico aplicado ao julgamento antecipado parcial do mérito deve, muitas vezes, ser entendido e interpretado tal qual aquele das normas próprias da natureza jurídica de sentença, inclusive a sistemática recursal deve ser norteadada pelos efeitos do recurso de apelação, em respeito ao princípio constitucional da igualdade.

A falta de segurança jurídica no entendimento do julgamento antecipado parcial do mérito poderá penalizar o jurisdicionado que, por meio de seu constituinte, optar por cumular suas pretensões, isso porque caso o entendimento não seja sistemático e igual, afastar-se-ão os pedidos cumulados e o número de ações crescerá no Poder Judiciário. O momento processual em que a decisão for proferida não pode penalizar aquele que cumula suas pretensões.

Desse modo, após a elaboração de todo o trabalho, é possível afirmar que, mesmo com as contradições existentes entre o julgamento antecipado parcial do mérito e algumas implicações práticas no dia a dia decorrentes da imprecisão do legislador, este instrumento possui todas as condições de garantir uma prestação jurisdicional que atenda os anseios dos jurisdicionados e dos operadores do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria do processo e processo de conhecimento. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2017.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JUNIOR, Fredie; et al. (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº. 45**: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOBSIN DE MORAES, Arthur. **Julgamento antecipado parcial do mérito**: a aplicação do artigo 356 do CPC/2015 na prática forense. Florianópolis. Emais, 2020

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Capítulos de sentença e efeito dos recursos**, São Paulo: RCS,

2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**, São Paulo, Saraiva, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Bookseller, 1998.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Florianópolis: Elsevier, 2012.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil: teoria do processo civil**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Impactos do novo CPC na advocacia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. In da SILVA, Ricardo Alexandre. **Julgamento antecipado parcial do mérito**.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t.5.

RODRIGUES, Viviane Siqueira; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; YARSHELL, Flávio Luiz. **Comentários ao Código de Processo Civil: Artigos 334/368, v. 5**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (Coordenação: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel.) Coleção comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**, São Paulo, Atlas, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

À ADI Nº 6357 E A EC Nº 106 SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO – UMA ANÁLISE DAS AUTORIZAÇÕES CONCEDIDAS PELO STF E PELO PARLAMENTO FEDERAL NA REALIZAÇÃO DE DESPESAS PÚBLICAS NO COMBATE À COVID-19 E OS REFLEXOS NAS CONTAS DE GOVERNO

Artur Leandro Veloso de Souza¹

Josevan Carmo da Cruz Junior²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. LRF e o mecanismo de *accountability* – princípio do equilíbrio financeiro. 3. Despesa Pública e os seus mecanismos de geração. 4. A ADI nº 6357 e a EC nº 106. 5. A flexibilização da realização da despesa pública e os seus efeitos nas Contas de Governo e de Gestão. 6. Da (des)necessidade de normas estaduais e municipais para regular a contabilização das despesas de combate a COVID – 19. 7. Da conclusão.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a repercussão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal – STF na ADI nº 6357 e das normas constantes da Emenda Constitucional – EC nº 106/2020, sob o viés do Direito Financeiro e Orçamentário. Em ambas, trouxe-se flexibilização nas regras atreladas à criação e à ampliação de despesas públicas, além de se estabelecer sistema específico de contabilização pública. Apresentando o cenário pré-pandemia e a atual conjuntura de fatos, procura-se avaliar os efeitos dessas medidas nas ações de gestão e nas Contas de Governo.

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2020 certamente terá um espaço especial na história da civilização contemporânea. A disseminação de uma síndrome respiratória, inicialmente denominada de 2019 – nCoV, que passou depois a ser conhecida como Coronavírus – COVID-19, marcará mudanças significativas nas relações sociais, econômicas e jurídicas. A doença, com origem atribuída ao mercado público de frutos do mar na cidade de Wuhan, na

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina e Professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil. Especialista em Advocacia Pública pela AVM Faculdade Integrada. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Responsável pelo Blog Artur Souza (@blogartursouza).

² Procurador do Estado de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

província de Hubei, República Popular da China, foi reconhecida pela Organização Mundial de Saúde – OMS como pandemia em 11.03.2020³.

No Brasil, conforme comunicado do Ministério da Saúde, o primeiro caso da doença remonta a 26.02.2020, sendo a primeira morte decorrente desse vírus reconhecida no dia 17.03.2020. Daí em diante, o que se tem acompanhado é o avanço progressivo na população brasileira, já passando o Brasil a figurar como terceiro país no mundo a ser atingido pela COVID-19, com mais de 4 milhões casos notificados⁴.

Esse cenário tem exigido da Administração Pública a adoção de medidas em diversos setores: sanitário, social, econômico e de saúde pública. Dados apontam que o combate e o enfrentamento da COVID-19 custarão 411,26 bilhões de reais aos cofres públicos, por meio da destinação de recursos públicos para aquisição de insumos e ampliação da rede hospitalar do SUS, concessão de benefícios assistenciais à população carente e àqueles que perderam seus empregos, auxílios financeiros aos Estados e Municípios, concessão de incentivo ao setor econômico, dentre outros⁵. Essas despesas demandam celeridade, sob pena de implicar na perda de ainda mais vidas.

Em outra mão, o dispêndio desses recursos implicará no aumento do déficit primário brasileiro. A Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO de 2020 previa um resultado deficitário na ordem de 124,1 bilhões de reais nas contas do governo federal, o equivalente a 1,6% do Produto Interno Bruto – PIB⁶. No entanto, atualmente, dados apontam que esse deve chegar a 5,5% do PIB de 2019, ou seja, na ordem de R\$ 7,3 trilhões⁷.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal – STF foi chamado a analisar o pedido de interpretação conforme dos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF formulado pelo Presidente da República – PR. No bojo da ADI nº 6357, sob a relatoria do Min. Alexandre de Moraes, submeteu-se a análise da viabilidade jurídica de se afastar a exigência de demonstração dos estudos e medidas orçamentárias necessárias à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação da Covid-19.

Ainda, nessa linha, o Congresso Nacional – CN aprovou e publicou a Emenda Constitucional – EC nº 106/2020. A norma, integrando o que se denomina de

3 AGÊNCIA BRASIL. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

4 GLOOGLE. COM. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=quantidade+de+casos+de+covid+no+brasil&rlz=1C1GCEA_enBR916BR916&oq=quantidade+de+casos+de+covid+no+brasil&qs=chrome..69157j0l4.5799j1j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 12 set. 2020.

5 VEJA. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/monitor-de-veja-mostra-para-onde-vai-o-dinheiro-para-combate-a-covid-19/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

6 Dados extraídos da Lei Federal n.º 12.898/2019. BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13898.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

7 CORREIO BRAZILIENSE. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/03/30/internas_economia,841141/para-conter-efeitos-da-covid-19-divida-publica-deve-chegar-a-85-do-p.shtml>. Acesso em: 12 set. 2020.

“emenda avulsa”, entre outras coisas, trouxe a dispensa do cumprimento de certas regras legais às proposições legislativas e atos do Poder Executivo relacionados à criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita. Ainda, estabeleceu que esses gastos deverão “ser separadamente avaliados na prestação de contas do Presidente da República”.

Esses dois instrumentos jurídicos – a decisão do STF e a EC – trazem profundas implicações na realização de despesa pública, bem como impactos na prestação de contas do Chefe do Poder Executivo. É nesse cenário que se pretende analisar as repercussões dessas no Direito Financeiro e Orçamentário. Passando pela autorização legislativa da realização de despesas públicas sem os rigorosos critérios previstos nos artigos 14, 16 e 17 da LRF, avalia-se, neste trabalho, o respectivo impacto nas Contas de Governo, especialmente no déficit financeiro e na avaliação da gestão do Chefe do Poder Executivo pelo sistema de Controle Externo.

2. LRF E O MECANISMO DE ACCOUNTABILITY – PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO

A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – Lei Complementar nº 101/2000 – surgiu com a missão de cumprir o Artigo 163, inciso I, da CF (Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I – finanças públicas). A norma, dentre outras finalidades, busca reforçar o processo de *accountability* no Brasil e promover o controle das finanças públicas, mediante a construção de um sistema de planejamento, execução orçamentária e disciplina fiscal, conforme lições de Greggianin e Oliveira⁸.

Dados apurados pela Prof. Cristiane Leite⁹ apontam que, após a promulgação da LRF, diversos prefeitos manifestaram-se contra a sua entrada em vigor imediata. Reivindicaram, inclusive, junto a Associação Brasileira de Secretários e Dirigentes das Finanças dos Municípios (ABRASF) para que a lei entrasse em vigor apenas um ano após a sua promulgação.

O Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM indica que, em 2000, a situação financeira das prefeituras era péssima; 55,53% das 5.507 prefeituras municipais existentes estavam deficitárias. Em termos de déficit nominal, 73% das prefeituras com população entre 500 mil e 5 milhões de habitantes estavam deficitárias¹⁰.

É nesse cenário que nasce a LRF. No entendimento de Vignoli (2002) trata-se de uma das mais rigorosas legislações a respeito desse tema. Estudo comparativo realizado

8 GREGGIANIN, Eugênio; OLIVEIRA, Weder. **A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Emenda Constitucional nº 25**. Cidade: São Paulo. editora Mimeo, 2000.

9 LEITE, Cristiane Kerches da Silva. **O Processo de Ordenamento Fiscal no Brasil na década de 1990 e a Lei de responsabilidade Fiscal**. 2005. 25. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 280.

10 LEITE, Cristiane Kerches da Silva. **O Processo de Ordenamento Fiscal no Brasil na década de 1990 e a Lei de responsabilidade Fiscal**. 2005. 25. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

por Oliva (2001) com outros sete países conclui que a legislação Brasileira é aquela que prevê o estabelecimento de regras fiscais mais austeras.

A LRF, que segue com seu texto original com pouquíssimas alterações, conta com 10 (dez) capítulos e 75 (setenta e cinco) Artigos sendo estruturada em 6 (seis) eixos distintos: (i) planejamento, (ii) receita, (iii) despesa, (iv) dívida e o endividamento, (v) gestão patrimonial e (vi) transparência, controle e fiscalização. Ao que toca a presente exposição, ao abordar a despesa pública, a norma disciplina o mecanismo para sua geração, controle, bem como regras atinentes às despesas com pessoal e com seguridade social.

A sistemática de geração de despesa pública será abordada no tópico seguinte. No entanto, fica claro que essas regras de controle, fiscalização e gestão trouxeram ao ordenamento brasileiro o sistema de *accountability* público. A LRF trouxe regramentos rígidos na gestão de receitas, despesas, endividamento e transparência das contas públicas, impondo a responsabilização pelo não cumprimento.

Accountability, expressão de origem anglo-saxônica, está diretamente ligado ao dever de prestar contas e à responsabilização do gestor. Loureiro & Abrúcio (2002:59) discorre que a *accountability* é um processo institucionalizado de controle político estendido no tempo (eleição e mandato) e no qual devem participar, de um modo ou de outro, os cidadãos organizados politicamente. Seja na sua versão horizontal ou vertical¹¹, o dever geral de *accountability* tem previsão legal dentro do Artigo 1, §1º, da LRF¹².

Nesse mesmo contexto, encontra-se, inclusive, o princípio do equilíbrio orçamentário. O Prof. Harrison Leite leciona que por este princípio é dever de toda Administração “elaborar um orçamento equilibrado, ainda que haja necessidade de se contrair empréstimos, desde que acompanhado da concomitante capacidade de pagamento. Por esse princípio busca-se assegurar que as despesas autorizadas na lei orçamentária não sejam superiores à previsão de receitas”¹³.

Esse dever geral de equilíbrio visa coibir a perpetuação de déficits financeiros, evitando o esgotamento de recursos por parte do Estado e a recessão econômica. E quais seriam os mecanismos legais diretamente atrelados a geração de despesa pública? Quais as ferramentas previstas no ordenamento brasileiro para criação e expansão da utilização de recursos públicos? É o que se demonstra no tópico seguinte.

11 A concepção de O'Donnell (1998) estabelece que são duas as dimensões da *accountability*, a vertical e a horizontal. As ações realizadas individualmente e/ou coletivamente, com referência aos que, eleitos ou não, exercem posições em instituições do Estado, fazem parte da *accountability* vertical, ao passo que as agências estatais possuidoras de direito, poder legal, disposição e capacidade para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina e sanções legais ou até o *impeachment* contra ações ou omissões de outros agentes ou agências do estado que possam ser qualificadas como delituosas, fazem parte da *accountability* horizontal.

12 Art. 1º. §1º. A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receita e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

13 LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 105.

3. DESPESA PÚBLICA E OS SEUS MECANISMOS DE GERAÇÃO

A despesa pública, entendida como “o conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos”¹⁴, detém capítulo específico na LRF. A lei traz evidente preocupação com o equilíbrio orçamentário na medida que dispõe rígida disciplina na criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental.

De início, por disposição constitucional e legal, toda e qualquer despesa pública pressupõe a autorização do Poder Legislativo, seja por meio da previsão no orçamento (LOA), seja através da abertura de créditos adicionais. A despesa classificada como ordinária e continuada tem uma série de regras para sua implantação nos Artigos 16 e 17.

Importante perceber que o legislador, visando englobar todas as hipóteses de realização da despesa, trouxe 3 (três) diferentes vocábulos: (i) criação, (ii) expansão e (iii) aperfeiçoamento de ação governamental. A “ação governamental” é o conjunto de condutas resultantes das atividades do Poder Público com vistas à realização das atividades públicas. Já a “criação” está atrelada a um novo programa ou uma nova atividade não contemplada nos orçamentos anteriores.

De outro lado, tanto a expansão quanto o aperfeiçoamento pressupõem a existência prévia de ação. Na expansão, tem-se o aumento do programa; no aperfeiçoamento, o número de beneficiários continua o mesmo, mas há uma melhora em relação à prestação dos serviços.

O Art. 16 da LRF fixa um fluxo de ações que devem ser adotadas pela administração antes do implemento da despesa pública. Dentre elas, ressalta-se o estudo de impacto orçamentário-financeiro por pelo menos dois exercícios subsequentes. O objetivo da LRF foi o de garantir que a despesa majorada não afetasse o orçamento de forma danosa, inviabilizando a realização de outras necessidades públicas. Nessa linha, o magistério do Prof. Jr Caldas Furtado discorre que a “LRF, da mesma forma que busca conter as perdas de receita, pretende soffrear a geração descompensada de despesa, muitas vezes resultante de decisões político-administrativas inconsequentes, que são igualmente danosas ao equilíbrio orçamentário”¹⁵.

O legislador vai estabelecer que a criação de despesas fica condicionada, a um só tempo, a (i) estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício que devam entrar em vigor e nos dois subsequentes, (ii) declaração do ordenador de despesas de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. As despesas públicas que forem geradas em desacordo com isto podem implicar, inclusive, na configuração de tipo penal e crime de improbidade administrativa ao Gestor¹⁶.

14 BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 65.

15 FURTADO, Jr. Caldas. **Direito Financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 449.

16 Código Penal. Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Lei nº 8.429/92. Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos

No que toca às denominadas despesas de caráter continuado, o legislador dispôs regra distinta para a sua implementação ao longo do Artigo 17. Além de impor as mesmas obrigações prescritas no Artigo 16, determinou a necessidade de demonstrar a origem dos recursos para o seu custeio.

A LRF ainda exige, portanto, que o ato que crie, aumente ou prorogue a despesa (i) demonstre a não afetação as metas de resultados fiscais previstas na LDO e (ii) estabeleça medidas de compensação financeira à despesa, seja pelo aumento permanente de receita, seja pela redução permanente de despesa.

Quanto às medidas de compensação, o que se vê é uma obrigação mais diretamente relacionada com o equilíbrio orçamentário. O legislador criou uma forma de compensação desse gasto: ou, de um lado, aumenta-se a receita, ou, de outro, reduz-se a despesa.

As medidas de compensação do art. 17 não consistem numa possibilidade para o ordenador da despesa, mas, sim, de uma exigência: ao lado da demonstração de não afetação das metas de resultados fiscais, as medidas de compensação deverão ser criadas. Importante pontuar que o Prof. Carlos Maurício Figueiredo discorda dessa posição entendendo que não é “a compensação condição inarredável para criação ou aumento das despesas continuadas. Entendemos que a LRF exige compensação somente se as despesas criadas ou aumentadas levarem ao descumprimento das metas fiscais”¹⁷.

4. A ADI Nº 6357 E A EC Nº 106

O cenário de limitações e controle na geração de despesas foi obtemperado no presente. Ante os efeitos deletérios da pandemia na economia pública, o Parlamento Brasileiro e o Supremo Tribunal Federal criaram regras de flexibilização para a geração de despesas públicas.

Nesse viés é fundamental analisar o quanto julgado na ADI nº 6357 e as regras encartadas na Emenda Constitucional nº 106.

O Presidente Jair Messias Bolsonaro provocou o STF a conferir interpretação conforme a Constituição quanto aos Arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), e ao art. 114, caput, in fine, e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020). Arguiu que a incidência pura e simples desses dispositivos, sem considerar a excepcionalidade do atual estado de pandemia de Covid-19, violaria princípios inerentes à pessoa humana, tais quais a dignidade da pessoa humana, a garantia do direito à saúde, os valores sociais do trabalho e a garantia da ordem econômica.

O pedido cautelar tinha como objetivo afastar as exigências fiscais dos dispositivos da LRF para a implementação de programas públicos destinados ao enfrentamento da calamidade gerada pela disseminação da Covid-19.

bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente. IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.

17 FIGUEIREDO, Carlos Maurício et al. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 116.

Em 29.03.2020, o Ministro Relator Alexandre de Moraes concedeu a medida cautelar, posteriormente referendada pelo Plenário, dando interpretação conforme à Constituição aos Artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e ao Artigo 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO 2020, para, durante o estado de calamidade pública decorrente de Covid-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19.

Na mesma esteira seguiu a redação da Emenda à Constituição nº 106/2020. A denominada PEC do “Orçamento de Guerra”, publicada e em vigor desde o dia 08.05.2020, instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente da pandemia, possuindo vigência temporária, conforme redação do Artigo 11¹⁸.

Ao que toca a presente abordagem, chama-se atenção ao estabelecimento da dispensa das limitações legais ao aumento de despesa e renúncia de receitas referentes às proposições legislativas e aos atos do Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade. A redação do Artigo 3º, portanto, dispensa que a Administração Pública, em todos os seus níveis – federal, estadual, distrital e municipal – tenha de cumprir com os requisitos e condições fixados nos Artigos 16 e 17 da LRF durante o período de calamidade pública.

Outorgou-se, portanto, por uma via transversa a geração de passivo financeiro aos Entes. Nessa linha, inclusive, a redação do Artigo 5º disciplinou que todo esse conjunto de ações destinadas a combater a pandemia deverão ser “separadamente avaliadas na prestação de contas do Presidente da República”. O tema será abordado no capítulo seguinte.

5. A FLEXIBILIZAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA DESPESA PÚBLICA E OS SEUS EFEITOS NAS CONTAS DE GOVERNO E DE GESTÃO

Como se vê, a Emenda Constitucional n. 106, de 2020 afastou as limitações legais para o aumento de despesas que estejam relacionadas ao enfrentamento da calamidade pública nacional e de seus efeitos sociais e econômicos.

Tem-se assim que a Emenda Constitucional n. 106, 2020, promoveu a flexibilização do tratamento legal dispensado à criação, à expansão e ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete o aumento de despesa. Em suma, a estimativa do impacto orçamentário-financeiro trienal e a demonstração da adequação com a LOA e da compatibilidade com o PPA e a LDO, exigidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, estão desobrigadas em relação às despesas submetidas a esse regime extraordinário.

¹⁸ Art. 11. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação e ficará automaticamente revogada na data do encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional.

Desde já é imperioso pontuar que a realização desses estudos financeiros prescritos pelo legislador pátrio tem pouca eficácia na vida prática. Longe se está aqui a tecer crítica ao cuidado que a LRF teve com a gestão do orçamento público. No entanto, a prática pública passa longe de trazer estudos, cálculos e metodologias fidedignas tanto da acomodação das despesas no orçamento vigente e nos subsequentes quanto numa correlação exata entre a despesa e sua respectiva medida de compensação.

Os Autores do presente trabalho, ao longo de suas não tão curtas jornadas profissionais, não se recordam de terem analisado processos de geração de despesa pública continuada com elementos claros e precisos tal como estabelecido no Artigo 17 da LRF.

Dito isto, tanto o julgamento da ADI nº 6357 quanto a EC nº 106/2020 retiraram a exigência da elaboração desses estudos e da apresentação das medidas de adequação orçamentário-financeira. A Emenda Constitucional foi além.

No plano federal, o impacto das normas constantes da Emenda Constitucional n. 106, de 2020, sobre a apreciação e julgamento das contas do Presidente da República é previsível. Ela própria disciplina o modo como as despesas atinentes ao enfrentamento da calamidade pública nacional e de seus efeitos sociais e econômicos devem ser tratadas na prestação de contas do Chefe do Executivo Federal.

Primeiramente, a Emenda Constitucional n. 106, de 2020, estabelece, no inciso I do art. 5º, que as autorizações de tais despesas devem ser separadamente avaliadas na prestação de contas do Presidente da República.

Ao lado disso, a Emenda Constitucional n. 106, de 2020, atribui ao Congresso Nacional a competência para “sustar, por decreto legislativo, qualquer decisão de órgão ou entidade do Poder Executivo relacionada às medidas [nela] autorizadas”, “em caso de irregularidade ou descumprimento dos [seus] limites” (art. 9º).

Trata-se de nova competência material, que se soma às que já estão dispostas no art. 49 da Constituição da República, com reflexo na função judicante que tem o Congresso Nacional em relação às contas do Presidente da República. Com efeito, ela concretiza certa corresponsabilidade entre o Executivo e o Legislativo à luz do sistema de freios e contrapesos em que se fundamenta a República Federativa do Brasil.

Como bem explicado por Fides Ommati, é, na disposição dos instrumentos de ação dos Poderes Executivo e Legislativo, em face de suas competências, que se revelam os freios de que eles dispõem para aplicação recíproca, “freios esses que sofrem contrafreios, no jogo do equilíbrio das forças”¹⁹.

No caso da Emenda Constitucional n. 106, de 2020, o freio e o contrapeso entre os dois Poderes extraem-se dos arts. 5º e 9º.

De um lado, o Legislativo tem, como freio, o poder de sustação que – independentemente de provocação – deve exercer contra o Executivo e suas decisões

19 SENADO. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181023>>. Acesso em: 07 set. 2020.

administrativas exorbitantes. O poder dado implica para o Legislativo o dever de fazê-lo e, irrenunciável que é, há de ser exercido sem abuso, nem mesmo omissivo.

De outro, o Executivo tem, como contrapeso, a garantia – fundamentada, inclusive, na boa-fé objetiva que norteia o ordenamento brasileiro – de não sofrer um julgamento negativo de suas contas por irregularidades que não foram objeto de sustação pelo Congresso Nacional durante a execução orçamentária.

Alguns importantes pontos surgem nesse momento.

De início, fica claro que as despesas relacionadas ao combate da Covid – 19 no âmbito das Contas de Governo deverão ser apreciadas pelo sistema de Controle Externo de maneira separada e diferenciada. O Poder Constituinte não explicitou quais as consequências devem se extrair daí. No entanto, desde já, parece que um eventual déficit financeiro não poderá implicar em reprovação das Contas de Governo. Aliás, seria ilógico retirar a obrigatoriedade de controle do gasto público e punir pela geração de passivo financeiro.

O segundo ponto que será analisado mais adiante é a extensão e abrangência da regra prevista no Artigo 5º, inciso I. O Poder Constituinte ao citar expressamente o Presidente da República, incluiu também os governadores e prefeitos. A conclusão também se extrai da ADI 6357. O tema será melhor abordado no tópico seguinte.

O terceiro ponto é avaliar se, além das contas de governo, a geração dessas despesas públicas também deve ter uma análise diferenciada nas contas de gestão. Importante recordar que “as Contas de Gestão inserem-se no momento em que os interessados são administradores e responsáveis pelos atos de gerência de recursos públicos. As análises gravitam em torno da legalidade do processamento das despesas, regularidade dos atos e contratos administrativos, economicidade e destinação dos gastos públicos. É exemplo, portanto, de Conta de Gestão aquela destinada a auferir a regularidade dos recursos envolvidos em termo de Convênio. As Contas de Governo, resumidamente, constituem-se no ato pelo qual o Chefe do Poder Executivo apresenta ao Controle externo dados orçamentários, financeiro e contábeis da sua Gestão naquele exercício financeiro específico”²⁰.

Não há por que criar distinção de tratamento na análise dessas despesas públicas, sob o prisma do controle da gestão fiscal, nas contas de gestão e nas contas de governo. A excepcionalidade do momento, aliada à autorização inserida pela Suprema Corte do País do Parlamento Nacional, deve atender tanto ao Chefe do Executivo quanto aos diversos ordenadores de despesa.

A necessidade de expansão vertiginosa de leitos públicos e a concessão de auxílios financeiros de todo o tipo não podem ser analisadas sob a mesma lente de exercícios anteriores.

20 SOUZA, Artur. *Contas de Governo e o Déficit Financeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

6. DA (DES)NECESSIDADE DE NORMAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS PARA REGULAR A CONTABILIZAÇÃO DAS DESPESAS DE COMBATE A COVID – 19

No tópico anterior, lançou-se uma questão: a previsão contida no Artigo 5º, inciso II, da EC nº 106/2020 aplica-se, diretamente, aos Estados, DF e Municípios? O Poder Constituinte, ao estabelecer a análise e contabilização separada dos atos nas contas de governo do Presidente da República, criou norma que alcança os Governadores e Prefeitos? Seria necessária a edição de atos normativos no âmbito de Estados e Municípios? Este tópico estará destinado a responder essas perguntas.

De início, oportuno recordar trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes quanto da confirmação em plenário da medida liminar na ADI nº 6.357 discorrendo que “ não será possível interpretar os artigos impugnados [na ADI] sem se observar para todos — União, estados e municípios — o artigo 3º da emenda constitucional”²¹. O Supremo, portanto, nos termos do voto vencedor, fixou que as regras previstas na PEC do “Orçamento de Guerra” devem produzir seus efeitos a todos os entes Federados.

Aliás, nessa mesma linha seguiu a nota da Associação Brasileira das Secretarias de Finanças da Capital – ABRASF²². Subscrita pelo Dr. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva, colega Procurador do Município do Rio de Janeiro, a nota posiciona-se que o STF “fixou uma interpretação ampliativa da EC 106 declarando o seu alcance para Municípios, Distrito Federal e Estados, de modo a estabelecer tal entendimento como premissa suficiente para reconhecer a perda de interesse processual do autor da ação, acolhendo o pedido de extinção da AGU”.

Dentro dessa dimensão, a regra de contabilização e análise separada prevista no Artigo 5º, inciso II, deve emergir efeitos aos sistemas de Controle Interno e Externo aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Todo o aparato de avaliação, análise, controle e julgamento dos atos de realização de despesa pública praticada por Governadores e Prefeitos deve estar submetida ao plexo de normas prescrito na EC nº 106/2020.

Nessa dimensão, a interpretação extensiva realizada pelo STF deve resguardar os Gestores Estaduais e Municipais. Repita-se o quanto dito anteriormente – não há razão lógica que limite apenas às contas de governo, a regra deve atingir também as contas de gestão.

Portanto, defende-se aqui a aparente desnecessidade da edição de ato normativo Estadual e Municipal que regulamente de maneira taxativa a necessidade de estabelecer a análise separada e isolada dos atos destinados ao combate à Covid-19. No entanto, algumas ponderações merecem ser feitas.

Primeiro, recordar que a ADI nº 6357 foi extinta por perda superveniente do seu objeto dada a edição da EC nº 106/2020. Isso é um ponto relevante, uma vez que não

21 STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>>. Acesso em: 13 set. 2020.

22 ABRASF. Disponível em: <<http://www.abrasf.org.br/index.php>>. Acesso em: 13 set. 2020.

houve trânsito em julgado da decisão do Supremo quanto à exegese de interpretação extensiva acima delimitada.

O segundo fator extrai-se de posição firmada pelo Prof. Lênio Streck quando discorre que vivemos “um momento de legalidade extraordinária”²³. Esse momento conturbado de análise, especialmente com um verdadeiro ativismo das Cortes de Contas, demanda uma certa cautela do Gestor.

O terceiro está diretamente ligado ao argumento acima – o momento heterogêneo vivenciado no Controle Externo. Em publicações anteriores²⁴, já se discorreu sobre a necessidade de releitura das atribuições e competências do TCE na atual quadra constitucional. O tema continua vivo e deveras atual.

Nessa dimensão não seria de cautela desmedida a edição de Decretos – Estaduais, Distritais e Municipais – que estabeleçam, taxativa e claramente, que os atos atrelados ao combate à COVID-19 devem ser contabilizados e analisados separadamente nas Contas de Governo e Contas de Gestão, tal como prescrito no Artigo 5º, inciso II, da EC nº 106/2020.

Essa é a posição que se defende e no Anexo Único traz-se proposta de Decreto.

7. DA CONCLUSÃO

As considerações estabelecidas buscaram analisar duas questões: as regras atreladas à geração de despesa pública estão afastadas nas ações de combate e enfrentamento da pandemia decorrente do Coronavírus – COVID-19? Os atos decorrentes do combate à pandemia devem ser analisados separada e isoladamente nas contas de governo e de gestão de Estados, Distrito Federal e Municípios?

Ao analisar a ADI nº 6.357 e a EC nº 106/2020 defende-se que:

- as regras previstas nos Artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF estão transitoriamente afastadas dos atos de geração de despesa pública atrelado às ações de combate e enfrentamento da pandemia decorrente do Coronavírus – COVID-19;
- análise, separada e atípica, dos atos de combate e enfrentamento da pandemia decorrente do Coronavírus – COVID-19 nas contas de governo e contas de gestão Estaduais, Distritais e Municipais.
- necessidade, *ad cautelam*, da edição de Decreto – Estadual, Distrital ou Municipal – que estabeleça, taxativa e claramente, que os atos atrelados ao combate à COVID-19 devem ser contabilizados e analisados separadamente nas Contas de Governo e Contas de Gestão, tal como prescrito no Artigo 5º, inciso II, da EC nº 106/2020.

23 CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/pragmatismo-stf-garante-municipios-orcamento-guerra>>. Acesso em: 13 set. 2020.

24 CONTEÚDO JURÍDICO. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47880/a-superacao-da-sumula-347-do-supremo-tribunal-federal.>>. Acesso em: 13 set. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- FIGUEIREDO, Carlos Maurício et al. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- FURTADO, Jr. Caldas. **Direito Financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GIACOMONI, James. **Orçamento público**. São Paulo: Atlas, 2007.
- HARADA, Kyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- HORVATH, L. **Lições de direito financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- LEITE, Cristiane Kerches da Silva. **O Processo de Ordenamento Fiscal no Brasil na década de 1990 e a Lei de responsabilidade Fiscal**. 2005. 25. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- LEITE, Harrison. **Manual de direito financeiro**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.
- MOTA, F. G. L. **Contabilidade aplicada à administração pública**. Brasília: Vestcon, 2002.
- NÓBREGA, Marcos. **Lei de responsabilidade fiscal e leis orçamentárias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH, Estevão. **Manual de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito financeiro esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal**. 35. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2015.
- REIS, Heraldo da Costa. **A lei 4.320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal**. 34. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.
- RODRIGUES, Ayrton. **Finanças públicas – Conforme a Lei 4320/1964 e a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101/2000. Segundo as Autoridades, delas ninguém está acima**. São Paulo: Baraúna, 2016.
- SANCHES, O. M. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. Brasília: Prisma, 1997.
- SILVA, Jair Cândido da. **Lei n. 4.320/64 comentada: uma atribuição para a elaboração da lei complementar**. Brasília: Thesaurus, 2007.

SOUZA, Artur. **Contas de Governo e o Déficit Financeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

ANEXO ÚNICO

DECRETO Nº XXXX, DE [DATA]

Estabelece a avaliação separada das autorizações e despesas relacionadas ao combate e enfrentamento da pandemia por Coronavírus – COVID – 19 no âmbito das Contas de Governo e Contas de Gestão do Ente Federado.

O [Chefe do Poder Executivo], no uso das atribuições que lhe confere [dispositivo da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do ente federado], com fulcro no Artigo 5º da Emenda Constitucional nº 106/2020,

D E C R E T A:

Art. 1º. O Controle Externo e Interno Estadual avaliará separada e isoladamente as autorizações e despesas relacionadas ao combate e enfrentamento da pandemia por Coronavírus – COVID – 19 no âmbito das Contas de Governo e Contas de Gestão do Ente Federado.

§ 1º As autorizações e despesas relacionadas ao combate e enfrentamento da pandemia por Coronavírus – COVID – 19 e de seus efeitos sociais e econômicos deverão receber marcador de plano orçamentário específico e analisadas isoladamente.

§ 2º. A relação das despesas de que trata este Decreto deverá constar em capítulo à parte nos processos de Contas de Governo e Contas de Gestão.

Art. 2 Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Local, data, número do Decreto.

XXXXXXXX

Chefe do Poder Executivo

SUSTENTABILIDADE JURÍDICA NA ADVOCACIA PÚBLICA: O DESEQUILÍBRIO TÉCNICO PROVOCADO PELA VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVAS DECORRENTE DO CONTROLE ELETRÔNICO DE JORNADA E DA RESPONSABILIZAÇÃO PELA EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO

Aulus Eduardo Teixeira de Souza¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sustentabilidade jurídica e Prerrogativas. 3. Violação de Prerrogativas pelo controle de jornada dos procuradores públicos. 4. Emissão de parecer, alcance e responsabilidade na *opinio juris*. 5. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a violação de prerrogativas da Advocacia Pública, caracterizada pela independência, liberdade e inviolabilidade dos atos e manifestações do advogado público, provoca um desequilíbrio na Sustentabilidade do sistema jurídico estatal. O problema de pesquisa enfrentado se expressa pelo prejuízo ao Interesse Público decorrente da responsabilidade e criminalização da emissão de parecer jurídico e da imposição de controle eletrônico de jornada à Advocacia Pública. Justifica-se o tema por sua relevância jurídica, social e acadêmica das reflexões sobre as garantias funcionais inerentes à atividade do advogado público. Utilizou-se o método lógico dedutivo, a partir da investigação bibliográfica. Concluindo-se que a imposição de controle eletrônico de jornada aos advogados públicos e a responsabilização, civil ou criminal, de Pareceristas jurídicos dos Órgãos públicos, sem a existência do elemento doloso na conduta do agente, viola as Prerrogativas previstas no texto constitucional e infraconstitucional.

1. INTRODUÇÃO

As carreiras da Advocacia Pública estão objetivamente assentadas nos três níveis da administração do Estado, seja nos Órgãos do Poder Executivo, da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional, seja nos Órgãos que constituem o Poder Legislativo, cujas atribuições estão adstritas a representação judicial dos entes da

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí com dupla titulação com a Universidade de Alicante/ES. Mestre em Direito pela Universidade Caxias do Sul. Procurador Estadual de Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina. E-mail: aulus41386@oab-sc.org.br.

Federação a que seus procuradores, advogados públicos, estão vinculados, cabendo a estes, nos termos da lei, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico em suas respectivas competências.

Estabelece o texto constitucional que a Advocacia Pública e privada, são essenciais ao sistema de justiça e indispensáveis à instrumentalização que se imprime no alcance da paz social. Nesse sentido, a Advocacia Pública realiza o controle dos atos administrativos do Órgão estatal a que está subordinada, judicialmente ou não, e ainda desempenha efetiva função social².

A ausência de compromisso com a legalidade e a ordem jurídica por parte dos administradores públicos tem levado o Estado a um grau de ineficiência prejudicial ao cidadão. As questões vão desde a contratação de pessoal sem a fiel observância das regras pertinentes até a malversação dos recursos na aquisição de bens e serviços públicos.

E nesse contexto se assenta a importância da Advocacia Pública, cuja atuação preventiva e eficiente conjuga o Interesse Público aos benefícios do Bem Comum³. O conceito de Bem Comum proposto por Pasold deixa claro a importância da conjugação de ações da Sociedade e as políticas de governo bem articuladas para proteção da vida.

Desta forma, a defesa dos interesses do Estado, revestido do poder conferido pelo cidadão conforme a previsão insculpida no Parágrafo único, do art. 1º da Constituição Federal de 1988, invoca ações pautadas na moralidade, legitimidade e Legalidade, cujos institutos são afetos a atuação jurídica da Advocacia Pública em favor da Sociedade.

Não obstante, a previsão legal que recobre a Advocacia Pública está expressamente descrita nos arts. 131, 132 e 134, todos da Constituição da República, os quais devem ser interpretados segundo as regras hermenêuticas harmônicas da previsão contida no art. 133, do texto magno e em sintonia aos regimentos próprios dos órgãos a que se submetem os advogados públicos.

Desta forma, o exercício da Advocacia Pública se desenvolve por meio da Advocacia Geral da União, a qual encerra as carreiras vinculadas aos órgãos federais do Poder Executivo, suas Fundações e Autarquias, assim compreendidas pelas atividades jurídicas dos Procuradores da Fazenda Nacional, Advogados da União, e procuradores Federais e do Banco Central. Além disso, a Advocacia Pública também é representada pelas Procuradorias dos Estados, DF e Municípios, assim como pela Defensoria Pública no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal.

2 PEREIRA, Reinaldo *et al.* A função social do procurador do Estado. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 18, n. 34, p. 52-60, 1997.

3 PASOLD, Cesar Luiz. **O Estado e a Educação**. Florianópolis: Lunardelli, 1980, p.35. Para Pasold, o Bem-Comum é composto por fatores “propiciados pelo Estado com vistas ao bem-estar coletivo, formando o patrimônio social e configurando o objetivo máximo das nações”.

Com efeito, todos os profissionais que integram a atividade jurídica inerente à privacidade inserta no art. 1º da Lei nº 8.906/94, estão submissos às disposições contidas na referida Lei, notadamente, no tocante às Prerrogativas profissionais, garantias essenciais ao Estado Democrático de Direito e a Ordem Jurídica, mormente porque, explica LOBO⁴ que não se trata de

[...] atividades paralelas ou excludentes, umas de outras, mas de uma atividade de mesma natureza ontológica e jurídica, a Advocacia, pouco importando o interesse patrocinado (estatal ou de pessoas juridicamente necessitada) ou o tipo de vínculo público ou privado do profissional que a exerce.

Diante disso, a liberdade e independência da atividade intelectual do advogado público, independentemente do local ou ambiente em que exerça seu labor, deve ser protegida como uma das prerrogativas mais essenciais da atividade advocatícia.

Isso porque, seja na emissão técnica de sua “*opinio juris*” em Pareceres Jurídicos, seja diligenciando em repartições públicas, ou ainda, desenvolvendo argumentos técnicos destinados a dar cumprimento a prazos que, se não cumpridos adequadamente, responsabilizarão os gestores e a própria Administração Pública, além da responsabilidade técnica a ser atribuída ao causídico público, o advogado público exerce função social.

Justifica-se a relevância do tema pela dura realidade social onde, não raras vezes, advogados públicos são processados em ações penais e Ações Cíveis Públicas, buscando a responsabilização criminal e civil de procuradores estatais exclusivamente pela emissão de pareceres técnicos de caráter jurídico, o que se caracteriza diante do ordenamento vigente, verdadeira violação de Prerrogativas da Advocacia, expressamente prevista no art. 133 da CF/88 e na Lei nº 8.906/94.

E a pretexto de atender aos princípios que orientam a administração pública busca-se por meio de ações judiciais e procedimentos administrativos impor aos advogados públicos que estes devem se submeter aos registros e controles eletrônicos de jornada de trabalho, como se a atividade fosse caracterizada como serviço meramente burocrático que seja possível a interrupção ao final do expediente, provocando toda ordem de transtornos a prejuízo do real e verdadeiro Interesse Público, cuja essência, a Advocacia Pública tem a árdua missão de defender.

Desta forma, quanto à metodologia, registra-se que o tratamento dos dados e a elaboração do relato, sob a forma de artigo científico, foram realizados utilizando-se a base metodológica da lógica dedutiva, a partir da investigação bibliográfica e documental, cujas técnicas utilizadas são a do referente, das categorias e dos conceitos operacionais⁵.

O artigo tem por objetivo apresentar aspectos relevantes que demonstram o desequilíbrio da Sustentabilidade Jurídica na Advocacia Pública em razão da violação

4 LÓBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

5 Sobre Metodologia vide PASOLD, Cezar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

de Prerrogativas decorrente do controle eletrônico de jornada dos advogados públicos e da criminalização de um ato privativo da Advocacia, consubstanciado na emissão de parecer jurídico.

Conclui-se, portanto, que a essencialidade da Advocacia Pública prevista no texto constitucional, tanto quanto da Advocacia em sentido lato prevista no art. 133, da CF/88 configura-se coluna sustentável da ordem democrática e da Sociedade republicana, vetor fundamental do poder conferido ao Estado brasileiro, invoca a defesa intransigente das Prerrogativas dos advogados públicos, paladinos da defesa do Interesse Público e do Bem Comum.

De maneira que o controle de jornada eletrônica dos membros da Advocacia Pública, bem como a criminalização da atividade privativa decorrente da emissão de parecer jurídico afronta de pleno direito o Estado de direito e paz social na Sociedade moderna.

2. SUSTENTABILIDADE JURÍDICA E AS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA PÚBLICA

Emerge da racionalidade global a tomada de consciência sincrônica do Estado constitucional moderno. Do arcabouço de problemas a serem enfrentados em nível global, assenta-se no âmbito dos Estados um recorte da problemática arcaica e medieval, o desequilíbrio jurídico na atividade daqueles que detêm a ordem necessária para defender, postular e paritar as armas dos embates estatais, os advogados públicos.

Em todos os níveis da Federação, União, Estados e Municípios, revelam-se decisões judiciais que violam as Prerrogativas da Advocacia, as quais também recobrem protetivamente os procuradores públicos, notadamente, no que tange a exigência irrazoável de desproporcional do controle de jornada e da emissão de opinião técnico-jurídica, esta última tratada pormenorizadamente mais adiante.

A exigência desnatura e desequilibra, por sua desproporcionalidade, a perenidade da atividade intelectual desenvolvida pela Advocacia, cujo cerne do desenvolvimento da produção técnica, revela a Sustentabilidade jurídica da atividade privativa dos advogados.

A Sociedade está marcada pela profundidade das transformações que experimenta nos últimos anos e, desde de 1987, quando o relatório *Nosso Futuro Comum*⁶ foi apresentado ao mundo que as discussões inerentes aos paradigmas da modernidade, dentre os quais, a resolução de conflitos baseada em regras jurídicas, expõe a complexidade dos assuntos, aos quais estão submetidos os advogados públicos, os obrigando ao estudo aprofundado de temas socioeconômicos e de ordem pública, além da preponderância das responsabilidades técnicas da atividade que desempenham e, portanto, demonstrando a inviabilidade de fixação de limites convencionais para o desempenho intelectual do trabalho realizado.

6 BRUNDTLAND. G. H. *Nosso Futuro Comum*. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

Baseado no esclarecimento de Giddens⁷ o passado deve ser utilizado para modelar o presente, sobretudo, justificando nossos desafios no âmbito estatal de maneira proba, sem engessamento da máquina pública. A disruptividade de conceitos tradicionais de controle e fiscalização exigem dos atores públicos a aceitação de novos fundamentos em face de um contínuo progresso.

Esclarece Bustamante⁸ que “*La idea de sostenibilidad refiere a una acción o proceso capaz de ser mantenido o defendido*”. De forma que o critério jurídico da Sustentabilidade revela o equilíbrio e estabilidade perene dos atos com repercussão jurídica na Sociedade e, para que isso seja possível respeitar as regras e garantias fundamentais conferidas ao cidadão na defesa de seus direitos é de essencial importância.

As Prerrogativas da Advocacia Pública são garantias conferidas aos advogados na defesa do Interesse Público representado pelo Estado para assegurar os interesses do ente público em benefício do Bem Comum. Segundo Pasold⁹, o Bem-Comum caracteriza-se por fatores “propiciados pelo Estado com vistas ao bem-estar coletivo, formando o patrimônio social e configurando o objetivo máximo das nações”.

Daí decorre a importância da Sustentabilidade jurídica da atividade dos advogados públicos. Isso porque Bosselmann¹⁰, “antes de Brundtland, o termo se referia a um equilíbrio físico entre sociedade humana e o ambiente natural. Se os processos de troca física entre a Sociedade e o meio ambiente são mantidos por um longo período, uma situação de Sustentabilidade pode ser observada”.

De forma que se depreende da assertiva do autor que o termo Sustentabilidade expressa o sentido de equilíbrio, estabilidade e justiça das relações entre o homem e o meio onde está. Atualmente, ante a complexidade das relações sociais, a compreensão do conceito de Sustentabilidade evoluiu ramificando-se para outras áreas importantes, como a jurídica.

Portanto, a Sustentabilidade jurídica se caracteriza pela forma, estabilidade, equilíbrio e justiça das relações entre operadores do direito, a Sociedade e o Estado, e de que forma se dá a manutenção justa das referidas relações, as quais também ocorrem entre o Estado e seus representantes jurídicos com a Sociedade e suas expressões sociais.

De acordo com a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), os advogados públicos, os quais exercem atividade privativa da Advocacia em sentido lato, sujeitam-se também as regras estatutárias, além do regime próprio do órgão público a que estão subordinados. Isto é, gozam também dos direitos

7 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 61.

8 BUSTAMANTE, Laura Peres. **Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente**. Buenos Aires: Colihue, 2007, p. 121. Tradução livre do autor.

9 PASOLD, Cesar Luiz. **O Estado e a Educação**. Florianópolis: Lunardelli, 1980, p. 35.

10 BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Philip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29. Título original: “*The principle of sustainability: transforming law and governance*”.

e Prerrogativas insculpidas no capítulo II, notadamente, o art. 6º, 7º, 7º-A e 7º-B da Lei federal mencionada conferindo à Advocacia Pública condição “*sine qua non*” para invocar tais garantias a fim de assentar a ordem jurídica equilibrada e estável em favor do ente que representam.

O respeito aos direitos e Prerrogativas (garantias) da Advocacia Pública confere o equilíbrio, a estabilidade e a justeza entre o Interesse Público, representado pelo Estado por seus advogados públicos e o interesse particular, além do manejo defensivo da ordem estatal em face de outros organismos e braços do Estado, não raras vezes, representado pelo poder jurisdicional do próprio Estado.

Não por menos que a Advocacia Pública está expressamente prevista no art. 131 e 132 da Constituição Federal de 1988, portanto, a conjugação do comando normativo dos artigos 131 a 133 demonstram com clareza a importância e a essencialidade da Advocacia Pública como coluna fundamental ao sistema de justiça na construção de uma Sociedade mais justa e solidária.

As garantias conferidas ao exercício profissional dos advogados privados e públicos, denominadas de Prerrogativas, não são meros privilégios profissionais (MAMEDE, 1990, p.175), são espécie do gênero Direitos conferidos a toda uma coletividade profissional.

Esclarece Sodré (1975, p.571) que o alcance dos efeitos decorrentes do exercício profissional não resulta do pessoal interesse dos membros da Advocacia, seja ela pública ou privada, mas sim do público múnus que exercem em favor do Ente estatal e da Sociedade contra os arbítrios e autoritarismos dos descontroles do próprio Estado, os quais refletem diretamente no Interesse Público.

Se destaca, por esse raciocínio, que as Prerrogativas da Advocacia Pública não são direitos disponíveis, mormente porque a defesa dos entes estatais exige daquele que o defende a independência e liberdade profissional, necessárias ao enfrentamento de eventuais censuras e caprichosos materializados à revelia da legalidade prevista no ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, respeitar as garantias da Advocacia Pública traduzida pelas Prerrogativas funcionais deve ser característica permanente dos sistemas jurídicos modernos, especialmente para que haja equilíbrio e continuidade de manejo defensivo do Interesse Público, por aqueles que representam os Órgãos do Poder Executivo e Legislativo do Estado nacional.

O Direito é, por excelência, acima de tudo, um instrumento de segurança. É ele que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras são as pessoas que tem certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos de Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam¹¹.

11 ATALIBA, Geraldo. **Republica e Constituição**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 180-181.

A segurança jurídica é o fenômeno que encerra a justiça e as Instituições de Estado no núcleo do Direito, cuja ausência traduz-se em arbítrio descontrolado. Por essa razão afirma Bobbio¹², que a segurança jurídica é um elemento intrínseco ao Direito, destinado a afastar o arbítrio e garantir a igualdade com a mínima segurança.

O ordenamento jurídico predis põe regras e normatizações, cujo papel estabilizador e garantidor da vida em Sociedade confere ao operador do Direito o conhecimento das normas existentes, válidas e estáveis para que seja possível planejar e conceber o futuro em busca da do equilíbrio socioambiental e jurídico.

Dessa forma é que se explica a Sustentabilidade Jurídica a envolver as Prerrogativas da Advocacia, cujo cerne consiste na perenidade, estabilidade e manutenção permanente do respeito e aplicação das regras previamente estabelecidas para o exercício da função do advogado público.

Garantir a plenitude da atividade exercida por um nicho qualificado de profissionais da Advocacia, adstringem ao ordenamento jurídico os limites da proteção do interesse estatal no exercício da representação da Sociedade. Assim, para “algumas pessoas são deferidas determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos”¹³.

É o caso dos advogados públicos, os quais inseridos no texto constitucional, nos art. 131, 132 e 133, da Constituição Federal de 1988, se elevam ao status de indispensável ao sistema de justiça, em cujo ministério, cumprem serviço público e exercem função social consoante se verifica no art. 2º, §1º e §1º, do art. 3º, ambos da Lei nº 8.906/94.

Diante disso, há um reconhecimento natural pela Sociedade e pela comunidade jurídica de que os procuradores, advogados públicos, independentemente de qual esfera estatal atuem, gozam de efetiva posição dignificável ante a existência de justificativa verossímil de atuação amparada pelos interesses prestigiados na Constituição vigente.

3. VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVAS PELO CONTROLE ELETRÔNICO DE JORNADA DOS PROCURADORES PÚBLICOS

Compete à Advocacia Pública defender os interesses da Administração Pública, Fundacional ou Autárquica, no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo de todas as esferas do ente estatal. Sua atividade caracteriza-se pela máxima importância do sistema jurídico vigente, porquanto, revela efetiva função social na defesa do Interesse Público manifestado pelo Ente estatal representado.

A jornada de trabalho dos advogados públicos deve ser analisada com parcimônia, haja vista que a despeito de estarem submetidos ao regime estatutário próprio,

12 BOBBIO, Norberto. *La certeza del Derecho e um mito?* *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 28. 1951, p. 150-151. Tradução livre do autor.

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.12.

estes também se submetem a Lei nº 8.906/94 e, portanto, como dito alhures, gozam das garantias inerentes a profissão, o que por si, afastaria a possibilidade de controle de jornada por meio eletrônico.

Além disso, os Princípios da Liberdade e Independência arrematam a caracterização natural da atividade prestada pela Advocacia Pública no âmbito da função consultiva e de assessoramento própria do múnus que exercem.

No dizer de Raz¹⁴ é “verdade que uma das características distintivas das normas é que elas constituem determinados tipos de razões para a ação”. Sob essa perspectiva a razão de existir das Prerrogativas – garantias – conferidas à Advocacia é porque a atividade desenvolvida pelos advogados, neste caso, os advogados públicos, é de natureza intelectual e, portanto, não se pode estabelecer limites ou balizas para o cérebro humano durante a produção jurídica.

Não por menos que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou a Súmula 09 dispondo acerca da incompatibilidade do controle de jornada com as atividades exercidas pela Advocacia Pública em razão de sua natureza intelectual.

A referida Súmula nasceu em razão da discussão enfrentada no Senado Federal acerca do controle eletrônico de jornada dos Advogados públicos daquela casa legislativa, na qual o presidente à época, Senador Renan Calheiros, optou pela revogação da disposição que determinava o referido controle por meio de ponto eletrônico¹⁵ optando por estabelecer meio alternativo caracterizado pelo preenchimento de formulários de controle de jornada dos procuradores.

Além disso, a comunidade jurídica moderna¹⁶ dispõe de instrumentos como o processo eletrônico, o qual por meio da Lei Federal nº 11.419/06 informatizou os atos processuais e a Advocacia passou a se preocupar com prazos e petições 24 horas por dia, 7 dias por semana. Nesse sentido, não se pode conceber, tampouco prever, qual será o volume de intimações que em determinado dia poderá sobrevir ao advogado público, mormente porque as demandas judicializadas crescem vertiginosamente a cada dia.

Segundo Rocha¹⁷,

o advogado público tem vínculo jurídico específico e compromisso peculiar com o Interesse Público posto no sistema jurídico, o qual há de ser legalmente concretizado

14 RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins fontes, 2012, p. 269. Título original: “*The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system*”.

15 Advogados do Senado não precisam mais bater ponto para controlar jornada. Revista **Consultor Jurídico**, 31 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-31/advogados-senado-nao-bater-ponto>>. Acesso em 24 fev. 2020.

16 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. Título original: “*Um nouveau paradigme pour comprendre le monde d'aujourd'hui*”.

17 ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25.

pelo governante e pelo administrador público. Tal interesse não sucumbe nem se altera a cada quatro anos aos sabores e humores de alguns administradores ou de grupos que, eventualmente, detenham maiorias parlamentares a administrativas. Por isso mesmo é que o advogado não pode ficar sujeito a interesses subjetivos e passageiros dos governantes.

Desta forma, fica evidente que exigir do advogado público o controle eletrônico de jornada nos moldes tradicionais caracteriza ofensa às prerrogativas funcionais destes, enfraquecendo o sistema defensivo a bem do Interesse Público, cuja liberdade e independência de atuação devem ser efetivamente preservadas.

A lei nº 8.906/94 possui caráter especial e exauriente, não se submetendo assimetricamente aos regimes jurídicos próprios dos servidores públicos, portanto, ao dispor que os advogados públicos se submetem às regras da lei nº 8.906/94, sem prejuízo do regime próprio a que estiverem subordinados, quis o legislador referir-se às disposições não conflitantes, porquanto, trata-se de Lei Federal hierarquicamente superior aos regimes jurídicos dos órgãos públicos.

Nesse sentido, ante a finalidade objetivamente intelectual do advogado público, incompatibiliza-se o controle eletrônico de jornada com as atividades por ele desempenhadas. A produção técnico-jurídica que envolve os postulados da Advocacia Pública, exigem a consequente flexibilidade dos integrantes dessa carreira, cujo labor é contínuo, não se aderindo ao local ou horários específicos para o seu desenvolvimento, circunstância essencialmente apta a evitar o prejuízo ao Interesse Público do ente que defendido¹⁸.

É incontroverso que o trabalho do advogado encerra peculiaridades que repercutem em sua jornada de trabalho, especialmente quando atua no contencioso judicial, portanto, é possível verificar que o advogado exerce atividade jurídica desvinculada do controle rígido de jornada e horários por meio de instrumentos eletrônicos.

Carece da máxima compreensão, que a atividade jurídico-intelectual desempenhada pelo advogado está diretamente ligada à produção de material complexo que demanda argumentação racional e lógica de fatos a vista de fundamentos jurídicos. Isto é, não se trata de trabalho mecânico de uma repartição pública, mas, de alcance de metas de produtividade funcional e persuasão retórica, qualificada e eficiente.

Convém notar, também que a natureza intelectual do trabalho do advogado público, a qual se reveste de permanente autonomia profissional, revela a prerrogativa essencial ao exercício de seu múnus, cuja autônoma isenção se vincula à adequada aplicação e resposta aos prazos e atos processuais, judiciais e extrajudiciais, conforme preconiza o art. 18 e 31, §1º da Lei nº 8.906/94.

No exercício da atividade advocatícia pública, os advogados participam ativamente do controle interno dos atos jurídicos da Administração do ente a que estão

18 SANTA CATARINA, **Tribunal de Contas do Estado (TCE)**. Reclamação nº 15/00637928, Relatório e Voto GAC/CFF nº 522, Relator Conselheiro Cesar Filomeno Fontes, 2016.

vinculados e caracterizam-se limitadores por excelência dos excessos não virtuosos do gestor público e seus assessores homenageando a Legalidade, moralidade, eficiência, entre outros, cujo engajamento pode provocar descontentamentos de toda ordem.

Nesse sentido, os membros da Advocacia Pública gozam de prerrogativas profissionais, verdadeiras garantias em favor da atividade que exercem, mormente porque não são servidores burocratas que gozam da possibilidade de interrupção de sua produção ou atividade técnica diante do encerramento de sua jornada laboral previamente estabelecida.

Não podendo assim, deixar de interpor determinado recurso ou apresentar específica manifestação, no limite derradeiro de seu prazo, apenas pelo encerramento de seu horário de expediente, porquanto tal conduta representaria consequente e efetiva responsabilização administrativa, civil e até criminal do procurador.

Destarte, uma vez que o ordenamento jurídico adere a responsabilização da Advocacia pelos atos praticados ou não praticados no exercício da atividade profissional, não se pode exigir postura diversa deste, senão a de escolher o melhor local e horário para desempenhar suas atribuições. A submissão do advogado público promove verdadeira supressão da plenitude do exercício de seu múnus contrariando o disposto no §1º. Art. 31 da lei nº 8.906/94.

Fica evidente que não há como impor limitadores burocráticos à atividade dos advogados públicos, cuja principal finalidade é bem atender ao Interesse Público. A atividade independente que desempenha é justamente para a entrega do produto de seu trabalho com eficiência, qualidade técnica com vistas a proteção dos interesses do Ente público que representa.

No dizer de Lustoza¹⁹, “o Procurador Público é a manifestação do Estado presente no controle interno e sua autonomia e independência funcional são garantias da sociedade e da indisponibilidade do Interesse Público”.

Dessa forma, exigir dos membros da Advocacia Pública a pontualidade formal e assiduidade rigorosa, por meio do controle eletrônico de jornada, deixa evidente que o Interesse Público efetivamente não será atendido, porquanto, dentre as atividades realizadas pelos advogados públicos estão audiências, diligências em cartórios judiciais e extrajudiciais, entre outras.

Assim, o controle eletrônico de jornada dos advogados públicos ofende de pleno direito o disposto no inciso I, do art. 7º, da Lei nº 8.906/94 ao estabelecer que a liberdade do exercício profissional é direito, garantia inviolável do advogado, em todo território nacional.

Sendo assim, cabe à Administração dos Poderes Executivo e Legislativo, no âmbito de sua discricionariedade dispor, mediante específica normativa, de meio

19 LUSTOZA, Helton Kramer. **Advocacia Pública em ação**. Atuação prática judicial e extrajudicial. 5. ed., rev., ampl. Atual. São Paulo: Editora *Juspodium*, 2017. p. 301.

alternativo para delimitar a frequência e a jornada de trabalho da Advocacia Pública, seja qualitativa ou produtivamente.

4. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO, ALCANCE E RESPONSABILIDADE NA EXPRESSÃO DA “*OPINIO JURIS*”.

O Parecer jurídico é um tema bastante discutido pelos doutrinadores do Direito, é um assunto que ainda diverge opiniões, haja vista uns o tratarem como ato administrativo²⁰ e outros o tratarem como ato não administrativo²¹.

Em regra, o Parecer jurídico é um ato privativo da Advocacia e se caracteriza pela expressão da “*opinio juris*” do advogado. Desta forma, se exarado com vista a instruir e esclarecer aspectos legal de ato emanado por Órgão público, este se revestirá de caracteres inerentes ao ato administrativo de natureza pública.

Nesse sentido, a natureza do Parecer é inerente ao ato emanado para o qual é emitido, contudo, é cediço que as atividades de consultoria e assessoria jurídica são privativas da Advocacia e, portanto, não podem ser realizadas por pessoa não habilitada, regularmente inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo pressuposto torna o ato jurídico realizado pelo advogado, público ou privado, uma manifestação técnica de caráter inviolável nos termos do art. 133, da Constituição Federal.

Sob outro prisma, o documento exarado pelo Parecerista classifica-se por seus aspectos facultativo, obrigatório e vinculante. Assim, não sendo vinculante ou obrigatório, o parecer jurídico não tem o condão de responsabilizar aquele que o emite no exercício da atividade protegida pela imunidade legal.

O Parecer caracterizado pela obrigatoriedade é aquele em que a Lei exige sua emissão como requisito instrumental e de validação para o ato administrativo que o documento orienta. Conforme esclarece Meirelles²² “o parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo”.

Não menos importante é o parecer jurídico de caráter vinculante, sendo esse um tipo de parecer que obriga a Administração ao acolhimento, sob pena de incursão em ofensa ao Princípio da Legalidade. Bandeira de Mello²³ destaca que o parecer vinculativo se assemelha à uma autorização ou aprovação prévia do ato administrativo a ser materializado pelo gestor público.

De outro lado, importante destaque se verifica quanto ao parecer facultativo, cujo caráter se confunde com sua natureza, porquanto, ambos se inserem na

20 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

22 MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.177.

23 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 89.

classificação de seu aspecto meramente opinativo, isto é, tem por finalidade a livre orientação do gestor público ou do responsável por determinado órgão nos atos decisórios, nesse sentido, o parecer é facultativo, segundo Di Pietro²⁴ quando o administrador ou gestor público pode, discricionariamente, dispensá-lo.

Dromi²⁵ explica que o Parecer facultativo está lastreado apenas na discricionariedade do gestor público, afeto aos aspectos de conveniência e oportunidade decisória, porquanto:

A opinião é opcional quando o nome não a prevê ou está dentro do escopo da discricção da autoridade administrativa para solicitá-la ou não. Eles são o que a administração não precisa exigir, mas pode solicitar e aceitar voluntariamente em suas conclusões. O Parecer opcional é aquele que pode ser seguido ou não, sem a necessidade de tomar medidas especiais quanto à forma da decisão.

O Supremo Tribunal Federal²⁶ julgou nos autos do Mandado de Segurança 24.631-6/DF, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa, uma questão que bem delimita a classificação doutrinária do caráter do Parecer Jurídico.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I- Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

Veja-se, portanto, que o Parecer poderá ter seu caráter modificado em razão de sua finalidade, no entanto, sua natureza não se desnatura, isto é, sempre será opinativo. E não poderia ser diferente, afinal, o conteúdo de um Parecer jurídico decorre da análise hermenêutica do advogado, que conjuga disposições legais, jurisprudenciais e doutrinárias para formação de sua opinião jurídica expressa e impressa no documento que exara.

Afirmam Bentham e Dumont²⁷ que:

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

25 DROMÍ, Roberto. **Derecho administrativo**. 11. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006. p. 464. *El dictamen es facultativo cuando la norma no lo prevé u queda en el ámbito de la discrecionalidad de la autoridad administrativa solicitarlo o no. Son los que la administración no está obligada a requerir, pero que puede voluntariamente solicitar y aceptar en sus conclusiones. El dictamen facultativo es el que puede ser seguido o no, sin necesidad de adoptar medidas especiales en cuanto a la forma de la decisión.* Tradução livre do autor.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança. MS nº. 24.631-6/DF**. Plenário. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, de 15 de maio de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2289332>>. Acesso em: 15 set. 2020.

27 BENTHAM, Jeremy; DUMONT, Etienne. **Traité des Preuves Judiciaires**. Paris: Bossange, 1823, p. 158. *L'ob-*

O objetivo das leis, quando elas são o que deveriam ser, é produzir, no mais alto grau possível, a felicidade do maior número de pessoas. Mas, boas ou más, elas só podem operar criando direitos e obrigações. Direitos, que contêm tudo o que é bom e agradável, tudo o que é gozo e segurança. Obrigações, que contêm tudo o que é doloroso e caro, tudo o que é a restrição e a privação, mas cujo mal é muito mais do que compensado pelo bem que resulta dele. Esse é pelo menos o caráter das boas leis. As más, são aquelas que criam obrigações supérfluas ou mais caras que úteis.

De forma que, as disposições legais têm por objetivo conferir segurança jurídica àqueles que a manejam, proporcionando aos cidadãos aquilo que é bom e agradável à bem do Interesse Público.

Dessa maneira a criminalização da Advocacia Pública decorrente exclusivamente de emissão de parecer jurídico ofende a Constituição Federal e desrespeita a Democracia, posto que há evidente limitação de inviolabilidade e imunização do advogado público na exarcação da *opinio juris* expressa no conteúdo manifesto de um parecer jurídico.

Com efeito, a inexigibilidade de certame licitatório, a aprovação de minuta editalícia, ou ainda, a consulta acerca da viabilidade de determinado ato administrativo, a despeito de possuírem, nos dois primeiros exemplos, caráter vinculante apto a promover a integração do documento exarado no procedimento em curso, não possui o parecer natureza vinculativa ou obrigatória e, portanto, sendo meramente opinativo em seu conteúdo, não se justifica a responsabilização do Parecerista em ações judiciais civis ou criminais.

Nessa esteira, o advogado que emite opinião técnica sobre assuntos submetido à sua apreciação, expõe o conteúdo de seu entendimento no documento denominado parecer jurídico, cujo documento, de natureza opinativa e caráter caracterizado por sua finalidade, é ato jurídico que expressa a manifestação de profissional imune, cujos atos são invioláveis nos termos do art. 133, da CF/88 e §3º, do art. 2º da Lei nº 8.906/94.

A referida imunidade que torna o advogado público inviolável, é caracterizada pela prerrogativa, garantia fundamental, prevista no art. 7º, I do mesmo diploma, em razão de ser o ato praticado privativo da Advocacia.

Desta forma, a tentativa de responsabilização do advogado público na emissão de parecer jurídico, invoca outra discussão não menos importante, qual seja, uma vez inviolável, seria a vergastada imunidade jurídica uma condição aberta para o cometimento de atos ilícitos ou criminosos deliberadamente, revelando condição de impunidade à membros indignos da Advocacia Pública?

ject des lois, quand elles sont ce qu'elles doivent être, est de produire, au plus haut degré possible, le bonheur du plus grand nombre: mais, qu'elles soient bonnes ou mauvaises, elles ne peuvent opérer qu'en créant des droits et des obligations: les droits, qui renferment tout ce qu'il y a de bon et d'agréable, tout ce qui est jouissance et sécurité; les obligations qui renferment tout ce qui est pénible et onéreux, tout ce qui est contrainte et privation, mais dont le mal est beaucoup plus que compensé par le bien qui en résulte. Voilà du moins le caractère des bonnes lois; les mauvaises sont celles qui créent des obligations superflus ou plus onéreuses qu'utiles. Tradução livre do autor.

A resposta se assenta nos escaninhos do Direito Penal, haja vista que os tribunais brasileiros têm pacificado o entendimento de que a existência da intenção de prejudicar o erário público, de cometer a conduta ilícita e criminosa, caracterizando assim, o Dolo na conduta do Parecerista, então, se justifica a responsabilização deste em face do parecer jurídico que exara.

Sem esgotar o tema, cuja densidade é explícita, diz a inteligência do art. 18, inciso I, do Código Penal, que a conduta é dolosa quando “o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” de maneira livre e consciente. Dessa forma, depreende-se que a intenção em fraudar ou prejudicar o interesse, o erário público, relativiza a imunidade da inviolabilidade prevista na lei em favor da Advocacia.

Noutro norte, além de violar a independência, a privatividade profissional e a imunidade técnica da manifestação jurídica contida no parecer emitido pelo advogado público, a criminalização de conduta pela exclusiva emissão de parecer jurídico sem a demonstração plena e explícita da existência do elemento intencional – o dolo – na conduta do Parecerista, caracteriza de pleno direito conduta atípica pelo exercício regular de direito previsto no art. 23, inciso III, do Código de Processo Penal.

Já do ponto de vista das licitações públicas, a emissão de parecer jurídico caracteriza ainda mais a natureza opinativa do conteúdo exposto no documento exarado pelo advogado público, porquanto, é dever funcional do advogado (Procurador jurídico), seja ele público ou privado, cumprir a legislação de regência aplicada ao caso concreto e analisar apenas o aspecto formal dos documentos que lhe são submetidos à *opinio juris*.

Não lhe cabe analisar nenhum outro aspecto além daqueles jurídicos e formais previstos no art. 38 da Lei n. 8.666/93.

Tampouco lhe cabe vincular o ato administrativo a ser editado, rejeitado ou confirmado pela autoridade competente, na homologação do certame²⁸. Assim, “*Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade*” são condutas concretizadas pelo gestor público.

No caso de pareceres emitidos em decorrência da análise da regularidade formal dos atos inerentes às licitações públicas, a curso normal da marcha processual do certame após a exaração de parecer cabe às respectivas comissões de licitação, portanto, desde que cumpridas as formalidades exigidas pelas disposições legais do art. 38, inciso VI; do art. 25, caput, inciso III e §1º combinado com o art. 26, todos da Lei n. 8666/93, não há como responsabilizar por atos ilícitos em que agentes tenham se locupletado em determinado certame, o advogado Parecerista.

O dever inerente aos procuradores é exclusivamente analisar os aspectos formais do pleito sob a ótica jurídica, não mais do que isso. Nesse sentido, a criminalização

28 RONNI, Charles. **Leis de licitações públicas comentadas**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 209/210.

da conduta, manifestamente atípica – exarcação de Parecer jurídico – oferecendo denúncias desprovidas de elementos caracterizadores de sua ilicitude, ofende as garantias constitucionais que enlaçam a dignidade e importância da Advocacia Pública, caracterizando efetiva violação de Prerrogativas profissionais.

5. CONCLUSÃO

O artigo em análise buscou demonstrar a importância conferida à Sustentabilidade jurídica da atividade advocatícia desenvolvida pelos advogados públicos. Para tanto, os argumentos apresentados foram articulados para esclarecer que a imposição do controle eletrônico de jornada aos advogados públicos prejudica o Interesse Público, haja vista a singularidade do trabalho intelectual desenvolvido pelos procuradores públicos.

Nesse sentido, é preciso que o controle de jornada seja realizado por outra forma que não a eletrônica, porquanto, o controle nesses moldes não coaduna com a dinâmica de responsabilidades do profissional e ainda desrespeita o Princípio da Legalidade, quando deixa de atender o disposto no art. 7º, inciso I da Lei nº 8.906/94, cuja regra deve ser interpretada de conformidade e harmonia com os regimes próprios a que são submetidos os servidores públicos.

Além disso, o artigo abordou a responsabilização da Advocacia Pública pela emissão de pareceres jurídicos, notadamente, os aspectos de criminalização do ato imune e a responsabilização no âmbito genérico dos processos licitatórios.

Desta forma, os argumentos foram manejados para demonstrar que a referida responsabilização só pode ocorrer em caso estrito de comprovação expressa de conduta intencional do advogado parecerista no sentido de fraudar e prejudicar o erário à custa do parecer emitido.

Destarte, demonstrou-se tratar de ato imune, cuja inviolabilidade segue encravada no texto constitucional no art. 133 e, portanto, trata-se, nos casos de ação penal, de conduta atípica em razão da referida imunidade conferida ao Pareceristas, bem como, pelo exercício regular de direito funcional.

Ao dispor que o advogado público é essencial à administração da justiça e que, em sentido lato, a Advocacia é inviolável por seus atos e manifestações no estrito cumprimento de seu labor, não está fazendo outra coisa, o constituinte originário, senão materializando, em homenagem ao princípio da Legalidade, a efetiva garantia para a atuação livre, independente de opinião e pensamento ao advogado.

Trata-se na verdade, de garantia de efetividade da proteção conferida aos direitos do cidadão e, no caso da Advocacia Pública, tem dúplici finalidade, proteger o Interesse Público do ente que representa, o qual exerce o poder em nome do povo, bem como, assegurar a retidão dos atos administrativos praticados pelo administrador público.

Desta forma, o artigo deixa evidente que a natureza jurídica das Prerrogativas da Advocacia Pública é de garantia e perenidade da atividade desempenhada pelos procuradores em favor do interesse dos entes estatais a que estão subordinados e que, revela verdadeira Sustentabilidade Jurídica dos atos e manifestações quando respeitadas em toda sua plenitude.

Com efeito, não se trata de garantia individual do profissional, mas de toda a classe, cuja responsabilidade exige daqueles que se manifestam na Advocacia Pública a coragem e o enfrentamento necessário para orientar, assessorar e consultar as necessidades do Estado sem que assim o Interesse Público exija.

Por fim, não se pretende esgotar o assunto, no entanto, é de se esclarecer que o desequilíbrio do sistema jurídico em que está inserta a Advocacia Pública revela a insustentabilidade objetiva das relativizações de direitos e garantias conferidos aos órgãos provocando verdadeira insegurança jurídica apta a abalar as colunas de uma das atividades essenciais à administração e Sustentabilidade da justiça e da Paz Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATALIBA, Geraldo. **Republica e Constituição**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BARROS, Ícaro Liebert Correia. **Da responsabilidade do advogado público por parecer jurídico emitido em processo licitatório**. Brasília, DF: UniCEUB, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 Ago. 2020.
- BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estado da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/l8906.htm>. Acesso em 23 Ago. 2020.
- BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regula o artigo 37 da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 Ago. 2020.
- BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso Futuro Comum**. Rio de Janeiro: FGV, 1991.
- BOSELTMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Philip Gil França. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015, p.29. Título original: “*The principle of sustainability: transforming law and governance*”.
- BOBBIO, Norberto. **La certeza del Diritto e um mito? Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto** 28. 1951.
- BUSTAMANTE, Laura Peres. **Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente**. Buenos Aires: Colihue, 2007.
- BENTHAM, Jeremy; DUMONT, Etienne. **Traité des Preuves Judiciaires**. Paris: Bossange, 1823.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 11. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp. 1991.

- LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LUSTOZA, Helton Kramer. **Advocacia Pública em ação**. Atuação prática judicial e extrajudicial. 5. ed., rev., ampl. Atual. São Paulo: Editora *Juspodium*, 2017.
- MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PASOLD, Cesar Luiz. **O Estado e a Educação**. Florianópolis: Lunardelli, 1980.
- PASOLD, Cezar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito, 2008.
- PEREIRA, Reinaldo *et al.* A função social do procurador do Estado. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 18, n. 34, p. 52-60, 1997.
- REAL FERRER, Gabriel *et al.* **Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito**. 2014. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/58983>. Acesso em: 10 set. 2020.
- RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins fontes, 2012. Título original: "*The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system*".
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. Título original: "*Un nouveau paradigme pour comprendre le monde d'aujourd'hui*".

A CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR ATOS DO PODER EXECUTIVO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Bruna Athayde Barros¹

Bárbara Mendes de Sant'Anna²

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Pressupostos para limitação de direitos fundamentais; 2.1 Requisitos materiais; 2.2 Requisitos formais; 3 Validade da restrição de direitos fundamentais: Aspectos formais das restrições adotadas durante a pandemia; 3.1 Aspectos materiais das restrições adotadas durante a pandemia; 4. Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo apresenta uma análise jurídica acerca da constitucionalidade das restrições a de direitos fundamentais por decretos do Poder Executivo de todo o país, promulgados no intuito de conter, com a maior celeridade possível, a disseminação do vírus de COVID-19. Para tanto, propõe a utilização da Lei nº 13.979/2020, apelidada de “Lei Nacional da Quarentena”, como fundamento normativo formal para os atos infralegais, sendo certo que o contexto atual de pandemia exige uma atuação eficiente e célere na proteção dos próprios direitos que, a princípio, estariam sendo restringidos. Sob a perspectiva material, aborda a preservação do núcleo essencial dos direitos e a observância do princípio ou postulado da proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

A criação e a concretização de direitos fundamentais são batalhas que marcam a história da humanidade desde os antigos. Nem sempre com o mesmo rol de fundamentalidade, os direitos fundamentais mostram-se como decorrência da própria evolução histórica e das necessidades da sociedade ao longo do tempo, tendo como característica principal a sua relatividade.

Não por outra razão, Gilmar Mendes, doutrinador e ministro do Supremo Tribunal Federal, ao referir-se à fundamentalidade de um direito, afirma que “no interior dos Estados democráticos, o modo como são tratados os direitos fundamentais

¹ Graduada pela Universidade de Brasília; Pós-Graduada no Curso de Especialização Ordem Jurídica e Ministério Público na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT); Assessora Jurídica da Procuradoria do Estado de Santa Catarina, na unidade de Brasília. Lattes: CV <http://lattes.cnpq.br/4769174302925164>

² Graduada pelo Centro Universitário de Brasília; Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade CERS/CEL. Advogada em Peixoto & Cavalcanti Advogados. Lattes: CV <http://lattes.cnpq.br/7978454001299467>

varia”³. Fazendo alusão às lições de Hesse, Mendes conclui que “a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade”. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos”⁴.

Eis o ponto crucial do estudo dos direitos fundamentais. Como seu conteúdo varia ao longo do tempo a depender de fatores que escapam ao mundo jurídico, arrisca-se a dizer que quaisquer trabalhos e pesquisas sobre essa temática sempre se farão de grande valia, pois servem, ao menos, como produção de conhecimento sobre a fundamentalidade de determinados direitos em um momento histórico específico, traduzindo a realidade fática vivida à época.

Nesse contexto, o objetivo geral do presente artigo é a produção de um trabalho acadêmico que seja capaz de demonstrar a concretização dos direitos fundamentais dentro da realidade pandêmica que ora se vive. Ora, em tempos de restrições pessoais, e de isolamento social em razão da pandemia ocasionada pela disseminação do coronavírus, nota-se a necessidade de se refletir sobre as diversas medidas que vêm sendo impostas pelas autoridades públicas à luz dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta da República.

Para tanto, o trabalho será dividido em dois grandes tópicos. O primeiro, com o objetivo de colacionar os aspectos dogmáticos essenciais à análise da constitucionalidade das medidas restritivas concretamente impostas. Nele, buscar-se-á demonstrar as consequências práticas da característica da relatividade, pontuando-se a necessidade de que, embora admissíveis, as restrições devem estar alinhadas com a teoria dos limites dos limites, que estabelece parâmetros para a relativização dos direitos fundamentais, buscando evitar que sejam desnaturados no caso concreto. O segundo tópico, por sua vez, realizará um estudo aprofundado acerca da validade – formal e material – das restrições que vem sendo comumente impostas pelas autoridades públicas a pretexto de fazer valer o direito à saúde pública.

Por fim, quanto à metodologia empregada para o alcance do objetivo a que se propõe, o trabalho utilizar-se-á da metodologia da pesquisa bibliográfica, que consiste no levantamento de material já elaborado e publicado em documentos, tais como livros, revistas, e notícias publicadas virtualmente, com vista a explicar um tema com base em referências teórica.

2. PRESSUPOSTOS PARA LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tendo os direitos fundamentais a característica da relatividade, é de se notar que

3 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 142.

4 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

quaisquer deles podem ser objeto de restrição, sem que, necessariamente, haja violação ao texto constitucional. O instrumento utilizado para eventual restrição, contudo, bifurca a doutrina em duas vertentes: de um lado, os adeptos da teoria externa; de outro, aqueles que mais crêem na teoria interna.

A teoria externa prega a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais por meio de outras normas constitucionais, ou mesmo por meio de leis infraconstitucionais. Ainda que por meio desses instrumentos normativos, para que seja considerada constitucional, a restrição não prescinde da observância de determinados critérios. Daí se falar em teoria dos limites (*schranks-schranks*), que defende que “as limitações aos direitos fundamentais, para serem legítimas, devem atender a um conjunto de condições materiais e formais estabelecidas na Constituição”.⁵

De modo distinto, a teoria interna advoga que eventuais limitações a um direito fundamental devem estar inseridas dentro da própria normatização do direito que se busca restringir. É nessa perspectiva que cabe falar na teoria dos limites imanentes, a qual, em linhas gerais, afirma que a definição do conteúdo de um direito fundamental não depende de fatores externos, de modo que seus limites devem integrar a própria normatização. Para os adeptos dessa teoria, a análise da amplitude do próprio direito fundamental é que o definirá como direito subjetivo ou não. A partir de uma interpretação histórico-sistemática, far-se-á uma análise acerca das finalidades almejadas pelo Constituinte com a positivação daquele direito.

A teoria interna representa, em verdade, a dogmática por trás da “técnica de delimitação do âmbito da norma” de Friedrich Muller, que busca tutelar apenas a ação que seja estruturalmente necessária para o exercício do direito. Todo o resto sequer será o direito em questão.

Seja pela adoção da teoria externa, seja pela adoção da teoria interna, a verdade é que a doutrina é pacífica quanto à aceitação de restrições aos direitos fundamentais, desde que respeitados determinados requisitos materiais e formais.

2.1. REQUISITOS MATERIAIS

Os requisitos materiais a serem observados na edição de atos normativos de caráter restritivo dizem respeito ao conteúdo dos direitos em discussão. Tais requisitos podem ser assim divididos:

- a) Observância ao núcleo essencial do direito fundamental a ser restringido

Para a definição do que se entende como núcleo essencial de um direito fundamental, a doutrina cita a existência de duas teorias: a teoria absoluta e a teoria relativa do núcleo essencial.

A primeira defende que o conteúdo essencial de um direito fundamental

5 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 354.

já está predeterminado, independentemente de qualquer situação concreta. Esse conteúdo intangível é absoluto e inquestionável pelo legislador, administrador ou aplicador do direito.⁶

Por sua vez, a teoria relativa, majoritariamente adotada pela doutrina brasileira, entende que a identificação do núcleo essencial deve ser feita através da análise do caso em concreto e no objeto a ser visado pela norma restritiva.⁷

Essa diferenciação entre a adoção de uma ou outra teoria foi bem elucidada pelo Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do HC nº 82.959:

Os adeptos da chamada teoria absoluta. (“absolute entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais como unidade substancial autônoma (substantieller que, independentemente de qualquer situação concreta, Theorie”) (Wesensgehalt) Wesenskern) estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material, segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Nesse caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação.

Os sectários da chamada teoria relativa (“relative Theorie”) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. o núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (Zweck-Mittel-Prüfung), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.⁸

A adoção de uma ou outra teoria, portanto, possui como consequência o reconhecimento de maior ou menor discricionariedade ao legislador e ao aplicador do direito. A prevalência de uma ou outra, contudo, deve alcançar o mesmo objetivo final: o de respeitar o núcleo duro do direito fundamental que eventualmente venha a ser restringido.

b) Proibição de restrições implícitas ou sub-reptícias

Bernardo Gonçalves também explica que “a limitação, via de regra, deve ser estabelecida de forma explícita no texto normativo infraconstitucional, principalmente como forma de proteção do princípio da segurança jurídica”.⁹

6 MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

7 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82.959**. Pena – Regime de Cumprimento – Progressão – Razão de Ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Paciente: Oseas de Campos. Coator: STJ e TJSP. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 24 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 19 jun. 2020. p. 21

9 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 354.

Esse requisito não significa a simples observância ao princípio da legalidade em seu sentido formal. Isso porque, como bem colocado por Alberto Silva Franco, “no Estado Democrático de Direito, o simples respeito formal ao princípio da legalidade não é suficiente.”¹⁰ É dizer, em outras palavras, que as restrições a um direito fundamental devem ser claras e expressas, buscando, assim, proteger os indivíduos contra qualquer invasão arbitrária e injustificada por parte do Estado.

Aplica-se, aqui, raciocínio semelhante ao desenvolvido no Direito Penal em relação ao princípio da taxatividade, o qual exige uma previsão legal detalhada dos tipos penais como forma de legitimar a restrição a um direito tão fundamental quanto a liberdade de locomoção.

c) Restrições, em regra, de cunho geral e abstrato

A exigência de que as restrições tenham cunho geral e abstrato busca combater as práticas arbitrárias e casuísticas levadas a efeito pelo legislador ou pelo aplicador do direito. Com o estabelecimento desse requisito, a doutrina busca conferir efetividade ao princípio da isonomia, tratando de forma igual pessoas que se encontram em situações idênticas ou equivalentes, e de forma desigual, aqueles que se encontrem em situações distintas.

Sobre o princípio da isonomia, o Min. Alexandre de Moraes esclarece que:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevenindo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.¹¹

Como se vê, o cumprimento deste requisito material não impede que haja tratamentos normativos diferenciados. O que se veda é que haja uma limitação arbitrária, que represente, por vias transversas, verdadeira situação de discriminação. Assim é que “os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.”¹²

d) Observância do princípio da proporcionalidade

10 FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 24

11 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 35.

12 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 36.

Ainda, eventual restrição a um direito fundamental deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

Para a análise desse requisito, fala-se na utilização da técnica da ponderação de Robert Alexy, que tem como base o postulado da proporcionalidade. Ales propõe que a análise do conflito entre direitos fundamentais exige uma análise quanto (i) à adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado; (ii) à necessidade do meio utilizado; bem como quanto (iii) à proporcionalidade em sentido estrito.

A norma restritiva será considerada adequada quando for apta para atingir o fim proposto. Trata-se de uma verdadeira análise linear de causa e efeito. No ponto de interesse desse artigo, cobra analisar se, considerando-se a atual realidade do país, a restrição teria como consequência a redução na disseminação do COVID-19.

A necessidade exige que o jurista avalie se, dentre as medidas possíveis de serem tomadas naquele momento, a medida escolhida é a menos onerosa aos cidadãos. Se existirem outras medidas, igualmente eficazes no combate à disseminação do COVID-19 e que sejam menos onerosas aos cidadãos, é de se concluir que a medida adotada não é necessária.

Por fim, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito exige que seja feita uma verdadeira ponderação entre os direitos em conflito. No cenário atual, cobra, quase que a todo momento, verificar, no embate entre o direito à saúde e os demais direitos decorrentes das atividades econômicas, qual merece prevalecer.

2.2. REQUISITOS FORMAIS

Por sua vez, em termos formais, Bernardo Gonçalves elucida que:

Os direitos fundamentais só podem ser restringidos por meio de normas elaboradas por órgãos dotados de atribuição legiferante conferida pela Constituição. Portanto, a eventual restrição deve estar expressa ou implicitamente autorizada nos ditames constitucionais.¹³

Nessa seara, importante ressaltar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, cuja característica básica é a submissão de todos – povo e o próprio Estado – ao império da lei, esta entendida como o ato formalmente editado pelo Poder Legislativo.¹⁴ O princípio da legalidade é, portanto, uma “verdadeira regra de liberdade de conduta individual em um Estado de Direito, direcionada diretamente ao particular em face do poder público”¹⁵

13 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 354.

14 SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, 1988. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj3-sCQuYvqAhUIHrkGHwzLCJo4ChAWMAR6BAGEEAE&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Ffojs%2Findex.php%2Ffrda%2Farticle%2Fdownload%2F45920%2F44126&usq=AOvVaw2NKZE_yXqwj8jzkBLLT1U. Acesso em: 19 jun. 2020.

15 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 43.

3. VALIDADE DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS FORMAIS DAS RESTRIÇÕES ADOTADAS DURANTE A PANDEMIA

É certo que o atual quadro pandêmico desafia as autoridades públicas a tomarem medidas drásticas e excepcionais com vistas a combater a disseminação do novo coronavírus.

A infecção desenfreada do novo vírus foi uma realidade vivida não apenas pelo Brasil, mas, sim, por diversos países do mundo. Não por outra razão, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) emitiu a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional em razão de pandemia provocada pelo novo coronavírus, causador da enfermidade da COVID-19. Em 11 de março de 2020, a mesma organização internacional emitiu declaração pública de pandemia, dada a circunstância de que a propagação já atinge todos os continentes.

Em verdade, quando se teve notícia do primeiro caso ocorrido em território brasileiro, a população e as autoridades públicas já tinham ciência de que a contenção da proliferação do vírus seria um grande desafio, tendo em vista que a imprensa cuidou, desde o princípio, de trazer informações sobre a realidade dos países que deram início à essa crise em momento anterior ao Brasil.

Logo que surgiram os primeiros casos no Brasil, mais precisamente, em 6 de fevereiro de 2020, foi editada a Lei 13.979/2020, apelidada de “Lei Nacional da Quarentena”. O diploma adveio com o objetivo de regulamentar algumas das possíveis medidas que deveriam ser adotadas no enfrentamento da disseminação dessa doença. Dentre elas, previu a possibilidade de que autoridades públicas competentes restrinjam atividades, determinem o isolamento social, ou mesmo determinem a realização de exames médicos compulsórios.

Apesar da relevância das medidas previstas no diploma legislativo, a disseminação do vírus não deixou de se alastrar. Diante disso, em sessão virtual inédita realizada em 20 de março de 2020, o Governo Federal aprovou o projeto de decreto legislativo que reconhece o estado de calamidade pública no Brasil, com base no parágrafo único do art. 52 do Regimento Comum e do inciso XXVIII do art. 48 do Regimento Interno do Senado Federal. Nesse sentido, o art. 1º dispõe que:

Art. 1 Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei no 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem no 93, de 18 de março de 2020.¹⁶

¹⁶ BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em:

O estado de calamidade pública vem definido no art. 2º, VI do Decreto nº 7.257/2010, que prevê tratar-se de uma “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido”.¹⁷ Em linhas gerais, trata-se do reconhecimento legal, por parte do poder público, de uma situação excepcional que compromete a capacidade de ação dos entes federativos em relação à garantia do bem-estar social.

Na prática, o estado de calamidade pública nada mais é senão um instrumento legislativo que permite o descumprimento da meta fiscal e, com isso, acaba por permitir que sejam utilizados mais recursos financeiros no enfrentamento da situação anômala vivida pelo país. No contexto atual, a decretação de calamidade pública objetiva autorizar que os Entes Federados utilizem um maior volume de dinheiro no combate à disseminação do Coronavírus, sem que fiquem presos a determinadas regras burocráticas para tanto.

A Lei da Quarentena e o Decreto de Calamidade Pública não foram os únicos diplomas surgidos nesse momento. Foram editados inúmeros decretos por parte dos Governadores de Estado, que prevêem disposições restritivas ou suspensivas de direitos fundamentais. Este é o ponto de interesse do trabalho, já que muito se discutiu sobre a (in)constitucionalidade de tais instrumentos normativos.

No que diz respeito à competência dos Entes Estaduais para legislar sobre medidas de combate ao coronavírus, é de se ressaltar que tal atuação está em harmonia com o que disposto na Constituição Federal, o qual prevê a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, conforme art. 23, II, da CF. Nesse mesmo sentido, o art. 24, XII, da CF estabelece a competência concorrente dos entes para legislar sobre proteção e defesa da saúde.

Na jurisprudência, importante decisão foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na qual o Ministro Alexandre de Moraes concedeu parcialmente uma liminar para reconhecer e assegurar o “exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia [...] independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário”.¹⁸

<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>. Acesso em: 19 jun. 2020.

17 BRASIL. **Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010**. Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 672**. Requerente:

Seguindo a mesma linha, a decisão proferida no bojo da ADI nº 6357 reforçou a necessidade de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios zelem pela saúde pública:

(...) A Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da vida e da saúde pública, destacando, desde logo, no próprio preâmbulo, a necessidade de o **Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade**. Logicamente, dentro da ideia de bem-estar, deve ser destacada como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde.

O direito à vida e à saúde aparecem como consequência imediata da consagração da **dignidade da pessoa humana** como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde.

A gravidade da emergência causada pela pandemia do COVID-19 (Coronavírus) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde.

Não havendo impedimento de que os Estados legislem e atuem materialmente em matéria de saúde pública, afasta-se eventuais alegações de vícios de iniciativa em relação às medidas propostas.

Sob o ponto de vista do instrumento legislativo adotado, outras dificuldades surgem. A princípio, pelo texto constitucional, não é dado aos atos infralegais – como decretos – limitarem direitos fundamentais. Para tanto, é imprescindível que haja uma atuação legiferante dos órgãos constitucionalmente previstos, e que o diploma legal seja claro, expreso e específico quanto às medidas por ele admitidas.

No caso dos decretos editados no contexto da Pandemia, a grande crítica feita pelos juristas reside exatamente nesse ponto: o fato de o Congresso Nacional ter aprovado decreto legislativo reconhecendo o estado de calamidade em decorrência do novo coronavírus não possui o condão de justificar a edição de atos infralegais de caráter restritivo de direitos fundamentais, sem amparo em lei prévia, clara e específica.

Contribui para esse entendimento, ainda, o fato de que, como já foi ressaltado, a declaração de calamidade pública, em princípio, tem como fim exclusivo a dispensa do atingimento dos resultados fiscais, nos termos exigidos pela Lei Complementar nº 101/2000. Não havendo no texto constitucional ou mesmo nos diplomas legais a previsão de outras consequências, é de se notar que, em princípio, não há autorização para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais por meio de decretos editados por autoridades administrativas.

Nessa mesma linha, outro forte argumento reside no fato de que a Constituição de 1988 estabelece, em seu art. 84, IV, que compete ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis.¹⁹ Extrai-se da leitura do dispositivo que a finalidade de um decreto é desenvolver os preceitos constantes em leis, expressos ou implícitos, sem, contudo, inovar originariamente no ordenamento jurídico.²⁰

Assim, eventual ato que ultrapasse os limites legais configura hipótese indevida de decreto autônomo que, nos termos do art. 84, VI, da Constituição Federal, só poderia dispor sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e de extinção de funções ou cargos públicos, quando vago.

Trazendo tais lições para o contexto atual da Pandemia ocasionada pela disseminação do COVID-19, é de se notar que a autorização legal para a edição de atos infralegais restritivos de direitos fundamentais ocorreu com a edição da Lei nº 13.979/2020, vigente desde o dia 7 de fevereiro de 2020, que estabelece “as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”²¹.

O art. 3º da referida lei, sobretudo o *caput* do artigo 3º, foi e tem sido o fundamento legal utilizado pelas autoridades públicas para determinar as restrições a direitos fundamentais durante o período da pandemia, com vistas a combater a disseminação do coronavírus:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, **dentre outras**, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020) [grifo nosso].²²

Tendo em vista a impossibilidade de o legislador prever exaustivamente todas as situações concretas de incidência, a generalidade e a abstração da lei concedem uma válida margem de discricionariedade administrativa quando da pormenorização da norma jurídica por ato do Poder Executivo.

Essa discricionariedade, contudo, não pode significar uma autorização para o Poder Legislativo delegar a função que lhe cabe ao Executivo. Essa inclusive é a lição de Gilmar Mendes:

19 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

20 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1042.

21 BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

22 BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

Não se há confundir, porém, a discricionariedade administrativa atinente ao exercício do poder regulamentar com a delegação disfarçada do poder de legislar. Na discricionariedade, a lei estabelece previamente o direito ou dever, a obrigação ou a restrição, fixando os requisitos de seu surgimento e os elementos de identificação dos destinatários. Na delegação, ao revés, não se identificam, na norma regulamentada, o direito, a obrigação ou a limitação. Estes são estabelecidos apenas no regulamento.²³

Como se vê, o princípio da indelegabilidade do poder de legislar não impede que certas medidas sejam adotadas pelo Poder Executivo no tocante a fatos que exijam conhecimento técnico específico ou celeridade incompatível com o processo legislativo, que é comumente demorado. O que a lei não pode é realizar uma delegação indiscriminada ao administrador público, permitindo que este inove na ordem jurídica com restrições a direitos que não podem ser conclusivamente deduzidas da lei regulamentada.

No caso da Lei nº 13.979/2020, embora o *caput* do artigo 3º da Lei nº 13.979/2020 possibilite a adoção ampla de “outras medidas” pelas autoridades competentes, os seus respectivos incisos estabelecem parâmetros e indicativos de quais tipos de restrições a direitos fundamentais seriam compatíveis com o atual cenário em que o Brasil se encontra.

Conclui-se que, a partir da data de vigência da lei supracitada, os decretos do Poder Executivo de todas as esferas que desenvolvam as condições nela previstas são formalmente válidos, desde que se atenha aos limites estabelecidos pelo legislador.

3.1. ASPECTOS MATERIAIS DAS RESTRIÇÕES ADOTADAS DURANTE A PANDEMIA

Superado o ponto que demonstrou que a Lei nº 13.979/2020 autoriza, em princípio, a edição de decretos por Chefes dos Poderes Executivos Estaduais com medidas restritivas de direitos fundamentais, passa-se a verificar a validade material de algumas das medidas recentemente adotadas.

Desde já, vale o alerta de que, dados os fins do presente artigo, não haverá uma análise pormenorizada de todas as medidas adotadas em cada Estado da Federação. O estudo se restringe, portanto, às medidas mais comuns adotadas pelo Poder Executivo que, diante das notícias recentemente divulgadas pela imprensa nacional, são: quarentena, isolamento social e determinação obrigatória de realização de exames.

As medidas escolhidas para serem analisadas possuem amparo e conceituação na Lei nº 13.979/2020. Nesse sentido, dispõe a lei que a quarentena consiste na “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a

23 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1043.

propagação do coronavírus.”²⁴ A medida de isolamento, por sua vez, deve ser entendida como a “separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus”²⁵. Por fim, a determinação compulsória de realização de exames médicos também é estabelecida na Lei nº 13.979/2020 e inclui testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas e tratamentos médicos específicos.

Sem dúvida, a quarentena e o isolamento social foram as principais medidas impostas pelos Estados brasileiros no contexto pandêmico atual. Quanto à determinação compulsória de exames e testes, embora a medida não seja amplamente utilizada pelas autoridades públicas, ela vem sendo aplicada em determinadas situações. Cite-se, a título elucidativo, a decisão judicial proferida por juíza plantonista do TJDFT que determinou “que o marido de uma paciente diagnosticada com coronavírus (2019-nCoV) fosse submetido a exames para constatar se ele também foi contaminado, além de obrigá-lo a ficar em isolamento domiciliar até o resultado do exame, sob pena de multa de R\$ 5 mil”²⁶.

Tais medidas restritivas cobram a análise dos direitos fundamentais envolvidos. Ora, se se tem a positivação, no texto constitucional, da liberdade individual de ir e vir, as medidas restritivas que determinem o recolhimento domiciliar do indivíduo não estariam negando-o? E quanto à realização compulsória de exames, estes não representariam uma violação à autonomia do indivíduo e ao seu direito de privacidade? Tais medidas, efetivamente, são imprescindíveis para que se alcance o direito fundamental à saúde pública?

A dogmática dos direitos fundamentais impõe que o intérprete, quando se depara com um possível conflito entre dois direitos, utilize-se do princípio da concordância prática, a fim de evitar o sacrifício total de um ou outro direito conflitante. Nesse ponto, são precisas as palavras de Alexandre de Moraes:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.²⁷

24 BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

25 Idem.

26 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação de obrigação de fazer. Processo 0701858-04.2020.8.07.0018. 5ª Vara da Fazenda Pública e Saúde Pública do DF. Brasília, 10 de março de 2020. Disponível em: <https://pje.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=2ae1286e3a280321874ea109d576592babe54dd8bfb690f9f0d857a1efd5d47676cb52f5b9adb1ed6c369e9e18ece7c908bdeb973c6a2169&idProcessoDoc=58736951>. Acesso em: 19 jun. 2020.

27 MORAIS, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 61.

Caso não seja possível solucionar a questão com apoio no princípio da concordância prática, a técnica da ponderação²⁸ aparece como forma de conciliar a aplicação dos direitos conflitantes, assegurando a realização de todos, na maior medida possível.²⁹

No atual cenário pandêmico, a aplicação do princípio da concordância prática encontra óbice na necessidade de se obter resultados eficazes e céleres no combate à disseminação do coronavírus, motivo pelo qual se faz o uso da técnica da ponderação de princípios de Robert Alexy, a fim de verificar se tais medidas ultrapassam o filtro da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A análise acerca da adequação de uma medida, segundo Alexy, leva em consideração a capacidade de a norma jurídica atingir o fim por ela proposto que, nos termos da Lei nº 13.979/2020, é evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. Quanto a este ponto, vale mencionar que, segundo o diretor-geral da OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, o isolamento e a realização de exames são igualmente importantes e essenciais no combate a COVID-19:

A forma mais eficaz de salvar vidas é quebrar a cadeia de transmissão. E para fazer isso precisa testar e isolar. Não se pode apagar a fogo cego. Não conseguiremos parar a pandemia se não soubermos quem está infectado. Temos uma simples mensagem: testem, testem, testem. Todos os casos suspeitos. Se eles derem positivo, isolem.³⁰

A quarentena, por sua vez, aparece como uma medida complementar, que, em verdade, busca corrigir eventuais falhas nas outras medidas. É dizer, a realização de exames é essencial para detectar aqueles que estão infectados; a partir do momento em que se detecta a presença do vírus em determinada pessoa, torna-se imprescindível que ela respeite a medida de isolamento, a fim de que não contamine outras pessoas de seu círculo social.

No Brasil e no mundo, vê-se que esses mecanismos não são suficientes para combater o coronavírus, tendo em vista, especialmente, dois fatores: (i) a inexistência de número suficiente de testes para realizar, periodicamente, na população; (ii) as chances de erro dos testes-rápidos disponibilizados pelo governo.

Diante dessas dificuldades, a quarentena aparece como medida de grande destaque, na medida em que prega a restrição de atividades, a fim de que pessoas que não estejam – ou, ao menos, não saibam estar – contaminadas pelo vírus possam evitar sua exposição à doença contagiosa. Daí concluir-se, portanto, que as três medidas

²⁸ A técnica da ponderação é utilizada para solucionar conflitos entre princípios. Dadas as limitações do presente artigo, não serão pontuadas as divergências de entendimentos quanto à natureza dos direitos fundamentais – se seriam regras ou princípios. Adotar-se-á, aqui, o entendimento de Robert Alexy, o qual considera que os direitos fundamentais possuem, predominantemente, a natureza jurídica de norma principiológica.

²⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

³⁰ OMS quer testes e isolamento de casos suspeitos para conter Covid-19. **Agência Brasil**, Brasília, 16 de março de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/oms-recomenda-testes-e-isolamento-de-casos-suspeitos-para-conter-covid-19>. Acesso em: 19 jun. 2020.

em análise – especialmente quando aplicadas em conjunto – mostram-se adequadas à finalidade proposta de combater a disseminação do Covid-19.

Além de adequadas, as restrições também podem ser consideradas necessárias, pois, até o momento, não existem outras medidas menos onerosas aos indivíduos e igualmente eficazes no controle do novo coronavírus, não obstante os esforços de especialistas e empresas na busca de tratamentos médicos e vacinas.³¹

Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso mencionar que, segundo Alexy, a análise deve ser feita em três planos, quais sejam: (i) definição da intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios; (ii) definição da importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção; (iii) ponderação em sentido específico, isto é, se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.³²

Nas palavras de Alexy, “quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.³³ A precedência de determinado direito será determinada com base no seu valor decisório (dimensão de peso) em concreto, isto é, a depender das reais circunstâncias fáticas e jurídicas.

A análise é considerada concreta ou relativa porque, em face de outro caso, a distribuição de peso dos direitos conflitantes pode se dar de maneira distinta, já que nenhum deles goza de precedência abstrata ou absoluta sobre os demais. Os direitos fundamentais são normas jurídicas do tipo princípios e, portanto, se apresentam como mandados de otimização, cuja realização pode se dar em variados graus de acordo com o caso em concreto.³⁴

Quanto às medidas de combate ao COVID-19, o recolhimento domiciliar do indivíduo (que engloba o isolamento social e a quarentena), com o intuito de segregá-lo do convívio social, parece conflitar com a liberdade individual de ir e vir, prevista no art. 5º, XV, da CF. Por sua vez, a realização compulsória de exames aparentemente entra em colisão com a autonomia do indivíduo, a dignidade da pessoa humana e o seu direito à privacidade.

No entanto, são restrições plenamente justificáveis à luz do contexto atual, em que o direito coletivo da sociedade à saúde pública e o dever do Estado de proteger a população apresentam maior valor relativo. Sobre a questão, a Juíza do TJDF, Raquel Mundim Moraes Oliveira Barbosa, colaciona interessante entendimento doutrinário:

Os direitos fundamentais se interrelacionam mutuamente, sem que uns prevaleçam sobre os outros. Sucede que, em determinadas circunstancias, uns devem limitar-se de

31 Coronavírus: corrida pela cura da Covid-19. **Veja Saúde**, 10 de junho de 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/a-corrida-pela-cura-da-covid-19/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

32 JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=2. Acesso em: 2 jul. 2020.

33 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 112.

34 ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. ed. México: Fontamara, 1998. p. 12.

modo a salvaguardar-se outros. É o que ocorre com a liberdade, quando confrontada com a necessidade de proteção e defesa da saúde pública. Só assim é possível dar eficácia aos preceitos constitucionais dos artigos 196, 197 e 200, II, da Constituição Federal. **Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado sendo as ações e serviços a ela referentes de relevância pública e competindo ao sistema único de saúde executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, tais dispositivos só podem ser efetivados mediante a restrição à liberdade e à propriedade**, nos limites indispensáveis à contenção da dengue. Como ficou assentado, em 04/10/1991, em documento assinado por algumas das mais expressivas figuras do meio jurídico nacional, “a correta interpretação do artigo 197 do texto constitucional implica o entendimento de ações e serviços de saúde como o conjunto de medidas dirigidas ao enfrentamento das doenças e suas sequelas pela atenção médica e curativa, bem como de seus determinantes e condicionantes de ordem econômica e social” (Plauto Faraco De Azevedo. Controle Sanitário e Liberdade Individual In Programa Nacional de Controle da Dengue. Amparo Legal à execução das Ações de Campo – publ. Ministério da Saúde/Funasa, 12/2002, pg. 33). [grifo nosso]³⁵

O isolamento e a determinação de realização compulsória de exames médicos trazem benefícios que ultrapassam o ônus a ser suportado, na medida em que asseguram a saúde e integridade de toda coletividade, evitando que seja exposta à contaminação pela COVID-19, que possui taxas de letalidade e de transmissão notórias e preocupantes.

Importante mencionar que, além de serem expressas, gerais e abstratas, nenhuma das medidas em análise amesquinha os direitos fundamentais por ela restringidos a ponto de tornar o ato (do legislador ou do administrador público) inconstitucional. O núcleo essencial de cada um deles é preservado, pois os cidadãos permanecem sendo autônomos e titulares da liberdade de ir e vir e do direito à privacidade.

Portanto, à luz da técnica da ponderação desenvolvida por Alexy, as medidas restritivas são adequadas, necessárias e proporcionais à concretização do direito fundamental à saúde pública, com base nas circunstâncias jurídicas e fáticas existentes neste momento em que o Brasil e o mundo vivem uma pandemia sem precedentes.

Essa conclusão também pode ser obtida através da Teoria da Integridade do Direito de Ronald Dworkin, pela qual se busca alcançar “a melhor luz na compreensão e interpretação das práticas jurídicas de uma sociedade”.³⁶ Dworkin, diferentemente de Alexy – que defende uma ponderação racional, mediante o uso da regra da proporcionalidade, podendo variar de acordo com o caso em concreto –, defende que, mesmo na concorrência entre princípios, existe apenas uma solução correta para o caso concreto.

35 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Ação de obrigação de fazer**. Processo 0701858-04.2020.8.07.0018. 5ª Vara da Fazenda Pública e Saúde Pública do DF. Brasília, 10 de março de 2020. Disponível em: <https://pje.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=2ae1286e3a280321874ea109d576592babe54dd8bfb690f9f0d857a1efd5d47676cb52f5b9adb1ed6c369e9e18ece7c908bdeb973c6a2169&idProcessoDoc=58736951>. Acesso em: 19 jun. 2020.

36 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 366.

Para tanto, a definição da primazia de um determinado direito deve ser feita “por meio de uma análise cuidadosa e pormenorizada da leitura que a sociedade faz da sua histórica jurídica”³⁷, com o fim de construir um esquema coerente de direitos que estão consagrados na prática social e de reduzir as chances de arbitrariedades e subjetivismos.

Nas palavras de Dworkin, o direito como integridade não pretende recuperar “os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada [...]: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado”³⁸.

Em outras palavras, é a análise da história institucional e das práticas sociais enraizadas (socialmente aceitas por todos os membros) que definem o correto entendimento sobre a precedência e o exercício de um determinado direito fundamental, que devem ser considerados legítimos pelas presentes e futuras gerações.

Assim, com base nessa teoria de Ronald Dworkin, é possível dizer que os atos do Poder Executivo não são restrições propriamente ditas, mas uma verdadeira condição necessária e lógica para o exercício dos direitos fundamentais, por ser a única interpretação viável. Isso porque a autonomia privada, a dignidade da pessoa humana e a liberdade de locomoção do indivíduo restariam completamente inviabilizadas se toda a população saísse às ruas sem as devidas precauções, pois caso assim o fosse, o direito fundamental à saúde pública estaria integralmente sacrificado, e o contágio e a letalidade atingiriam níveis inimagináveis.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise da dogmática por trás do tema da relatividade dos direitos fundamentais, mediante a apresentação dos requisitos materiais e formais para que eventual restrição aos mesmos seja considerada constitucional, em caso de colisão ou concorrência.

Partindo disso, o estudo também permitiu esclarecer os principais direitos fundamentais em conflito na atual realidade pandêmica – saúde pública, liberdade de ir e vir, autonomia do indivíduo, direito à privacidade – , levando em consideração os atos infralegais editados pelo Poder Executivo com a determinação de medidas de combate ao novo coronavírus, com especial enfoque à quarentena, isolamento social e realização compulsória de exames e tratamentos médicos.

Ao tratar da validade formal dos decretos restritivos que vêm sendo editados por autoridades públicas estaduais e municipais, verificou-se que, em princípio, tais atos infralegais encontram guarida na Lei nº 13.979/2020, vigente desde o dia 7 de fevereiro de 2020.

37 Idem, p. 253.

38 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 274.

A referida norma jurídica possibilitou a adoção ampla de medidas por autoridades públicas locais, no âmbito de suas competências, descrevendo algumas das determinações possíveis de combate ao novo coronavírus que se apresentam como parâmetros de legitimidade dos atos executivos que porventura a regulamentem. Os atos do Poder Executivo são, por consequência, constitucionalmente válidos, desde que se atenham aos limites legais.

No tocante à validade material das medidas, viu-se que, embora a um primeiro olhar pareçam conflitar com o texto constitucional, as restrições analisadas – isolamento social, quarentena e determinação compulsória de testes e exames – são adequadas, necessárias e proporcionais, atendendo todos os critérios da técnica de ponderação de Robert Alexy.

Sob a perspectiva de Ronald Dworkin, as medidas estatais não se apresentam como restrições propriamente ditas, mas como condições lógicas e imprescindíveis ao exercício dos próprios princípios em concorrência. Isso porque, caso não fossem adotadas, os níveis de contágio e letalidade atingiriam níveis impossíveis de serem suportados por qualquer sistema de saúde do mundo. Em tais circunstâncias, não haveria razão para se falar em direito à liberdade de ir e vir, dignidade da pessoa humana e autonomia do indivíduo, já que a própria realidade fática impediria o seu exercício.

Conclui-se que, não havendo conhecimento de medidas menos drásticas que produzam resultados com a mesma eficácia no combate à disseminação do novo vírus, a suposta restrição aos direitos é, em verdade, a única forma de concretizar o direito fundamental à saúde pública e, em consequência, o direito à vida de milhares de indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. ed. México: Fontamara, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 672**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Brasília, 8 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020. p. 10.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82.959**. Pena – Regime de Cumprimento – Progressão – Razão de Ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Paciente: Oseas de Campos. Coator: STJ e TJSP. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 24 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Ação de obrigação de fazer**. Processo 0701858-04.2020.8.07.0018. 5ª Vara da Fazenda Pública e Saúde Pública do DF. Brasília, 10 de março de 2020. Disponível em: <https://pje.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcesso-ConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=2ae1286e3a280321874ea109d576592babe-54dd8bfb690f9fd857a1efd5d47676cb52f5b9adb1ed6c369e9e18ece7c908bdeb973c6a2169&idProcessoDoc=58736951>. Acesso em: 19 jun. 2020.

Coronavírus: corrida pela cura da Covid-19. **Veja Saúde**, 10 de junho de 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/a-corrída-pela-cura-da-covid-19/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: RT, 1995.

JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teoría_principios_regras?pagina=2. Acesso em: 2 jul. 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OMS quer testes e isolamento de casos suspeitos para conter Covid-19. **Agência Brasil**, Brasília, 16 de março de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/oms-recomenda-testes-e-isolamento-de-casos-suspeitos-para-conter-covid-19>. Acesso em: 19 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, 1988. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj3-sCQuYvqAhUIHrkGHWzLCJo4ChAWMAR6BAGEEAE&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fda%2Farticle%2Fdownload%2F45920%2F44126&usq=AOvVaw2NKZE_yXqwJ8jzkBLTw1U. Acesso em: 19 jun. 2020

A INDEPENDÊNCIA TÉCNICA DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM DECORRÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES ÉTICAS DA PROFISSÃO

Bruno de Macedo Dias¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Respeito ao interesse público como principal obrigação do servidor; 3 Obrigações éticas das profissões; 4 Princípio da isonomia e impessoalidade e o dever do servidor público de tratar administrados sem favorecimento ou prejuízo; 5 Real “peso da imparcialidade” do perito e frente à qualificação técnica do servidor público e a presunção de legitimidade; 6 Considerações finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Muitas ações judiciais envolvendo a Administração Pública envolvem discussão de questões técnicas. Em tais situações, é preciso se ter atenção ao fato de o servidor público, tanto em uma análise técnica administrativa quanto como assistente técnico, ser um profissional cuja responsabilidade ética é atuar na melhor aplicação da ciência, bem como ter o dever de atuar em prol do interesse público, sem prejudicar ou beneficiar qualquer interessado. O servidor público é um profissional imparcial por excelência e vínculo, incorrendo em improbidade quanto não age com isenção. Neste contexto, é inviável dar um patamar inferior ao seu pronunciamento técnico em comparação a do perito.

1. INTRODUÇÃO

Em diversas ações que envolvem a Administração Pública Estadual, observa-se um inequívoco componente técnico na discussão judicial. Discute-se um exame médico ou psicológico, é discutida uma análise de segurança de uma obra realizada por um perito, a avaliação de insalubridade de um ambiente é colocada em questão, dentre inúmeras outras possibilidades.

Em tais situações, frequentemente, há uma análise administrativa, feita por um servidor público (por regra, estável, diante do comando constitucional), o juiz do processo nomeia um perito e o Estado nomeia um assistente técnico, também usualmente servidor público dos quadros estaduais.

¹ Procurador-Chefe do Centro de Estudos da PGE/SC. Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e por Delaware Law School/Widener University. Mestre em Ciências Jurídicas pela Univali. *Master en Derecho Ambiental e de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante/ESP. Especialista pelo CESUSC em Direito Material e Processual Civil. Email: bruno@pge.sc.gov.br

O cenário final usualmente se repete: o Juízo ignora as análises técnicas feitas pelos servidores do Estado e adota sem qualquer ressalva a avaliação feita pelo perito judicial. Ele seria, afinal, um profissional imparcial, presumidamente equidistante das partes, tal qual o juiz.

Tem-se, portanto, o “dogma da imparcialidade”, que, na prática, mostra-se uma presunção de parcialidade do servidor público, algo que coloca em dúvida a isenção do seu trabalho, sua seriedade profissional e, com maior gravidade, a sua probidade para o cargo.

Afinal, não são os servidores públicos estáveis e selecionados por concurso público justamente para que sirvam à sociedade e o interesse público, e não os governantes, ocupantes de cargos políticos, e uma mera estrutura burocrática?

No caso específico de profissionais dotados de especialidade técnica, constantemente acompanhadas por Conselhos Profissionais, com códigos de ética e juramentos, é crível presumir que irão ou deveriam abandonar seus deveres profissionais para contrariar as boas práticas da ciência, prejudicando ou favorecendo alguém, para proteger gestores ou uma estrutura administrativa?

Afinal, um médico, psicólogo ou engenheiro, por exemplo, não teriam mais as suas obrigações com os pacientes ou com a obra simplesmente por serem servidores públicos?

O objeto deste texto é justamente desconstruir esses dois dogmas: a parcialidade do servidor público técnico e a presunção de maior qualidade da manifestação pericial por uma suposta maior imparcialidade. Não se pretende esgotar a discussão, nem conjecturar o futuro das discussões judiciais em razão desta releitura.

Concentra-se, aqui, em demonstrar o quanto pode ser ofensivo rebaixar uma avaliação técnica de um servidor público em comparação a de um perito, presumindo-se que ele age com parcialidade.

2. RESPEITO AO INTERESSE PÚBLICO COMO PRINCIPAL OBRIGAÇÃO DO SERVIDOR

O primeiro aspecto a abordar ao se avaliar a isenção do servidor público, é compreender o seu papel. O servidor público, prioritariamente estável e com ingresso após aprovação em concurso público, é um agente cuja missão é atender a sociedade e buscar o interesse público, no âmbito de sua função:

Art. 37 [...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Celso Antônio Bandeira de Mello define servidor público: “em suma: são os que entretêm *com o Estado e com as pessoas de direito Público da Administração indireta* relação de natureza *profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*”².

Portanto, é preciso compreender a missão do Estado, a quem compete o “cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”³.

O foco central do Estado, e, portanto, dos servidores públicos, é a realização do interesse público. O servidor público age, portanto, primariamente na busca desta missão, ainda que possa desempenhar, também, funções relativas ao bom funcionamento da estrutura administrativa⁴.

Um dos aspectos mais relevantes da estabilidade, portanto, é assegurar que o servidor público trabalhe para o Estado, não para o Governo, subordinando-se ao interesse público, não ao interesse dos agentes políticos que venham a ocupar o cargo, ainda que as medidas decorrentes dos planos de governo, escolhidos democraticamente, possam estar voltados ao desenvolvimento do interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello discorre sobre o tema:

De outro lado, a Constituição e as leis outorgam aos servidores públicos um conjunto de proteções e garantias tendo em vista assegurar-lhes condições propícias a uma atuação imparcial, técnica, liberta de ingerências que os eventuais e transitórios ocupantes do Poder, isto é, os agentes públicos, poderiam pretender impor-lhes para obtenção de benefícios pessoais e sectários, de conveniência da facção política dominante no momento⁵.

Em função da estabilidade, o servidor público nomeado em decorrência de conhecimentos técnicos específicos, aferidos em seleção por concurso público, pode praticar os atos administrativos (e perante a Justiça, quando designados como assistentes técnicos) de sua competência, com total liberdade e autonomia, certo de que pratica os seus atos para atender o interesse público e suas obrigações legais e profissionais, não proteger a estrutura administrativa ou os superiores hierárquicos.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 253-254.

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 29.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 65-70.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 262.

Neste contexto, sem ainda adentrar nos deveres éticos profissionais, já é possível afirmar que o servidor público, mesmo em uma ação contra o Estado, não pode ser visto como um agente presumidamente parcial, visto que sua função não é praticar atos administrativos para proteger a estrutura administrativa em detrimento da sociedade, prejudicar o direito de cidadãos ou favorecer um interessado sobre outro.

Se o pedido formulado for alinhado ao interesse público – logo, cabível o acolhimento – a presunção é de que sofrerá uma justa e isenta avaliação. Pode, obviamente, ocorrer um erro técnico ou mesmo uma falha do servidor com suas obrigações com os princípios da administração pública, como boa-fé, moralidade e impessoalidade. Mas não se pode, em hipótese alguma, presumir que o servidor agirá desta forma, com improbidade ou inépcia.

3. OBRIGAÇÕES ÉTICAS DAS PROFISSÕES

Grande parte das carreiras profissionais exigem que aqueles que exerçam suas atividades prestem juramentos e sigam códigos de conduta ética. A intenção é justamente assegurar que irão respeitar os princípios da respectiva ciência e cumprirão os deveres profissionais inerentes, independentemente de pressões externas, de clientes ou empregadores. Portanto, o profissional tem o dever de observar os rigores técnicos de sua ciência.

É impensável, por exemplo, presumir que um médico deixará de dar o adequado tratamento a um paciente seu, um psicólogo revelará os seus diálogos sigilosos ou um engenheiro deixará graves vulnerabilidades em uma estrutura que projeta por um pedido ou ordem de um empregador! Eles têm patamares profissionais a cumprir.

Seria inviável, aqui, realizar um levantamento de todas as profissões possíveis, no intuito de analisar cada código de ética. Basta, logicamente, que alguns sejam apresentados para que o argumento seja compreendido: um profissional possui deveres éticos com o bom desempenho de uma atividade e correto uso dos conhecimentos adquiridos.

Inicialmente, tem-se do Código de Ética da Medicina:

Capítulo I – Princípios Fundamentais

[...]

VII – O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII – O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

[...]

XVI – Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente

reconhecidos a serem praticados para estabelecer o diagnóstico e executar o tratamento, salvo quando em benefício do paciente.⁶

Também é importante verificar os deveres éticos dos psicólogos:

Art. 1º – São deveres fundamentais dos psicólogos:

[...]

b) Assumir responsabilidades profissionais somente por atividades para as quais esteja capacitado pessoal, teórica e tecnicamente;

c) Prestar serviços psicológicos de qualidade, em condições de trabalho dignas e apropriadas à natureza desses serviços, utilizando princípios, conhecimentos e técnicas reconhecidamente fundamentados na ciência psicológica, na ética e na legislação profissional;

[...]

Art. 3º – O psicólogo, para ingressar, associar-se ou permanecer em uma organização, considerará a missão, a filosofia, as políticas, as normas e as práticas nela vigentes e sua compatibilidade com os princípios e regras deste Código.

Parágrafo único: Existindo incompatibilidade, cabe ao psicólogo recusar-se a prestar serviços e, se pertinente, apresentar denúncia ao órgão competente.⁷

O Código de Ética profissional da engenharia, agronomia, geologia, geografia e meteorologia dispõe:

Art. 12. São reconhecidos os direitos individuais universais inerentes aos profissionais, facultados para o pleno exercício de sua profissão, destacadamente:

[...]

b) à liberdade de escolha de métodos, procedimentos e formas de expressão;

[...]

g) à recusa ou interrupção de trabalho, contrato, emprego, função ou tarefa quando julgar incompatível com sua titulação, capacidade ou dignidade pessoais;⁸

Ora, é bastante claro que um profissional possui regras técnicas a seguir e tem, inclusive, o direito, pelos seus códigos de ética, de se recusar a cumprir ordens hierárquicas que lhes exijam praticar atos que contrariem a boa técnica e seus deveres profissionais.

Além do servidor público possuir o interesse público como seu norte na atuação funcional, quanto é também um técnico, cabe a ele observar as exigências próprias de sua ciência. Ele possui, portanto, um duplo dever de atuar na aplicação da melhor solução técnica para o cidadão.

6 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**. Resolução n. 2.217/2018. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217> >. Acesso em 12.09.2020

7 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Código de ética profissional do psicólogo**. Resolução n. 010/2005. Disponível em: < <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo-de-etica-psicologia.pdf> >. Acesso em 12.09.2020.

8 CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA. **Código de ética profissional**. Resolução n. 1002/2002. Disponível em: < https://www.confed.org.br/sites/default/files/uploads-imce/CodEtica1led1_com_capas_no_indd.pdf >. Acesso em 12.09.2020.

4. PRINCÍPIO DA ISONOMIA E IMPESSOALIDADE E O DEVER DO SERVIDOR PÚBLICO DE TRATAR ADMINISTRADOS SEM FAVORECIMENTO OU PREJUÍZO

Os servidores públicos, de modo geral, devem observar todos os princípios que guiam a Administração Pública, especialmente aqueles explícitos no art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte⁹

Di Pietro discorre sobre os princípios da Administração Pública:

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os **princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular**, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais.

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência (art. 37, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98), aos quais a Constituição Estadual acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (art. 111).

A Lei nº 9.784, de 29-1-99 (Lei do Processo Administrativo Federal), no artigo 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência¹⁰.

Portanto, além dos princípios expressamente descritos no dispositivo referido, existem outros igualmente obrigatórios, implícitos e derivados da doutrina ou jurisprudência ou previstos em outros dispositivos constitucionais, como o princípio da igualdade, ou isonomia (art. 5º, *caput*).

Embora o princípio da isonomia se relacione, evidentemente, com o princípio da impessoalidade, o comando de ambos é um pouco diferente. Se este determina que a Administração Pública deve desconsiderar o interessado no caso em análise, aquele exige que o mesmo tratamento que é dado aos demais em situação idêntica seja também estendido ao interessado.

9 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12.09.2020.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 97.

Neste sentido:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento¹¹.

No que tange à relevância da análise técnica dos servidores públicos, certamente diretrizes como moralidade, legalidade e eficiência trazem grande peso para o valor e precisão do ato administrativo. Nada obstante, a grande crítica feita a essas análises técnicas é, justamente, não possuir o mesmo grau de imparcialidade.

Neste contexto da imparcialidade, ganham relevância a isonomia e a impessoalidade. Uma análise parcial pressupõe um intuito, risco ou pressão para prejudicar ou favorecer alguém ou a si mesmo. Como visto, o servidor público não tem o dever de beneficiar a própria estrutura administrativa ou um agente político. Seu dever é interesse público. Não possuirá ganho ou prejuízo financeiro ou funcional por isso.

Caso pretenda fazer uma análise parcial para obter um ganho financeiro próprio, estar-se-ia diante de um ato criminoso e ímprobo, algo que não seja impossível, não deve ser presumido. Na verdade, o mesmo poderia ocorrer, no caso em tela, com o próprio perito, não sendo um ponto de distinção entre as análises.

Restaria, então, o risco de o servidor público ter o interesse de prejudicar o administrado, diretamente ou por favorecimento a outrem.

Aqui são aplicáveis os princípios da impessoalidade e da isonomia. A Administração Pública, por natureza, atua sem distinção dentre os administrados. São irrelevantes suas características civis, financeiras, sociais ou qualquer outro aspecto que não seja técnica ou legalmente relevante. A Administração Pública trata todos como iguais, e essa obrigação é individualmente devida por seus servidores.

Do mesmo modo, é um dever seu aplicar aos demais casos a mesma medida adotada em situações semelhantes. Essa garantia, aliás, é própria da atuação administrativa e dificilmente será igualada pela análise de um perito que não tenha o parâmetro de outros casos.

O Estatuto dos Servidores Públicos no âmbito federal¹², em especial ao estabelecer os deveres e as proibições, busca eliminar qualquer possibilidade de atuação parcial dos servidores, que caracterizariam, na verdade, um desvio de sua atuação. O

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 101.

12 BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112compilado.htm >. Acesso em 15.09.2020.

Estatuto do Estado de Santa Catarina¹³ é mais antigo e bastante desatualizado, mas também afasta a atuação improba ao prever as infrações disciplinares.

Por fim, a Lei Federal 8.429, que versa sobre a improbidade administrativa, é elucidativa:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, **imparcialidade**, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]¹⁴

Não poderia ser mais equivocada a alegação de que a análise técnica de um servidor público é inferior a de um perito por ele ser parcial! O servidor público possui um dever de imparcialidade e comete improbidade administrativa se faltar com ela.

Portanto, qualquer análise técnica de um servidor público busca exclusivamente atender o interesse público e terá como norte as obrigações éticas profissionais e os princípios da Administração Pública. Jamais se pode presumir que ela carece de parcialidade, o que equivale a afirmar que ela busca favorecer ou desfavorecer alguém.

5. REAL “PESO DA IMPARCIALIDADE” DO PERITO E FRENTE À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DO SERVIDOR PÚBLICO E A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE

Há uma grave falha conceitual no modo como a prova técnica é constituída no direito brasileiro. O maior mérito do perito do Juízo é ser presumidamente imparcial. Ele não precisa ser o mais qualificado dentre os que avaliam o caso nem precisa demonstrar que sua conclusão possui razoável aceitação científica. Sequer precisa indicar se existem outras correntes científicas com maior ou igual aceitação a que adota ao caso concreto.

A simples leitura do Código de Processo Civil é bastante clara. Primeiro, resgata-se o art. 156, *caput* e parágrafo primeiro:

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado¹⁵.

13 SANTA CATARINA. Lei n. 6745, de 28 de dezembro de 1985. **Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado**. Disponível em < <http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/1985/006745-011-0-1985-000.htm> >. Acesso em 12.09.2020.

14 BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de julho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm >. Acesso em 15.09.2020.

15 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso: 08.09.2020.

Ou seja, para escolha do perito, através de uma lista na qual se presume rotatividade na escolha dos inscritos e ampla acessibilidade a todos os profissionais, basta a habilitação mínima para inscrição perante o respectivo órgão técnico.

Por essa razão, é possível que um assistente técnico ou mesmo o parecerista administrativo possuam maior qualificação e renome local, nacional ou mesmo internacional, enquanto o perito pode apresentar apenas a qualificação mínima. Ainda assim, sua manifestação terá o peso de ser o auxiliar “imparcial” do Juiz.

Ovídio Baptista¹⁶ recorda interessante solução vigente até 1992, quando os assistentes técnicos não precisavam prestar compromisso, nem se sujeitar a impedimentos ou suspeições. Ora, se o profissional estará em Juízo comprometido com sua ciência, ele terá o dever de ser imparcial. Um profissional parcial sequer deveria ser admitido em Juízo para auxiliar na instrução probatória. Trata-se do vício da dualidade perito imparcial, assistente, parcial.

Mais à frente, no art. 473, III, a legislação processual exige do perito “a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”. Ele precisa indicar que um **método adequado**, ainda que siga premissas técnicas ou atinja conclusões equivocadas, que não possuam mínima aceitação científica ou já tenham sido refutadas.

Para se ter ideia, esse parâmetro equivale ao parâmetro Frye¹⁷, da Suprema Corte Americana, que data de 1923, que exigia apenas a adoção de um método com aceitação pela comunidade científica. Desde 1993, esse parâmetro foi abandonado e substituído pelo parâmetro Daubert¹⁸, que exigia tanto ampla aceitação na comunidade científica do método e da racionalidade científica utilizada (mérito):

For 70 years, many federal courts relied on the general acceptance standard laid out in *Frye v. the United States* (1923) to determine the admissibility of expert testimony. Under the Frye standard expert testimony is admissible only if its methodology is “generally accepted” (i.e., a consensus has been reached) in the relevant scientific community. The Daubert decision essentially held that Frye did not survive the enactment of the Federal Rules of Evidence, and interpreted Rule 702 of the Federal Rules of Evidence as requiring that scientific expert testimony be grounded in the methodology and reasoning of science (i.e., the expert must show the underlying validity of his opinion). In finding that the epidemiological and toxicological evidence offered by the plaintiff experts was inadmissible, the Lower court in Daubert had applied the Frye general acceptance test. However, the Supreme Court spelled out a new test for the admissibility of scientific evidence, aimed to ensure that it “is not only relevant, but reliable”¹⁹.

Ou seja, a análise judicial de questões técnicas no Brasil parte de um pressuposto absolutamente equivocado (a imparcialidade do perito) e possui um filtro da

16 SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. I. 6. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 386.

17 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Frye v. United States**. 293 F. 1013 (D.C.. Cir 1923).

18 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals** (92-102), 509 U.S. 579 (1993)

19 HANNA, Kathi E.; MAZZA, Anne-Marie; National Research Council (U.S.). **Discussion of the Committee on Daubert Standards : Summary of Meetings**. Washington: National Academies Press. 2006. (eBook). p. 14-15.

qualidade de mérito desatualizado por quase um século. Presumir que a opinião de um perito é superior aos demais técnicos por ser “imparcial” significa, ao mesmo tempo, afirmar que os demais sustentarão idéias contrárias à ciência para justificar um pagamento da parte interessada e que a qualificação do profissional e seu estudo é completamente irrelevante.

Ao se partir do pressuposto de que os profissionais são éticos e cumprem com suas obrigações próprias de sua formação, bem como que o conhecimento técnico é relevante, tal qual a formação dos profissionais, ganha relevo a **aprovação do servidor em concurso público** para a função específica, em prova que avalia se ele está dentre os mais qualificados nos conhecimentos técnicos necessários.

Por outro lado, ainda que o perito possa apresentar qualificação técnica elevada, basta a qualificação mínima para ser inscrito. Logo, é justo afirmar que o servidor público passa por medição de conhecimento superior à do perito.

Do mesmo modo, o servidor público desempenha as funções técnicas que vem a ser levadas a Juízo. Ele possui o histórico das análises anteriores e concomitantes e o contexto da questão levantada em uma profundidade presumidamente superior ao próprio perito. Por ser a isonomia um princípio não apenas de direito administrativo, mas uma garantia do Estado Democrático Brasileiro, o servidor público técnico está em melhores condições de assegurar que o interessado não será prejudicado ou favorecido em relação aos demais. O perito, por desconhecimento das demais análises, pode proporcionar tratamento mais benéfico ao interessado, contrariando a Constituição Federal.

Outrossim, tal qual o perito, o servidor público também é presumidamente imparcial. Como um servidor que deseja beneficiar ou prejudicar um indivíduo, para proveito próprio ou de outrem, age com improbidade, e não se pode presumir que os servidores são ímprobos, a sua imparcialidade passa a ser presumida.

Igualmente presumida é a legitimidade do ato administrativo²⁰, o qual se presume válido, correto e praticado a bem do interesse público. Isso também é verdadeiro para análises técnicas da Administração Pública. Para que um Juiz afirme que essa presunção está derrubada não basta que um perito (cuja qualificação técnica pode ser inferior à do servidor) reexamine o caso e chegue a uma conclusão diferente.

É dever do perito também demonstrar, tecnicamente, que o profissional do Estado realizou uma análise equivocada dentro dos critérios científicos, sendo o seu método e suas conclusões técnicas contrárias ao entendimento da comunidade científica.

Do contrário, tem-se uma análise técnica imparcial contra outra, sendo que a do Estado possui presunção de legitimidade e o servidor público teve seus conhecimentos científicos testados em concurso público e considerados mais apurados que os demais participantes do certame.

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 102.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Comprova-se a necessidade de grande evolução nas discussões judiciais em que são debatidas questões técnicas do Poder Público, seja quanto às decisões administrativas ou quanto aos servidores públicos assistentes técnicos.

É absurdo que a Administração Pública disponha de um corpo técnico de servidores públicos, cujo conhecimento é cautelosamente testado por concurso público, e que possui como norte exclusivamente bem atender a sociedade dentre seus deveres profissionais e que isso perca completamente o seu valor diante de qualquer questionamento judicial.

O direito processual civil brasileiro encontra-se sobre uma premissa bastante equivocada de que o perito é um profissional imparcial, o que, ao menos tempo, desmerece os demais profissionais, que não fariam uma avaliação técnica séria simplesmente para proteger seus clientes, e retira o valor do aprofundamento científico, pois a suposta “imparcialidade” dos peritos é superior à necessidade de alcançar maior qualificação técnica ou aprofundar as discussões teóricas.

Esse patamar, flagrantemente equivocado, perde todo o seu sentido quando a manifestação do perito – um técnico imparcial – a de um profissional que seja servidor público, igualmente imparcial.

Afirmar que uma prova pericial possui um valor superior a uma análise de um servidor técnico do Estado de Santa Catarina é uma ofensa à sua honestidade, probidade, comprometimento técnico e postura profissional. Equivale a defender que ele abandone o seu rigor técnico e seu juramento para prejudicar ou beneficiar um cidadão, em detrimento, inclusive, ao interesse público. E significa que o entendimento de um profissional com qualificação igual ou inferior a sua deveria ter mais valor porque o perito não faria uma manifestação tendenciosa para proteger uma gestão pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 12.09.2020.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112_compilado.htm>. Acesso em 15.09.2020.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de julho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 15.09.2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso: 08.09.2020.

CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA. **Código de ética profissional**. Resolução n. 1002/2002. Disponível em: <https://www.confed.org.br/sites/default/files/uploads-imce/CodEtica1led1_com_capas_no_indd.pdf>. Acesso em 12.09.2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**. Resolução n. 2.217/2018. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217> >. Acesso em 12.09.2020

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Código de ética profissional do psicólogo**. Resolução n. 010/2005. Disponível em: < <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo-de-etica-psicologia.pdf> >. Acesso em 12.09.2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals** (92-102), 509 U.S. 579 (1993)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Frye v. United States**. 293 F. 1013 (D.C.. Cir 1923).

HANNA, Kathi E.; MAZZA, Anne-Marie; National Research Council (U.S.). **Discussion of the Committee on Daubert Standards : Summary of Meetings**. Washington: National Academies Press. 2006. (eBook).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTA CATARINA. Lei n. 6745, de 28 de dezembro de 1985. **Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado**. Disponível em < <http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/1985/006745-011-0-1985-000.htm> >. Acesso em 12.09.2020.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. I. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

AS CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE ALIMENTOS E O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Delcy Alex Linhares¹

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Delineamentos Metodológicos. 3 Referencial Teórico. 4 O direito internacional à alimentação adequada. 5 As Centrais de Abastecimento. 6 Programa Fome Zero e Banco de Alimentos: a consolidação das Centrais de Abastecimento no sistema de proteção internacional de direitos humanos. 7 Conclusão: consequências jurídicas do reconhecimento das Centrais de Abastecimento como integrantes do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. 8 Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que as Centrais de Abastecimento de Alimentos, existentes no Brasil e em diversas partes do mundo, são instrumentos do sistema internacional de proteção de direitos humanos. Por meio de uma pesquisa descritiva e da análise de documentos obtidos junto a organismos internacionais, conclui-se que as Centrais de Abastecimento resultam da iniciativa conjunta de organizações internacionais e países para a garantia do direito à alimentação adequada. Por isso, a manutenção de sua atividade, que é essencial para a segurança alimentar da população, é garantida pelo sistema normativo internacional.

1. INTRODUÇÃO

Apesar da Food and Agriculture Organization (FAO) – agência das Nações Unidas para a erradicação da fome e da pobreza –, no relatório “State of food security and nutrition in the World – SOFI – 2019”, apontar mais de 820 milhões de pessoas no mundo em situação de insegurança alimentar, a despeito da meta mundial estabelecida pela ONU de alcançar a Fome Zero até 2030, o direito à alimentação adequada tem sido pouco visitado por juristas².

Ocorre que sobreveio a pandemia da COVID-19 e, com ela, restrições ao direito de ir e vir de boa parte da população mundial, inclusive com o fechamento de fronteiras, o que elevou as preocupações acerca da continuidade do abastecimento de

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público e Doutorando da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor da Escola Superior de Advocacia Pública da PGE-RJ (ESAP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5579733201040475>

² CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. A História do Abastecimento e a Historiografia Brasileira. Polis – Laboratório de História Econômico-Social da UFF. Texto de discussão n. 7. Disponível em: https://www.historia.uff.br/polis/files/texto_7.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

alimentos. Somado a isso, excessos de consumo praticados por indivíduos trouxeram à tona o debate sobre a alimentação adequada e a segurança alimentar da população.

Nesse contexto, em que o acesso a alimentos e os meios de abastecer a população voltaram a ser um problema de interesse mundial, identificou-se o problema central que justifica a pesquisa, qual seja: como garantir a segurança alimentar da população diante das restrições de direitos e liberdades impostas pela COVID-19?

A presente pesquisa tem o objetivo geral de demonstrar que as Centrais de Abastecimento são instrumentos do sistema internacional de proteção de direitos humanos e o intuito específico de apontar as consequências jurídicas que decorrem de sua atividade, que é essencial para a garantia da segurança alimentar da população.

Justifica-se este estudo pelos resultados alcançados, que evidenciam argumentos jurídicos úteis para subsidiar a formulação de políticas públicas voltadas para a garantia do direito à alimentação adequada por meio das Centrais de Abastecimento, o que faz o tema deveras desafiador.

Para tanto, utilizaremos a metodologia explicativa, com o auxílio da técnica da análise de documentos e dados obtidos junto a organismos internacionais, consultando-se ainda fontes doutrinárias primárias e secundárias, com uso da interpretação e da hermenêutica jurídica.

2. DELINEAMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa, tal como adiantado, buscou conteúdos em dados primários, não obstante também ter considerado dados secundários para subsidiar qualitativamente a análise. Quanto ao nível do estudo, trata-se de uma pesquisa explicativa que procura identificar quais elementos auxiliam para os fenômenos acontecerem.

Neste trabalho, investiga-se quais fundamentos jurídicos apoiam a hipótese delineada, qual seja, a de que as Centrais de Abastecimento estão inseridas no sistema internacional de proteção de direitos humanos e, por isso, eventuais restrições de liberdades não podem alcançar as atividades lá desenvolvidas porque estas são essenciais para a garantia da alimentação adequada da população.

Foram selecionadas como objeto da pesquisa as Centrais de Abastecimento brasileiras. Os dados, obtidos de fontes públicas oficiais, foram analisados com base no método dedutivo e a pesquisa dos tipos bibliográfica e documental foi utilizada para, partindo-se de regras e princípios reconhecidos como verdadeiros (premissa maior), estabelecer relações com uma segunda proposição (premissa menor) a fim de chegar à conclusão que se propõe, através do raciocínio lógico.

3. REFERENCIAL TEÓRICO

Para o desenvolvimento do presente trabalho, utilizaremos como referencial teórico o que Flávia Piovesan chama de “sistemática normativa de proteção

internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos”³.

Neste trabalho, analisaremos normas jurídicas da *soft law*⁴ com ênfase na reflexão analítica da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵ e da Carta da Organização dos Estados Americanos⁶. Abordaremos as normas contidas no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas⁷ e no Pacto de San Salvador⁸, que tratam do direito à alimentação adequada e sua correlação com o abastecimento de alimentos.

Também adotamos como referencial teórico o Comentário Geral n. 12 de 1999 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do alto comissariado da ONU⁹, órgão controlador da aplicação das disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰ pelos Estados-partes, que interpretou o direito à alimentação adequada e trouxe uma série de consequências jurídicas para os signatários desses tratados, tal como o Brasil.

4. O DIREITO INTERNACIONAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

O documento fundamental do sistema internacional de proteção dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹¹ que, em seu artigo 3º, reconhece que “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e, mais adiante, no art. 25º. 1, prevê que “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação (...)”.

3 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 130.

4 Adotamos o sentido que Yoselyn Bermudez Abreu, Alix Aguirre Andrade e Nelly Manasia Fernandez (2006, vol.13, n.2, pp. 9-30) delinearão para *soft law*: “consideramos que el acatamiento a la Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye deber moral por parte de los Estados, de respetar y proteger los derechos y libertades de los individuos; por tal motivo, la Declaración es una exhortación a los Estados, a celebrar tratados internacionales y crear mecanismos de protección de los derechos humanos”.

5 ONU. [Declaração Universal dos Direitos Humanos]. Resolução ONU n. 217-A de 10/12/1948. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html. Acesso em: 17 jul. 2020.

6 BRASIL. [Carta da Organização dos Estados Americanos]. Decreto n. 30.544, de 14 de fevereiro de 1952. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30544-14-fevereiro-1952-340000-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 mar. 2020.

7 BRASIL. [Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais]. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

8 BRASIL. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

9 ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Comentário Geral n. 12 (1999). Disponível em: <http://www.sesc.com.br/mesabrasil/doc/Coment%C3%A1rio-Geral.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

10 BRASIL. [Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais]. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

11 ONU. [Declaração Universal dos Direitos Humanos]. Resolução ONU n. 217-A de 10/12/1948. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html. Acesso em: 17 jul. 2020.

A carta expressamente reconheceu uma interligação entre o direito à vida, à alimentação, à saúde e ao bem-estar das pessoas, revelando a necessidade de proteção e resguardo de toda cadeia de produção e distribuição de alimentos pela comunidade internacional, para que seja garantido o abastecimento regular e contínuo de víveres para posterior consumo pela população.

Para corroborar o que acima foi descrito, o texto do Anexo IV da Convenção de Genebra¹², adotado, em 1949, pela Conferência Diplomática destinada a elaborar as convenções internacionais para a proteção das vítimas da guerra, que entrou em vigor na ordem internacional em 1950, traz, em seu art. 55º, a obrigação da comunidade internacional de garantir o abastecimento de víveres (alimentos) e medicamentos a “pessoas civis”¹³ em situação de conflito, em clara afirmação da correlação entre o abastecimento de alimentos e os direitos humanos. Essa norma permite, em seu art. 14, que se estabeleçam “zonas neutras” sob tutela do sistema normativo internacional para assegurar proteção às pessoas submetidas a situações de vulnerabilidade.

A análise das normas acima referidas demonstra que a falta ou deficiência de abastecimento de alimentos é uma violação dos direitos humanos que não pode ser tolerada nem mesmo em tempos de guerra e deve ser entendida como um problema de relevância mundial, que legitima a atuação da comunidade internacional e autoriza a utilização de instrumentos jurídicos para a garantia da alimentação adequada da população mundial.

A preocupação com o regular abastecimento de alimentos à população, na comunidade internacional, é anterior à própria fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), que se deu em 24 de outubro de 1945, uma vez que a Food and Agriculture Organization (FAO) foi criada em 16 de outubro de 1945, ou seja, antes da fundação da ONU e da Declaração dos Direitos do Homem.

A FAO trabalha no combate à fome e à pobreza, promove o desenvolvimento agrícola, a melhoria da nutrição, a busca da segurança alimentar e o acesso de todas as pessoas, em todos os momentos, aos alimentos necessários para uma vida ativa e saudável. Uma das ações da FAO é ajudar os países a aperfeiçoar e modernizar suas atividades agrícolas, florestais e pesqueiras, para assegurar uma boa nutrição a todos e o desenvolvimento agrícola e rural sustentável¹⁴.

12 BRASIL. Decreto n. 849, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: [13 Celso Albuquerque de Mello registra que “o protocolo I é considerado o primeiro instrumento de direito internacional em vigor a dar, sem levar em consideração a nacionalidade específica, uma definição explícita de população e de pessoas civis” \(MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 293\).](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20849%2C%20DE%2025,Humanit%C3%A1rio%20aplic%C3%A1vel%20aos%20Conflitos%20Armados. Acesso em: 19 jul. 2020.</p></div><div data-bbox=)

14 FAO. [Food and Agriculture Organization of the United Nations]. Disponível em: www.fao.org. Acesso em: 11 mar. 2020.

Com a fundação da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 30 de abril de 1948, criou-se um sistema de solidariedade e cooperação entre seus Estados-membros no hemisfério ocidental. A própria OEA se define como um organismo regional dentro das Nações Unidas, por isso, adotou-se, na região, um sistema de proteção de direitos humanos semelhante ao que foi cunhado pela ONU¹⁵.

Tanto é assim que a Carta da Organização dos Estados Americanos¹⁶, em seu art. 34, dedica um capítulo ao “desenvolvimento integral” e expõe textualmente a preocupação internacional e regional com o abastecimento de alimentos, ao estabelecer objetivos para o desenvolvimento integral; e, para alcançá-los, estipulou como meta básica, na alínea “j”, a “alimentação adequada, especialmente por meio da aceleração dos esforços nacionais no sentido de aumentar a produção e disponibilidade de alimentos”.

Assim, na medida em que a ONU estabeleceu a necessidade de garantia da alimentação dos indivíduos pelos Estados membros, a OEA, por simetria, incorporou e esmiuçou os preceitos que foram estabelecidos mundialmente, em sua carta, para que tais preceitos fossem adotados no continente americano pelos seus Estados membros.

Nesta altura, merece registro que o reconhecimento expresso do direito à “alimentação adequada”, previsto na alínea “j” do art. 34 da Carta da OEA, decorre inegavelmente dos direitos à vida, à saúde e ao bem-estar, previstos nos artigos 3º e 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, o que comprova que o abastecimento de alimentos é tutelado pelo sistema internacional de proteção de direitos humanos.

Da análise das normas internacionais de direitos humanos é possível extrair que os direitos à saúde, à vida e ao bem-estar dos seres humanos estão inseridos no contexto dos direitos humanos de primeira geração, porque são inerentes ao homem e integram o núcleo individual o qual os Estados não devem interferir. No entanto, o direito à alimentação adequada exige prestações positivas de toda a comunidade internacional e dos Estados que a compõem; por isso, está inserido em normas que tratam de direitos sociais e econômicos, que são direitos humanos de 3ª geração.

Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas¹⁷, de dezembro de 1966, estabelece, no seu art.1º, item 2 que: “um povo não pode ser privado de seus próprios meios de subsistência”. Mais adiante, em seu art.11, estipula que os Estados signatários reconhecem o “direito de todos de usufruir de um padrão de vida adequado para si mesmo e sua família, incluindo moradia,

15 VAL, Eduardo Manuel. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e seu espelho: a Declaração Americana de Direitos Humanos e seus reflexos no constitucionalismo na América Latina. In: PRONER, Carol; OLASOLO, Hector; DURAN, Carlos Villán; RICOBOM, Gisele; BACK, Charlott (org.). *70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2018. p. 173 et seq.

16 BRASIL. [Carta da Organização dos Estados Americanos]. Decreto n. 30.544, de 14 de fevereiro de 1952. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30544-14-fevereiro-1952-340000-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 mar. 2020.

17 BRASIL. [Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais]. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

vestuário e alimentação adequados, e à melhoria contínua das condições de vida”.

O mesmo pacto estabeleceu, em seu artigo 11.2, que os Estados reconhecem que medidas mais urgentes e imediatas são necessárias para assegurar “o direito fundamental a estar livre da fome e da desnutrição”.

Seguindo essa mesma trilha, no continente americano, a OEA, em 1969, firmou o Pacto de San José de Costa Rica, que estabeleceu a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Tal diploma normativo, em seu Capítulo III, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, estabeleceu parâmetros para o desenvolvimento progressivo, onde se afirmou o intuito dos Estados-partes em perseguir a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas (art. 26).

Não é por outro motivo que o Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado durante à XVIII Assembleia-geral da OEA, em São Salvador, em 17 de novembro de 1988, reconhece expressamente, no seu art. 12, o direito à alimentação e o relaciona com a produção, abastecimento e distribuição de alimentos¹⁸. O instrumento demonstrou as preocupações internacionais com a pessoa humana e ressaltou a importância do direito à alimentação adequada para a família e para pessoas em situação de vulnerabilidade, nos artigos 15 e 17.

Assim, o direito à alimentação adequada foi reconhecido pelo sistema normativo de proteção dos direitos humanos, o que o fez vinculante para os Estados que ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mesmo que o ordenamento jurídico nacional não os reconheça, porque os instrumentos jurídicos internacionais, vinculativos ou não, são decorrentes de várias normas que fazem parte do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que obrigam a sua efetivação.

O direito à alimentação adequada também foi abordado no Comentário Geral n. 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU – 1999¹⁹, órgão controlador da aplicação das disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, composto por 18 especialistas independentes, que produz interpretações autorizadas das disposições ratificadas para esclarecer o conteúdo normativo dos direitos, obrigações dos Estados partes e de outros atores, no nível

¹⁸ “Artigo 12 – Direito à Alimentação 1. Toda pessoa tem direito a nutrição adequada, que lhe assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual. 2. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados-partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais referentes à matéria”. (BRASIL. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 19 jul. 2020).

¹⁹ ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Comentário Geral n. 12 – 1999. Disponível em: <http://www.sesc.com.br/mesabrasil/doc/Coment%C3%A1rio-Geral.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

nacional ou internacional.

Em virtude de constituir uma declaração expressa emitida por organismo internacional sobre a matéria, reputa-se pertinente transcrever alguns trechos do Comentário Geral n. 12, de 1999, porque a ratificação pelos Estados-partes dos tratados internacionais sobre a matéria torna vinculantes tais conclusões para estes signatários.

Vejamos assim o item 6 daquele documento, que traz os delineamentos desse direito no plano internacional:

O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada terá de ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não²⁰.

O conteúdo essencial do direito à alimentação adequada veio exposto no item 8 do mesmo instrumento e consiste (i) na disponibilidade do alimento, em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades dietéticas das pessoas, livre de substâncias adversas e aceitável para uma dada cultura; e (ii) na acessibilidade ao alimento de forma sustentável e que não interfira na fruição de outros direitos humanos. O item 21 prescreveu a obrigação de os Estados adotarem políticas públicas voltadas para assegurar a segurança alimentar e, mais adiante, o item 27 estipulou a necessidade de cooperação entre os Estados e a iniciativa privada para resguardo do direito à alimentação.

Vale, nesta altura, transcrever o Comentário Geral n. 12, onde se estipula a necessidade de as organizações da ONU ligadas à alimentação, a FAO, o PMA (Programa Mundial de Alimentos) e o Fundo Internacional para o Desenvolvimento da Agricultura (IFAD), em conjunção com o Programa para Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), o UNICEF, o Banco Mundial e os bancos de desenvolvimento regionais, cooperarem de maneira mais efetiva, aumentando a sua competência para implementar o direito à alimentação em termos nacionais.

40. [...] As organizações da ONU ligadas à alimentação, a FAO, o PMA (Programa Mundial de Alimentos, e o Fundo Internacional para o Desenvolvimento da Agricultura (IFAD), em conjunção com o Programa para Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), o UNICEF, o Banco Mundial e os bancos de desenvolvimento regionais, deveriam cooperar de maneira mais efetiva, aumentando a sua competência para implementar o direito à alimentação em termos nacionais, com o devido respeito a seus mandatos individuais²¹.

20 ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Comentário Geral n. 12 – 1999. Disponível em: <http://www.sesc.com.br/mesabrasil/doc/Coment%C3%A1rio-Geral.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

21 ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Comentário Geral n. 12 – 1999. Disponível em: <http://www.sesc.com.br/mesabrasil/doc/Coment%C3%A1rio-Geral.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

Como visto, no intuito de progressivamente conferir a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas e sociais constantes do sistema normativo de proteção internacional dos direitos humanos, coube à ONU, através da FAO e de outros organismos internacionais, contribuir com ações práticas tendentes a conferir efetividade ao direito à alimentação adequada da população, com a contribuição de toda a sociedade.

5. AS CENTRAIS DE ABASTECIMENTO COMO INSTRUMENTO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A partir da segunda metade do século XX, intensificou-se a instalação de Centrais de Abastecimento de Alimentos, que tinham a função básica de estabelecer uma cadeia de produção e distribuição de alimentos em torno de um espaço físico, destinado a essa atividade pelo poder público, para que, naquele local, realizem-se operações mercantis entre produtores, atacadistas, varejistas e consumidores, a fim de promover e garantir o fluxo constante de alimentos para a população.

No Brasil, desde 1938, havia a preocupação com a garantia do abastecimento de alimentos no país. O Decreto-lei n. 620, de 1938, já naquela época, estipulava prioridade de passagem para os gêneros alimentícios e mercadorias destinados à comercialização em entrepostos. Contudo, somente na década de 60, o Decreto n. 61.391, de 20 de setembro 1967, criou o Plano Decenal de Desenvolvimento Econômico, que legeu as CEASAs como “ponto de reunião de agentes de comercialização”.

Posteriormente, na década de 70, através do Decreto n. 70.502, de 11 de maio de 72, foi criado o Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento (SINAC), que tinha como objetivo instalar Centrais de Abastecimento e Mercados Satélites, programados pelo Governo Federal, para comercializar e distribuir produtos hortifrutigranjeiros, pescados e outros perecíveis, em todo o país.

Naquele período, a FAO prestou assessoria direta no desenvolvimento dos projetos de construção e implantação das instalações das Centrais de Abastecimento no Brasil e no treinamento de técnicos brasileiros, que foram levados a mercados atacadistas (Espanha, Itália, França, Inglaterra, Alemanha e outros), para o conhecimento de técnicas de planejamento, construção e operação de mercado²².

A escolha destes países para o treinamento de técnicos brasileiros não foi por acaso. Desde a antiguidade, existe um grande mercado na capital francesa, primeiro no centro e depois ao norte da cidade. Em 1183, Philippe Auguste construiu dois edifícios de madeira para abrigá-lo e denominou-os *Les Halles*. Na década de 1950, o presidente Charles de Gaulle decidiu mudar sua localização porque o

22 MOURÃO, Ivens Roberto de Araújo; MAGALHÃES, J.S.B. Breve história do mercado atacadista de hortifrutigranjeiros no Brasil. *Revista de Administração Municipal – IBAN*, [s.l.], ano 54, n. 271, p. 13, jul./ago./set. 2009. Disponível em: http://lam.ibam.org.br/revista_detalhe.asp?idr=835. Acesso em: 20 jul. 2020.

local dificultava o movimento de carros. Em 1969, os pavilhões foram esvaziados e parcialmente demolidos. O mercado mudou-se para Rungis, a 7 quilômetros ao sul de Paris, onde, em 1973, estabeleceu-se como o maior mercado de produtos frescos do mundo. O mercado de Rungis é operado pela SEMMARIS que é uma empresa “semi-pública”, que tem sócios públicos e privados, e detém a concessão pública para a construção e operação do mercado atacadista nacional de Paris-Rungis. Seu papel é desenvolver e operar o Mercado, projetando os edifícios e coordenando as obras, mantendo e reparando os equipamentos e instalações e, por último, fornecendo água, eletricidade, serviços de descontaminação e gerenciamento de resíduos, fornecimento de calor, etc.²³.

A Espanha, desde 1202, tem abundantes referências à organização do mercado de Madrid nas jurisdições ditadas por Alfonso VIII, que regulavam todas as funções que a sociedade urbana deve desempenhar. Mas, somente em 1973 foi realizado um projeto associando a Câmara Municipal de Madri à Empresa Nacional “MERCASA” para a constituição de uma Empresa Mista sob o nome de Mercados Centrais de Abastecimento de Madri, S.A. (Mercamadrid)²⁴. Essa sociedade anônima se dedica a organizar, administrar o mercado atacadista de Madrid e demais cidades adjacentes.

Na Itália, em 1956, foi fundada a “Società per l’Impianto e l’Esercizio dei Mercati Annonari all’Ingrosso di Milano – SO.GE.M.I. S.p.A.”, que é uma sociedade anônima de direito privado e capital fechado, criada pelo Município de Milão para a administração de serviço público de interesse geral de administração dos mercados agroalimentares de atacado na cidade, por meio da prestação de serviços às atividades comerciais realizadas pelos operadores do mercado²⁵.

Com essa iniciativa, a cidade de Milão se tornou a primeira administração municipal da Itália a confiar a gestão de mercados atacadistas a uma sociedade por ações *ad hoc*. A “convenzione del 27 maggio 1980”, do Município de Milão, revogou todas as concessões anteriores de mercados atacadistas públicos e atribuiu à SO.GE.MI S.p.A. o direito de superfície – sujeito à despersonalização –, das áreas fixas, instalações e equipamentos do imóvel onde se situava o antigo mercado, a partir de 1º de julho de 1980, por um período de 60 anos, para serem utilizados para o estabelecimento e gerenciamento de Mercados atacadistas públicos “próprios” da SO.GE.MI S.p.A. A partir daquele ato, a empresa construiu novas estruturas que começaram a operar em agosto de 2000 no local em que situa até os dias atuais²⁶.

23 Rungis Market. *The role and tasks of Semmaris*. Disponível em: <https://www.rungisinternational.com/en/about-us/semmaris-the-company-that-manages-the-market/the-role-and-tasks-of-semmaris/>. Acesso em: 11 mar. 2020.

24 MERCAMADRID. *Mercamadrid, capital de los mercados*. Disponível em: <https://www.mercamadrid.es/historia/>. Acesso em: 11 mar. 2020.

25 Società per l’Impianto e l’Esercizio dei Mercati Annonari all’Ingrosso Di Milano S.p.A. *Statuto Sociale*. Art. 1º. Disponível em: https://amministrazione-trasparente.sogemispaspa.it/sogemi/amministrazione-traspar/Disposizioni-Generali/atti-generalisti/statuto-aggiornato_1.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

26 SO.GE.M.I. S.p.A. *Storia*. Disponível em: <https://www.sogemispaspa.it/sogemi-spa/storia/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Notou-se na França, na Espanha e na Itália o mesmo paradigma cunhado pelos organismos internacionais para as Centrais de Abastecimento do Brasil. Não é mera coincidência a adoção do mesmo modelo de atuação estatal na cadeia de abastecimento de alimentos em diversos países. O modelo foi implantado em várias partes do globo com a participação ativa da FAO, fato que aponta no sentido de que as Centrais de Abastecimento de Alimentos são instrumentos do sistema internacional de proteção dos direitos humanos porque os países membros da ONU, através delas, proporcionam o acesso à alimentação adequada.

No Brasil, o primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico (PND), instituído pela Lei n. 5.727 de 1971, implantou Centrais de Abastecimento em 10 cidades brasileiras²⁷, dando início a era das CEASAs no país.

O modelo brasileiro de instalação das CEASAs seguiu as mesmas diretrizes e mecanismos que haviam sido experimentados em outras partes do mundo. O Estado destinava um imóvel para a instalação das Centrais de Abastecimento e o valor correspondente ao imóvel e demais obras realizadas era destinado à constituição do capital de uma empresa estatal, sob a forma de Sociedade Anônima, a qual, dentre outras atividades, teria essencialmente que garantir o pleno funcionamento do mercado de abastecimento de alimentos, através da alocação, no referido espaço físico, de produtores, atacadistas, varejistas e consumidores.

A partir da análise das fontes diretas e indiretas acima citadas, podemos sustentar que as Centrais de Abastecimento são um instrumento do sistema internacional de proteção de direitos humanos, porque foram implantadas mundialmente, seguindo um mesmo modelo, com incentivo de organismos internacionais, para a garantia do direito à alimentação adequada, no âmbito territorial dos estados nacionais.

6. FOME ZERO E BANCO DE ALIMENTOS: A CONSOLIDAÇÃO DAS CENTRAIS DE ABASTECIMENTO NO SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

No ano de 1974 a ONU criou o Comitê de Segurança Alimentar (CSA) e a FAO promoveu a I Conferência Mundial de Alimentação. Em 1992, foi realizada a Conferência internacional de Nutrição, em que a FAO ampliou o conceito de segurança alimentar, agregando dimensões nutricionais e sanitárias. A partir desse evento, passou-se a adotar o conceito de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) como nova diretriz para estratégias de combate à fome.

No ano de 1996, 185 países, além da Comunidade Europeia, assinaram a Declaração de Roma sobre Segurança Alimentar. Esses países se comprometeram a erradicar a fome, reduzindo-a pela metade até o ano de 2015. Foi nesse

27 1972: Brasília, Fortaleza, Recife, Rio de Janeiro, São Gonçalo; 1973: Salvador, Aracaju, Porto Alegre; 1974: Belo Horizonte, João Pessoa.

evento que despontou para o cenário internacional o conceito de soberania alimentar²⁸.

Em 8 de setembro de 2000, foi realizada a Cúpula do Milênio da ONU, ocasião em que os países membros das Nações Unidas assumiram o compromisso de reduzir a pobreza extrema global. A Declaração do Milênio estabeleceu objetivos, metas e indicadores específicos, que deveriam ser atingidos até o ano de 2015. Dentre “os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio” o primeiro é “acabar com a fome e a miséria”. Instituiu-se, assim, a meta “Zero Hunger” ou “Fome Zero”, no plano internacional.

Em 2002, a Cúpula Mundial da Alimentação + 5 (CMA + 5), apontou a correlação entre fome e pobreza, destacando a importância do comércio internacional e da produção local, além do incremento da produtividade agrícola como ferramenta adequada de combate à pobreza rural, e invocou ainda uma Aliança Internacional contra a Fome.

No Brasil, o “Projeto Fome Zero – Uma Proposta de Política de Segurança Alimentar para o Brasil”, foi lançado em 2001 pela ONG Instituto Cidadania e, em 2002, uma missão conjunta da FAO, BID e Banco Mundial, com a participação de cerca de 60 técnicos de âmbito internacional e nacional, reuniu-se em Brasília para tratar da temática da segurança alimentar e da agricultura familiar²⁹. Nesse período, o Brasil, através do trabalho de José Graziano, Walter Belik e Maya Takagi³⁰, alcançou posição de destaque no cenário internacional da segurança alimentar.

Por meio da Medida Provisória n. 103, de 1º de janeiro de 2003, posteriormente convertida na Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, foi criado o Ministério Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome, e o Decreto n. 4.564, de 1º de janeiro de 2003, reforçou as ações do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Assim, a partir de 2003, a Lei Orçamentária Anual (LOA), foi utilizada para realizar transferências de renda para a compra de alimentos através do Programa Cartão Alimentação e do Programa Nacional de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA), instituído pela Lei n. 10.696, de 2 de julho de 2003, com a finalidade de ampliar o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), compreendendo ações vinculadas à distribuição de produtos agropecuários para pessoas em situação de insegurança alimentar e à formação de estoques estratégicos.

Em 2004, a Lei n. 10.836, de 9 de janeiro, instituiu o Bolsa Família, unificando os programas federais de transferência de renda: Bolsa Escola, Bolsa Alimentação,

28 BELIK, Walter. Projeto Fome Zero: O Desenho de uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional para o Brasil. In: *Fome Zero: Uma História Brasileira*. Organizadora: ARANHA, Adriana Veiga. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Assessoria Fome Zero, v. 1, 2010, p.176 et seq. ISBN 978-85-60700-42-4. MALUF, Renato. Construção do SISAN, Mobilização e Participação Social. In: *Fome Zero: Uma História Brasileira*. Organizadora: ARANHA, Adriana Veiga. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Assessoria Fome Zero, v. 2, 2010. ISBN 978-85-60700-42-4.

29 TAKAGI, Maya. A Implantação do Programa Fome Zero no Governo Lula. In: *Fome Zero: Uma História Brasileira*. Organizadora: ARANHA, Adriana Veiga. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Assessoria Fome Zero, v. 1, 2010.

30 Todos publicado em: *Fome Zero: Uma História Brasileira*. Organizadora: ARANHA, Adriana Veiga. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Assessoria Fome Zero, v. 1 e v. 2, 2010.

Programa Nacional de Acesso à Alimentação e Auxílio Gás. No mesmo ano, a Lei n. 10.865, de 30 de abril de 2004, promoveu a desoneração da alimentação e implantou a alíquota zero do PIS/COFINS para hortifrútiis, ovos, arroz, feijão e farinha de mandioca, e também para adubos, fertilizantes, defensivos, sementes e vacinas de uso veterinário.

Sobreveio a Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN – Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006) que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), para assegurar o direito humano à alimentação adequada. Esses diplomas legais instituíram juridicamente o “Programa Fome Zero” no Brasil e alçaram o país a um protagonismo na FAO³¹.

Voltando ao plano internacional, em 2008 a FAO realizou a “Conferência de Alto Nível sobre Segurança Alimentar: os Desafios das Mudanças Climáticas e Bioenergia”. A conferência apontou as possíveis causas da alta dos preços decorrentes de mudanças climáticas. Em 2009, a FAO organizou uma nova Cúpula Mundial da Alimentação com o objetivo de manter acesa a chama dos compromissos firmados ao longo das últimas décadas.

No Brasil, a Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009, instituiu o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) que dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e determina a utilização de, no mínimo, 30% dos recursos repassados pelo governo federal, para que as compras do PNAE sejam direcionadas para a agricultura familiar local, com prioridade para assentamentos rurais, comunidades indígenas, tradicionais e quilombolas. Logo depois, a Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010, incluiu o direito à alimentação no rol de direitos sociais reconhecidos pela Constituição Brasileira.

Uma das ações que visam à implementação da segurança alimentar no Brasil é o “Banco de Alimentos”, que são estruturas físicas e/ou logísticas que ofertam o serviço de captação e/ou recepção e distribuição gratuita de gêneros alimentícios oriundos de doações dos setores privados e/ou públicos, que seriam desperdiçados, e destiná-los às instituições sociais que atendem um público em situação de alta vulnerabilidade social.

Os Bancos de Alimentos integram a estrutura operacional do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), e são destinados a: (i) promover a alimentação adequada e saudável e a valorização dos hábitos alimentares regionais; (ii) apoiar logística na execução das compras públicas de alimentos do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); (iii) reduzir a perda e o desperdício de alimentos que ofereçam qualidades sanitárias e sensoriais adequadas para o consumo humano; e (iv) realizar atividades de educação alimentar e nutricional em conjunto com instituições sociais que apoiam pessoas em situação de vulnerabilidade social e pobreza.

31 O Brasil, através de José Graziano da Silva, exerceu a Diretoria-Geral Adjunto para a América Latina e o Caribe e a Diretoria Geral da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação (FAO), de 2012 a 2019. Informação disponível em: <http://www.fao.org/director-general/former-dg/director-general/about-me/pt/>. Acesso em 20/03/2020

Em 2015, durante a Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio foram substituídos pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que passaram a ser o novo paradigma para a elaboração de políticas públicas e para as atividades de cooperação internacional até o ano de 2030. Neste, novamente, elegeu-se como objetivo “Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável” e, como primeira meta, “até 2030, acabar com a fome e garantir o acesso de todas as pessoas, em particular os pobres e pessoas em situações vulneráveis, incluindo crianças, a alimentos seguros, nutritivos e suficientes durante todo o ano”.

Em 2016, a Portaria n. 16 do Ministério do Desenvolvimento Social e combate à fome instituiu a Rede Brasileira de Bancos de Alimentos e textualmente, em seu art. 3º, admitiu a participação das “Centrais de Abastecimento – Ceasa” no programa.

Com base nas normas acima descritas, é possível sustentar que as Centrais de Abastecimento consolidaram a meta “fome zero” e, os Bancos de Alimentos, sua participação como instrumentos de realização dos preceitos normativos estabelecidos no plano internacional, incorporados ao ordenamento jurídico interno por meio de regras descritivas de políticas públicas voltadas para a garantia do direito à vida e à alimentação adequada.

A realização de ações, tais como o Banco de Alimentos, que são destinadas a alcançar a meta de “fome zero”, nas Centrais de Abastecimento, permite-nos afirmar que, de fato, tratam-se de instrumentos do sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos.

7. CONCLUSÃO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DAS CENTRAIS DE ABASTECIMENTO COMO INTEGRANTES DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Tal como acima demonstrado, a instalação das Centrais de Abastecimento, em diversos países, foi estimulada e apoiada pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas, através de atuação ativa da FAO.

Após instaladas, as Centrais de Abastecimento passaram a exercer uma atividade essencial para a população, não só na garantia do abastecimento de gêneros alimentícios, mas também como instrumento de veiculação de políticas públicas voltadas para a garantia do direito à alimentação adequada, como ocorre nos Bancos de Alimentos, que é uma ação decorrente da meta “Zero Hunger” da ONU.

O reconhecimento de que as Centrais de Abastecimento são instrumentos do sistema internacional de proteção dos direitos humanos traz consequências jurídicas que precisam ser divulgadas cientificamente para que seja possível extrair, por meio da hermenêutica jurídica, as possíveis políticas públicas que podem ser formuladas para a garantia da segurança alimentar da população.

A primeira consequência jurídica que se pode vislumbrar é o reconhecimento internacional da essencialidade da atividade das Centrais de Abastecimento, o que atrai para estas a característica de serem indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da sociedade porque se não forem mantidas, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população³².

Outra consequência jurídica que se observou foi a possibilidade de se declarar, internacionalmente, as Centrais de Abastecimento como “zonas neutras”, porque em situações de emergência, nos termos do art. 55º do Anexo IV da Convenção de Genebra, é obrigação da comunidade internacional garantir o abastecimento de víveres (alimentos) e medicamentos a pessoas submetidas a situação de vulnerabilidade.

Daí decorre a obrigação dos países garantirem a “livre passagem” de gêneros alimentícios por seus territórios, quando destinados às Centrais de Abastecimento, mesmo em tempos de exceção decorrentes de pandemias, calamidades ou guerras, porque a garantia da alimentação adequada deve prevalecer sobre questões territoriais.

Também se pode extrair que as organizações da ONU ligadas à alimentação, o UNICEF, o Banco Mundial e os bancos de desenvolvimento regionais, tem a obrigação de cooperar de maneira mais efetiva para implementar o direito à alimentação em termos nacionais, o que atrai a possibilidade de se obter financiamento internacional para programas e ações desenvolvidos nas Centrais de Abastecimento.

Verifica-se a essencialidade da atividade desenvolvida pelas Centrais de Abastecimento, que atrai para estas a possibilidade de conceder, por extensão, tratamento diferenciado para os envolvidos na sua operação e funcionamento. Assim, o envolvimento de uma pessoa, natural ou jurídica, na atividade desenvolvida por essas centrais dá ensejo a uma proteção jurídica especial, dos países e da comunidade internacional, fazendo com que esses agentes passem a ter tratamento diferenciado.

Isso significa que decorre da essencialidade da atividade das Centrais de Abastecimento a obrigação da comunidade internacional de conceder tratamento especial às pessoas envolvidas em sua operação e funcionamento, porque esses agentes garantem a manutenção do direito à alimentação adequada da população.

No entanto, o principal efeito jurídico reconhecido por esta pesquisa foi a possível responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostrarem falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos, o que significa dizer que toda a comunidade internacional deve não só apoiar como também colaborar para que as Centrais de Abastecimento tenham condições de operação e funcionamento condizentes com a importância das atividades por elas desenvolvidas, porque estas se dedicam a materializar o direito à alimentação adequada, que é uma das formas de garantia do direito à vida.

32 No Brasil, os incisos II, XII, XV, XVI, XVII e XVIII do art. 3º do Decreto n. 282/2020 reconhecem a essencialidade da atividade das CEASAs.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELIK, Walter. *Abastecimento e segurança alimentar: os limites da liberalização*. Campinas: UNICAMP, 2000.
- BELIK, Walter. *Como as empresas podem apoiar e participar do combate à fome*. São Paulo: Instituto Ethos, 2003.
- BELIK, Walter. *Muito Além da porteira – mudanças nas formas de coordenação da cadeia agroalimentar no Brasil*. Campinas: UNICAMP, 2001.
- BELIK, Walter. *Políticas de seguridad alimentaria y nutrición em América Latina*. São Paulo: Ed. Hucitec, 2004.
- BELIK, Walter. Projeto Fome Zero: O Desenho de uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional para o Brasil. In: *Fome Zero: Uma História Brasileira*. Organizadora: ARANHA, Adriana Veiga. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Assessoria Fome Zero, v. 1, 2010. ISBN 978-85-60700-42-4.
- BERMUDEZ ABREU, Yoselyn; AGUIRRE ANDRADE, Alix; MANASIA FERNANDEZ, Nelly. El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre. *Frónesis* [online], v.13, n.2, pp. 9-30, 2006. Disponível em <http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S131562682006000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1315-6268. Acesso em 19 mar. 2020.
- BRASIL. [Carta da Organização dos Estados Americanos]. Decreto n. 30.544, de 14 de fevereiro de 1952. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30544-14-fevereiro-1952-340000-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 11 mar. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 849, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20849%2C%20DE%2025,Humanit%C3%A1rio%20aplic%C3%A1vel%20aos%20Conflitos%20Armados. Acesso em: 19 jul. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.
- BRASIL. [Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais]. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.
- CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. A História do Abastecimento e a Historiografia Brasileira. *Polis – Laboratório de História Econômico-Social da UFF*. Texto de discussão n. 7. Disponível em: https://www.historia.uff.br/polis/files/texto_7.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.
- FAO. [Food and Agriculture Organization of the United Nations]. Disponível em: www.fao.org. Acesso em: 11 mar. 2020.
- LINHARES, Maria Yedda Leita; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. *História política do abastecimento: (1918 – 1974)*. Brasília: Binagri, 1979.
- MALUF, Renato. Construção do SISAN, Mobilização e Participação Social. In: *Fome Zero: Uma História Brasileira*. Organizadora: ARANHA, Adriana Veiga. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Assessoria Fome Zero, v. 2, 2010. ISBN 978-85-60700-42-4.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- Mercamadrid, capital de los mercados. MERCAMADRID. Disponível em: <https://www.mercamadrid.es/historia/>. Acesso em: 11 mar. 2020.
- MOURÃO, Ivens Roberto de Araújo; MAGALHÃES, J.S.B. Breve história do mercado atacadista de hortigranjeiros no Brasil. *Revista de Administração Municipal – IBAN*, [s.l.], ano 54, n. 271, p. 13,

jul./ago./set. 2009. Disponível em: http://lam.ibam.org.br/revista_detalle.asp?idr=835. Acesso em: 20 jul. 2020.

ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Comentário Geral n. 12 – 1999. Disponível em: <http://www.sesc.com.br/mesabrasil/doc/Coment%C3%A1rio-Geral.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

ONU. [Declaração Universal dos Direitos Humanos]. Resolução ONU n. 217-A de 10/12/1948. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html. Acesso em: 17 jul. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SOCIETÀ PER L'IMPIANTO E L'ESERCIZIO DEI MERCATI ANNONARI ALL'INGROSSO DI MILANO S.P.A. Statuto Sociale. Art. 1º. Disponível em: https://amministrazione-trasparente.sogemispait/sogemi/amministrazione-trasp/Disposizioni-Generali/atti-generalistatuto-aggiornato_1.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

SO.GE.M.I. S.p.A. Storia. Disponível em: <https://www.sogemispait/sogemi-spa/storia/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

The role and tasks of Semmaris. RUNGIS MARKET. Disponível em: <https://www.rungisinternational.com/en/about-us/semmaris-the-company-that-manages-the-market/the-role-and-tasks-of-semmaris/>. Acesso em: 11 mar. 2020.

VAL, Eduardo Manuel. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e seu espelho: a Declaração Americana de Direitos Humanos e seus reflexos no constitucionalismo na América Latina. In: PRONER, Carol; OLASOLO, Hector; DURAN, Carlos Villán; RICOBOM, Gisele; BACK, Charlott (org.). *70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2018, p. 173 et seq.

TAKAGI, Maya. A Implantação do Programa Fome Zero no Governo Lula. In: *Fome Zero: Uma História Brasileira*. Organizadora: ARANHA, Adriana Veiga. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Assessoria Fome Zero, v. 1, 2010.

TAKAGI, Maya; SILVA, José Graziano da; BELIK, Walter (Orgs). *Combate à fome e à pobreza rural*. São Paulo: Instituto Cidadania, 2002, p. 131 et seq.

APONTAMENTOS SOBRE O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO FACE À TRANSNACIONALIDADE NA SOCIEDADE GLOBALIZADA PÓS-MODERNA: O EXEMPLO DA IUCN¹

Evandro Régis Eckel²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Transnacionalidade, globalização e neoliberalismo; 3. Crise de soberania e pós-modernidade; 4. Transnacionalização da dimensão jurídica; 5. Direito Ambiental na perspectiva transnacional: o exemplo da IUCN; 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO: O artigo desenvolve apontamentos sobre a crise de soberania dos Estados modernos na sociedade contemporânea, marcada pelo processo de globalização, e a consequente redefinição do papel do Estado e do Direito nesse cenário pós-moderno, em que surge o fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, para além do direito internacional. Destaca, no plano transnacional, na área ambiental, a *International Union for Conservation of Nature* – IUCN, organização que formula diretrizes e recomendações aos Estados em matéria de proteção da biodiversidade, como o Sistema de Classificação de Manejo de Áreas Protegidas e a Lista Vermelha de Espécies Ameaçadas, os quais têm sido adotados pelos mais diversos níveis de governança, devido à reputação e expertise técnica da entidade.

1. INTRODUÇÃO

A crise de soberania na sociedade globalizada traz inúmeras controvérsias quanto à sobrevivência e redefinição do papel do Estado moderno, e também sobre qual o lugar e a função que ocupa o Direito no transnacionalismo pós-moderno.

No presente artigo, busca-se desenvolver apontamentos sobre o papel do Estado e do Direito no contexto globalizado da sociedade atual. Para tanto, necessário discorrer, a partir da visão de alguns autores, sobre as categorias de transnacionalidade, globalização, neoliberalismo, internacionalização e sociedade pós-moderna,

¹ Artigo desenvolvido a partir de *paper* apresentado para conclusão da disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade, no Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI.

² Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI com dupla titulação em *Territorio, Urbanismo e Sostenibilidad Ambiental en el marco de la economia circular* pelo *Instituto Universitario del Agua y las Ciencias Ambientales* – IUACA, Universidade de Alicante, Espanha.

para alcançar a diagnosticada crise de soberania dos Estados-nações e o fenômeno da transnacionalização do Direito.

Aborda-se, como exemplo da perspectiva jurídica transnacional, no campo ambiental, o exemplo da *International Union for Conservation of Nature* – IUCN, organização não governamental que, por seu prestígio, expertise e respeitabilidade, tem logrado a adoção por governos nacionais, infra e supranacionais, além de organismos internacionais, do conjunto de diretrizes e recomendações científicas que seus especialistas desenvolvem, com o objetivo de estabelecer padrões para se obter linguagem e ferramentas comuns e apoiar iniciativas nesse setor de conservação da natureza e proteção da biodiversidade.

2. TRANSNACIONALIDADE, GLOBALIZAÇÃO E NEOLIBERALISMO

Malogradas as experiências comunistas, com a queda do muro de Berlim e a recente abertura de Cuba, o sistema capitalista se tornou hegemônico, chegando Francis Fukuyama a se referir à globalização, com a universalização dos valores da democracia liberal e da ordem econômica baseada nos princípios da economia de mercado, como o fim da história.³

O período industrial do capitalismo ensejou a sociedade de produção. A partir da segunda metade do século XX, no pós-guerra, houve novo e significativo avanço tecnológico e consequente barateamento e facilitação dos meios de transporte e dos meios de comunicação, que possibilitam a intensificação do comércio, a expansão do capital financeiro e a emergência de novos sujeitos transnacionais no cenário mundial. O avanço tecnológico decorreu em grande medida da necessidade de intensificação comercial, resultando no fenômeno conhecido como globalização, ou, como preferem os franceses, mundialização.

Fala-se, hoje, que se vive na sociedade da informação. O extraordinário avanço tecnológico, em que se destaca o advento da rede mundial de computadores, provocou uma “compressão tempo/espaço”, na qual o tempo é acelerado e o espaço é comprimido, expressão que “encerra a multifacetada transformação em curso dos parâmetros da condição humana”, como aponta o sociólogo Zygmunt Bauman, para quem é bem provável que o último quarto do século XX passe à história como o da “Grande Guerra

3 Cf.: Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u29838.shtml>>. Acesso em: 10 fev. 2018. Marcelo Neves, partindo da teoria da autonomização dos sistemas sociais de comunicação na modernidade (política, economia, ciência, arte, direito etc.), de Niklas Luhmann, afirma que embora a sociedade mundial, que nasce com a sociedade moderna, não possa ser identificada economicamente com o sistema capitalista mundial, pois é multicêntrica, pode ser caracterizada, no plano estrutural, por um “primado social da economia”, que passa a constituir o mais relevante fator entre os ambientes dos diversos sistemas parciais da sociedade mundial (moderna). Já no plano da semântica (autodescrição da sociedade), o autor vai dizer que o sistema dos meios de comunicação de massa assume o primado na sociedade mundial, atuando seletivamente em face das diversas possíveis autodescrições da sociedade. Economia e mídia, sistemas baseados em expectativas cognitivas, não dependem de segmentação territorial para se reproduzirem, diferentemente da política, que depende ainda dos Estados, tornando a política e o direito, sistemas normativos, relativamente fracos diante dos sistemas que se reproduzem no plano mundial. (*In*: **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Flores, 2009. p. 22 – 31).

da Independência em relação ao Espaço: [...] Com o tempo de comunicação implodindo e encolhendo para a insignificância do instante, o espaço e os delimitadores de espaço deixam de importar”. O aparecimento da internet “pôs fim – no que diz respeito à informação (que não envolve o movimento de corpos físicos) – à própria noção de viagem (e de ‘distância’ a ser percorrida)” tornando a informação instantaneamente disponível em todo o planeta⁴.

Para o geógrafo Milton Santos, com a aceleração contemporânea, deu-se uma *contração no espaço/tempo*, de sorte que “a própria geografia parece contribuir para que a história se acelere”⁵.

Joana Stelzer afirma que a transnacionalidade, enquanto fenômeno, não se distingue da globalização, pois nasce do seu contexto, mas possui características próprias que viabilizam seu surgimento como categoria. *Transnacional* é concebido como aquilo que *atravessa* o nacional, que *perpassa* o Estado, estando além da concepção de soberania. A *desterritorialização* é uma de suas principais características; o território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro. É o território virtual.⁶

Para as empresas, a globalização traduziu-se na desterritorialização da cadeia produtiva, fenômeno que se inicia da década de 1960, de modo que uma mercadoria é criada e montada em várias partes do mundo, dependendo das condições mais favoráveis que cada país apresente, seja de matéria-prima, de mão-de-obra, ou de restrições ambientais. E isso movimenta os intensos processos de fusão e incorporação de capital das megafirmas. São os benefícios que a “*não localização*” permite, abrangendo também o setor de serviços: desde que uma tarefa possa ser separada de outras atividades, há a possibilidade de prestá-la no local mais conveniente do ponto de vista econômico.⁷

A indústria europeia ocidental começou a se mudar maciçamente para fora da Europa central. Bauman menciona um comentário de Martin Woollacott, no jornal *The Guardian* de 14 de junho de 1997, de que, em dez dias, três empresas europeias cortaram empregos em escala suficiente para se equiparar aos números mencionados nas propostas dos novos governos francês e britânico para a criação de empregos, deslocando-se para a Ásia, Europa Central e América Latina.⁸

Enfatiza Stelzer que as novas dimensões produtivas encontraram nas corporações transnacionais – CTNs a fórmula empresarial correspondente. Elas condensaram alta tecnologia e capacidade de produção em escala mundial, atuando mediante estratégia global. E refere, também, a ultravalorização do capitalismo, no sentido da busca

4 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 7, 15, 20 e 22. “A distância é um produto social e sua extensão varia de acordo com a velocidade com que pode ser vencida” (p. 19).

5 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 23. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2013. p. 165.

6 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15 – 53, p. 16, 24, 25 e 50.

7 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, 2009. p. 25 – 27.

8 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas, 1999. p. 63 – 64.

do lucro como espírito vetor, citando Alain Touraine, para quem, “a globalização é uma forma extrema de capitalismo que não tem mais contrapeso”, forçando as nações a abandonarem suas estratégias nacionais para incorporação do ideário neoliberal.⁹

O neoliberalismo retoma os princípios do pensamento liberal econômico de Adam Smith e a imagem da “mão invisível” do mercado, segundo a qual o bem de todos resultaria do livre jogo de todos os egoísmos pessoais, e, também, a ideia do Estado-mínimo, influenciando privatizações, desregulamentação e redução do Estado social, que vem sendo aplicada desde o início da década de 1980, sob o impulso dos governos Thatcher, no Reino Unido, e Reagan, nos Estados Unidos – EUA.

Porém, não se pode confundir o liberalismo com o neoliberalismo. Há diferenças sutis, mas importantes. O primeiro estava atado à sociedade nacional, ao mercado doméstico e ao capitalismo competitivo, respeitando a soberania nacional. O neoliberalismo, por sua vez, representa a globalização, entendendo que o capitalismo global é autorregulável e tende sempre a reequilibrar-se¹⁰, devendo as distorções serem resolvidas sem a intervenção do Estado.

A questão que surge é a capacidade desse mercado mundial se autorregular, na ausência de instâncias transnacionais reguladoras e fiscalizadoras do processo financeiro além-fronteira, em razão da evidente impotência e incapacidade estatal de controlar tais atividades. Merece ênfase, como efeito dessa desregulamentação financeira, a crise dos *subprimes* de 2008 nos EUA.

A globalização tem sido distinguida da internacionalização. Conforme o próprio termo indicava, *internacionalização* diz respeito a relações entre países (portanto, entre estados-nação), de forma bilateral ou multinacional. A internacionalização se refere ao desenvolvimento dos fluxos de exportação e, simplesmente, ao aumento da extensão geográfica das atividades econômicas através das fronteiras nacionais, o que não é um fenômeno novo. Já o fenômeno da globalização é qualitativamente diferente. É uma forma mais avançada e complexa da internacionalização, ligando-se a fluxos de investimento e implantações no estrangeiro, correspondendo à instalação de sedes mundiais de produção e de informação, implicando certo grau de integração funcional entre as atividades econômicas dispersas, aplicando-se o conceito, portanto, à produção, à distribuição e ao consumo de bens e de serviços, organizados a partir de uma estratégia mundial voltada para um mercado mundial, conforme analisam Georges Benzo e Renato Ortiz.¹¹

Também a multinacionalização é fenômeno associado à ideia de expansão para outros países, porém ainda não em escala global. A economia do pós-guerra é o momento germinal da globalização, período de forte crescimento econômico em que houve o surgimento de organizações governamentais de influência global e de empresas

9 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, 2009. p. 28 – 29. Para François Chesnais, citado por Stelzer, “a globalização é a expressão das forças de mercado, por fim liberadas” (p. 17).

10 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, 2009. p. 28 – 30.

11 Cf. STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, 2009. p. 17.

privadas que começaram o fracionamento das unidades de produção, desenvolvendo estratégias e capacidades organizacionais que permitissem a elas serem receptivas às diferenças entre os ambientes nacionais e o resto do mundo, sendo, por isso, chamadas de multinacionais, como analisa Miguel Lima.¹² O capital financeiro começa a se expandir e surgem as filiais ou subsidiárias na década de 1960 e 1970. O mercado mundial é entendido, ainda, como um conjunto de Estados, simples somatórios das unidades territoriais. Em suma, a multinacionalização é apenas a multiplicação das relações empresariais em mais de um Estado.

Por sua vez, a *globalização* é processo de natureza eminentemente econômico-comercial, e se caracteriza pela emergência de novos focos de poder transnacional, sofrendo os Estados nacionais “interferência cruzada de atores transnacionais”, na expressão do sociólogo alemão Ulrick Beck, implicando o enfraquecimento da soberania dos Estados-nacionais, e ensejando uma “sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial”.¹³ Stelzer descreve, consoante Benko, o espaço do capitalismo pós-moderno, “a acumulação flexível que se caracteriza pela hipermobilidade do capital”¹⁴. As fronteiras nacionais tornaram-se permeáveis à livre circulação do capital.

Do ponto de vista da Organização Mundial do Comércio – OMC, o avanço tecnológico foi motivado por demandas do sistema comercial mundial, que precisava da diminuição de custos para amalgamar o intenso fluxo de bens, e entre as forças de impulsão global das relações comerciais, destaca a OMC os inventos, como o motor a explosão, de uso na aviação, os contêineres para a navegação internacional, a tecnologia da informação e as comunicações (microprocessadores, computadores pessoais, telefones celulares e internet), o plástico e a biotecnologia. Cita também as mudanças nas decisões de política econômica dos Estados, como a eliminação das restrições ao comércio internacional e a viabilidade de investimentos estrangeiros.¹⁵

3. CRISE DE SOBERANIA E PÓS-MODERNIDADE

O conceito e a realidade histórica de Estado¹⁶, Soberania e Constituição¹⁷ são

12 Cf. STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, 2009. p. 18.

13 Cf. STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, 2009. p. 19 – 20.

14 Cf. STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, 2009. p. 19.

15 Cf. STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, 2009. p. 23.

16 Falar de Estado em se tratando de Roma é um artificialismo, destaca Dalmo de Abreu Dallari, citado por PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 3. ed. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017. p. 10.

17 De acordo com Marcelo Neves (**Transconstitucionalismo**, 2009), o sentido moderno de Constituição vincula-se ao constitucionalismo que resultou das revoluções liberais dos fins do século XVIII na França e nos Estados Unidos e, de maneira atípica, da evolução jurídico-política britânica. Decorreu de dois problemas fundamentais, a saber, a emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais ou humanos, e associado a isso, a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder, que também se relacionava com a questão da crescente especialização das funções (p. XX – XXI). É importante enfatizar, ainda, a observação de que as cartas de liberdade ou pactos de poder do período medieval, como a Carta Magna de 1215, do Rei João Sem-Terra, desenvolveram-se no âmbito dos conflitos (pontuais, e não abrangentes) de interesses dos barões feudais e da burguesia emergente (portanto particulares e não universais) contra o monarca no âmbito do Estado absoluto, mas não devem ser confundidos com a Constituição em sentido moderno. (p. 19). Acrescente-se que Constituição é o mecanismo que possibilita a

produtos, construções e conquistas da Era Moderna. O Estado é a instituição central da modernidade, e a expressão Estado moderno constitui tautologia, posto que só há “Estado” na modernidade, como acentua José Luis Bolzan de Moraes.¹⁸

A passagem do medievo para o Estado moderno se deu na medida em que se avançava do feudalismo em direção ao capitalismo. A expansão mercantilista e o fortalecimento da crescente burguesia demandavam a unificação do poder. A primeira versão do Estado moderno foi absolutista. O poder soberano era absoluto e perpétuo, se concentrava na figura do rei e se exercia nos limites de um país, com fundamento na vontade divina. Posteriormente, a soberania é transferida da pessoa do rei para o povo, construção influenciada por Rousseau e que foi o alicerce da Revolução Francesa, surgindo o Estado de Direito liberal, dito mínimo ou absenteísta, garantidor da liberdade, da segurança e da propriedade privada dos indivíduos contra o próprio Estado. Soberania popular, sufrágio universal e democracia representativa, portanto, também caracterizam a era moderna. A lei, geral e abstrata, torna-se a expressão da vontade geral, impondo limites ao próprio poder.¹⁹ Há uma legitimação política (democrática) do direito e uma legitimação jurídica (*rule of law*) da política.²⁰

Também o conceito de pessoa está associado à semântica moderna da individualidade, e não estava presente nas sociedades anteriores, vez que não se distinguia claramente entre homem e sociedade-organização. O homem era concebido como membro ou não-membro, não havendo instituição de direitos, mas atribuição de privilégios de *status*.²¹ Como observa Neves, apoiado em Luhmann, sem a diferenciação funcional das diversas esferas sociais (como direito e política) e sem a diferenciação, clara e radical, entre sociedade e indivíduo enquanto pessoa, não se podem conceber os direitos fundamentais como resposta do sistema jurídico a esses processos sociais de diferenciação.²²

Conforme a teoria de Tönnies, a modernidade marcou a passagem da *Gemeinschaft* (comunidade) para a *Gesellschaft* (associação ou sociedade, conforme as diversas traduções).²³ Analisa Norberto Bobbio que, numa radical inversão de perspectiva da representação da relação política, característica do Estado moderno, passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos dos cidadãos, em

diferenciação e a autonomia operacional do direito em face da política no âmbito dos Estados (p. 56).

18 MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 10.

19 Exposição baseada em ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A crise conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação? In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 29 – 71, p. 37 – 46.

20 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, 2009. p. 14.

21 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, 2009. p. 9

22 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, 2009. p. 56.

23 BAUMAN, Zygmunt, *Globalização: as consequências humanas*, 1999. p. 21. A história moderna foi marcada pelo progresso constante dos meios de transporte que, como assinalou Schumpeter, resultou não da multiplicação de diligências, mas da invenção e produção em massa de meios de transporte inteiramente novos – trens, automóveis e aviões – e isso desencadeou o processo tipicamente moderno de erosão e solapamento das “totalidades” sociais e culturais localmente arraigadas, captado por Tönnies. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, 2009. p. 10.

correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vinha antes dos indivíduos.²⁴

Com base em Fritjof Capra e Myrl L. Duncan, Fernanda Cavedon assinala que o contexto medieval se baseou no paradigma social organicista, concepção originada a partir do pensamento de Aristóteles e São Tomás de Aquino, fundada numa visão orgânica do mundo, em que o todo prevalecia sobre as partes, que estavam relacionadas entre si e direcionadas para a manutenção do conjunto. “O feudalismo, marcado por uma rede de domínios e obrigações interdependentes, refletia no plano da estrutura social e política e do regime da propriedade a concepção organicista do mundo”²⁵.

Na modernidade, ocorre a mudança para o paradigma atomista-mecanicista, gerada pela revolução científica fruto das teorias de Bacon, Descartes e Newton. Esse novo paradigma exaltava a racionalidade individual do ser humano, via o universo como mecanismo composto por partes individuais e regido por leis imutáveis. Como consequência, ocorre uma valorização do indivíduo e das liberdades e dos interesses individuais em detrimento da comunidade, que vai influenciar de forma decisiva toda a organização social, política e jurídica na época moderna.²⁶

Com as críticas ao modelo liberal e à concepção individualista, a sociedade passou a exigir um Estado intervencionista, atento à promoção da igualdade e da justiça social, e garantidor não só de liberdades negativas como também de prestações, surgindo os direitos ditos de segunda geração ou dimensão, permanecendo, porém, nessa transição para o Estado Social de Direito, e, recentemente, para o Estado Democrático de Direito (de pretensão utópica e transformadora da realidade), os caracteres essenciais do Estado absolutista e do Estado Liberal de Direito: a soberania e a base nacional territorial.²⁷

A ideia de *soberania* emerge no modelo liberal como poder uno, indivisível e centralizado, característico da autoridade estatal, juridicamente incontestável, que exerce o monopólio da força e da política sobre determinado território, como um espaço geográfico delimitado por suas fronteiras, e sua população, como conjunto de indivíduos reconhecidos como cidadãos, como sintetiza Bolzan de Moraes.²⁸

Constitui e é constituída pela ideia de *Estado-nação*, própria da modernidade. Tal Estado, como sujeito exclusivo da política e ator supremo no seu território, e único protagonista no cenário internacional, encontra-se em crise, podendo-se falar

24 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 2 – 4.

25 CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003. p. 14; com base no conceito operacional de Paradigma Social, oferecido por Fritjof Capra em *A Teia da Vida*.

26 CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**, 2003. p. 18, com apoio em Duncan. Esse paradigma estaria hoje dando lugar ao paradigma holístico, segundo Capra (p. 140).

27 ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A crise conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?, 2005. p. 47 – 49.

28 MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado*, 2005. p. 11.

de soberania pós-moderna, flexível, caracterizada, de um lado, pela interdependência entre os Estados-nação, que aponta ora para a cooperação, ora para a intervenção, destacando-se a comunidade supranacional europeia²⁹, e, de outro, por empresas transnacionais no bojo de um capitalismo financeiro que, exatamente por não terem vínculo com algum Estado em particular e disporem de poder de decisão financeiro, podem afetar profundamente a situação de muitos países, impondo atitudes que não podem ser contrastadas sob o argumento da soberania estatal. Acrescenta-se, ainda, nessa soberania flexível, o papel dos organismos internacionais e de organizações não-governamentais – ONGs.³⁰

Bolzan de Moraes destaca o brutal crescimento e autonomização do poder econômico a ponto de ver-se por sobre o controle dos governos dos Estados nacionais e até de comunidades supranacionais como a União Europeia ou organismos internacionais como a ONU:

Não há mais a quem se queixar, pois o poder político vê-se submetido e/ou condicionado por agentes econômicos que, ao contrário dos agentes políticos, não possuem visibilidade pública, impondo direcionamentos e sentido à ação estatal que, longe de serem o resultado do debate público e da vontade medida pela escala da representação política, são o reflexo dos “humores de ‘instituições fictícias’”.

A globalização provocou, assim, um enfraquecimento dos Estados nacionais, em sua tríplice caracterização (povo, território e poder como soberania), modelo que já não consegue dar conta da complexidade das (des)estruturas institucionais que hoje se superpõem.³¹

Zagrebelsky resume esta corrosão da noção de soberania estatal em quatro vertentes: o pluralismo político-social interno (no âmbito do próprio Estado); a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado, em dimensões totalmente independentes do território nacional; a progressiva institucionalização de “contextos” que integram seus poderes em dimensões supraestatais, subtraindo-os à disponibilidade dos Estados particulares; e a atribuição de direitos aos indivíduos, os quais podem fazê-los valer perante jurisdições internacionais em face do Estado a que pertencem.³² Em síntese, em vez da unidade estatal própria da era moderna, tem-se uma multipolarização ou pulverização de estruturas.

Enfim, nos últimos anos, a soberania pode ser tomada apenas para significar a inexistência de nenhum outro Estado ou poder acima do Estado-nação, mas apenas o direito internacional.³³

29 Surge a experiência histórica do supranacionalismo na Europa, em que os próprios países transferem parcela de sua soberania para um ente supraestatal decidir sobre determinados assuntos, que não dependerão de recepção pelo Estado.

30 MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado*, 2005. p. 12 – 13.

31 MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado*, 2005. p. 15.

32 Cf.: MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado*, 2005. p. 14 – 15.

33 ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *A crise conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?*, 2005. p. 64.

Impõe-se ainda mencionar a crise da democracia representativa, consubstanciada no fenômeno do predomínio do poder econômico e afastamento das reais pretensões e anseios da população, podendo-se falar em crise da soberania popular. Para Thiago Fabres de Aguiar, a ação política vem perdendo, nesse período de transição paradigmática e de crise da modernidade, sua capacidade de articular o sentido e o destino da vida em comum. Rememora que a política na tradição ocidental remonta ao pensamento greco-romano e surge, juntamente com a ética, como alternativa ao caos, constituindo espaço público de mediação racional entre grupos antagônicos para formação da vontade coletiva e como alternativa ao poder despótico. Aponta como uma dimensão diagnosticável da crise política do Estado a obsolescência dos mecanismos tradicionais construídos pelo pensamento político moderno, especialmente a noção de representação política no âmbito do Estado-nação.³⁴

Cuida-se da “tirania do mercado político” ou da “mercantilização da política”. Os políticos tendem a apresentar uma oferta política adequada para interesses setoriais e particularizados, o que inviabiliza a adequada busca de metas coletivas comuns³⁵. Somado a isso, ocorre o “esvaziamento do espaço político como decorrência da sobrevalorização do privado”³⁶.

Tudo isso tem afetado fortemente o cumprimento da função pelo Estado social contemporâneo, caracterizado pela questão social que lhe agregou papel finalístico, especialmente nas sociedades periféricas marcadas pela desigualdade e pela exclusão social em que o *Welfare State* sequer chegou a ser realidade, podendo-se, também aqui, falar em déficit e não em crise.

Essa crise de soberania traz inúmeras controvérsias quanto à sobrevivência e redefinição do papel do Estado moderno, e também sobre qual o lugar e a função que ocupa o Direito nesse transnacionalismo pós-globalizado.

4. TRANSNACIONALIZAÇÃO DA DIMENSÃO JURÍDICA

Philip Jessup cunhou, já em 1956, a expressão “direito transnacional”, que abarcaria uma multiplicidade de situações da comunidade contemporânea, as quais transcenderiam as fronteiras nacionais e iriam além do direito internacional, público e privado, incluindo atores estatais e não estatais na arena mundial.

Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, ao tratarem da emergência do Estado e do Direito transnacionais, realçam que o prefixo *trans* não remete a um Estado mundial ou a um superestado, mas à possibilidade de fundação de “vários espaços públicos de governança, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento

34 AGUIAR, Thiago Fabres. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: MORAIS, José Luís Bolzan (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 273 – 315, p. 276 – 267.

35 AGUIAR, Thiago Fabres. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. 2005. p. 286.

36 AGUIAR, Thiago Fabres. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. 2005. p. 289.

seriam submetidos às sociedades transnacionalizadas”.³⁷ Os autores sugerem o conceito de um Estado transnacional com a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres das amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção e coerção, com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização. E, com base em Gabriel Real Ferrer, assinalam que não se trata de estabelecer uma república planetária, mas de buscar mecanismos internacionais que assegurem a eficaz materialização da solidariedade, no mesmo diapasão de inspiração de novos direitos transnacionais, como é o caso do direito ambiental.³⁸

Contemporaneamente, é preciso pensar o direito transnacional, segundo Stelzer, como um “ordenamento originado e exercido à margem da soberania, independente do reconhecimento externo ou recepção formal interna pelos Estados”, como uma terceira dimensão, citando Ulrich Beck, a qual não se confunde, naturalmente, com a nacional, tampouco com a internacional, mas constitui algo novo, “um espaço intermediário que já não se encaixa nas velhas categorias”³⁹. Um *tertium genus* que fragmenta o exercício do poder.

Desponta como exemplo de transnacionalidade plena, de um emergente direito transnacional, a (nova) *lex mercatoria*, consistente em regras comerciais desenvolvidas longe dos comandos estatais e sem recepção normativa pelos Estados, e, no entanto, reconhecidas e aplicadas diariamente no comércio mundial, às quais vem sendo referidas como *soft law*, devido à ausência de norma fundamental e de sanção institucionalizada.

A solução das disputas e controvérsias se dá predominantemente no espaço jurídico transnacional da arbitragem comercial privada, no qual interessam a tecnicidade, a expertise e a celeridade na resolução dos conflitos e a desvinculação com preocupações de caráter social, a exemplo da Corte Internacional de Arbitragem.

Neves afirma que a emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico, é um fato incontestável, que vem chamando a atenção dos juristas, e o que intriga a ciência jurídica tradicional é a *pretensão* dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem, *impreterivelmente*, seja como ordens jurídicas que *prescindem do Estado*, seja como ordens jurídicas que *prevalecem contra os Estados*, pondo em xeque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico.⁴⁰

Para o autor, o núcleo básico do conceito genérico “transnacionalidade” reside na noção de dimensões que ultrapassa as fronteiras do Estado, e, no sentido mais

37 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55 – 71, p. 57.

38 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais, 2009. p. 58.

39 Cf.: STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, 2009. p. 37.

40 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, 2009. p. 83. (grifo nosso)

restrito, o qual adota, a expressão refere-se ao transnacional no sentido proposto por Teubner, de “ordens normativas privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global independentemente tanto do Estado e de suas fronteiras quanto de ordens construídas com base em Estados, ou seja, supranacionais e internacionais”.⁴¹

O acento da autoprodução operativa do direito é deslocado para as ordens jurídicas globais, caracterizadas pela heterarquia e pelo pluralismo, perdendo a política importância no plano global. Teubner enfatiza as ordens jurídicas globais e plurais, acopladas estruturalmente com um dos sistemas mundiais (economia, ciência, esporte, internet), o que, para Neves, é indubitavelmente muito significativo para o esclarecimento da relação entre direito e sociedade no plano global. Em relação à *lex mercatoria*, salienta Neves que esta ordem jurídica constitui antes um instrumento da economia mundial, tendo que servir à eficiência deste sistema. Põe o direito a serviço do dinheiro, não se tratando de uma forma de direito operativamente autônomo perante o sistema econômico, mas subordinado à economia mundial. Esse raciocínio vale também, segundo o autor, para as outras “aldeias jurídicas globais” de Teubner: “sobressai a instrumentalização das ordens jurídicas mundiais por outros âmbitos parciais de comunicação da sociedade mundial (*lex mercatoria* para a economia, *lex digitalis* para a internet, *lex sportiva* para o esporte etc.)”.⁴² E cita comentário de Grim:

A essas instituições criadas por Estados (OMC, Banco Mundial e FMI), somam-se, entretanto, atores que atuam globalmente, como empresas multinacionais e organizações não governamentais, que, em virtude do seu raio de ação, podem seguir sua lógica sistêmica, sem ter de observar os Standards e os deveres válidos intraestatalmente. Não obstante, elas também não podem sobreviver sem regulação. O setor globalizado da economia depende de um direito transnacional, que, por conseguinte, nenhum legislador estatal pode preparar.⁴³

Trata-se a *lex mercatoria* de uma ordem jurídico-econômica mundial no âmbito do comércio transnacional, cuja construção e reprodução ocorre primariamente mediante contratos e arbitragens decorrentes de comunicações e expectativas recíprocas estabilizadas normativamente entre atores e organizações privadas. É autônoma em face de qualquer ordem jurídica estatal, é “deslocalizada”.⁴⁴

Também a *lex sportiva*, ordem jurídica construída em conexão com o esporte como sistema funcional da sociedade mundial, mediante as associações esportivas transnacionais, tem afirmado um alto grau de autonomia perante o direito estatal, “com impactos em questões de direitos individuais de natureza constitucional, especialmente no campo da liberdade contratual e profissional”.⁴⁵ O poder de mobilidade das entida-

41 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 2009. p. 84.

42 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 2009. p. 108 – 113. De acordo com Teubner, na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais, não apenas perdeu seu papel de liderança, daí porque se exige que o direito se desvincule da política democrática no âmbito estatal, enfatizando Teubner as “constituições civis da sociedade mundial” (p. 33).

43 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 2009. p. 188.

44 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 2009. p. 189 e 193.

45 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 2009. p. 197. Destaca-se o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), na Suíça, e a Agência Mundial Antidoping (WADA).

des jurídico-esportivas “deslocalizadas”, segundo Neves, junto com sua competência para excluir determinados Estados das competições ou torneios internacionais, torna a respectiva ordem jurídica transnacional “soberana” perante os Estados.⁴⁶

Em terceiro lugar, destaca-se a *lex digitalis* transnacional, com a força reguladora da Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números – ICANN, entidade encarregada de regular o sistema de nome de domínio na internet. Teve origem governamental nos EUA em 1998, que determinou à Administração Nacional de Telecomunicações e Informação – NTIA a privatização do sistema de nomes de domínio da internet. A ICANN foi reconhecida então pela NTIA após uma convocação para fundar uma entidade autorregulatória. É pessoa jurídica sem fins lucrativos, subordinada ao direito do Estado da Califórnia, mas tem a pretensão de representar os interesses públicos da “comunidade” global da internet. Gustavo Binenbojm vê a ICANN como exemplo de exercício de governança por entidade privada, constituindo-se uma ampla rede de relações que ultrapassa as fronteiras dos Estados nacionais, que não é mediado pelo Estado segundo interesses políticos, mas sim por entidades privadas, segundo critérios predominantemente técnicos.⁴⁷

Pode ser mencionado, também, o Comitê da Basileia de Supervisão de Operações Bancárias, criado em 1974 por presidentes de bancos centrais dos países do G10 (10 maiores países do mercado financeiro), que estabelece normas sobre operações bancárias que são incorporadas diretamente pelos bancos centrais dos Estados, com força vinculante para os respectivos bancos privados, sem que haja ratificação formal. Suas regulações atingem a liberdade de negócios e o direito de propriedade, garantidos, em regra, no âmbito do constitucionalismo estatal. “Constitui, assim, uma ordem jurídica transnacional que responde a exigências autorregulatórias do centro do sistema econômico mundial”⁴⁸.

Como reguladores privados transnacionais citam-se ainda a *Internacional Standard Association* – ISO e a Agência Mundial Anti-doping – WADA, e como entidades híbridas, formadas por Estados e entes privados, a Comissão *Codex Alimentarius*, criada pela ONU para a Alimentação e a Agricultura (FAO) e pela Organização Mundial da Saúde – OMS para a elaboração de um código contendo *standards* para a harmonização das regulações nacionais relativas a alimentos, com vistas à proteção dos consumidores.⁴⁹

Já o termo “supranacional” deve ser restringido, de acordo com Neves, a ordens abrangentes na dimensão temporal, material e social, nas quais, exceto o tratado fundamental e suas alterações, as respectivas normas e decisões, fundadas nesse tratado,

46 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 2009. p. 206.

47 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia. Ordenação. Regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 314.

48 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 2009. p. 213.

49 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia. Ordenação. Regulação**, 2016. p. 313. Oportuno lembrar que o Brasil se obrigou a seguir as orientações sanitárias da OMS, por força do Decreto Federal n. 10.212/2020, que promulgou o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da OMS em 2005.

vinculam diretamente (aplicabilidade imediata) os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, tendo primazia o direito comunitário⁵⁰, sendo paradigmática a União Europeia.

5. DIREITO AMBIENTAL NA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL: O EXEMPLO DA IUCN

No plano transnacional, merece destaque, na área ambiental, a *International Union for Conservation of Nature* – IUCN, uma organização não-governamental criada em 1948 e que conta com mais de 17.000 especialistas, possuindo 1400 membros de mais de 160 países, inclusive Estados soberanos. A organização coloca à disposição conhecimentos científicos e ferramentas e formula diretrizes e recomendações aos Estados em matéria de conservação da natureza.⁵¹

Como ente transnacional, a IUCN não pode impor suas orientações, porém, por seu *prestígio, respeitabilidade e expertise técnica*, os governos costumam adotá-las, daí sua importância como líder global nesse assunto. Suas recomendações, definições e classificações, objetivando estabelecer padrões para se obter uma linguagem e ferramentas comuns⁵² e apoiar iniciativas nesse setor de conservação da natureza, têm sido adotadas por governos nacionais, infra e supranacionais (como a União Europeia) e internacionalmente pela Organização das Nações Unidas – ONU e pela Convenção da Biodiversidade – CDB.

A IUCN participou, em 1980, da Estratégia Mundial para a Conservação da Natureza – EMCN, juntamente com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA⁵³ e a *World Wide Fund for Nature* – WWF⁵⁴, que consagrou nova concepção de conservação da biodiversidade, nas três dimensões de proteção de habitats, de espécies e da diversidade genética, e não apenas dos indivíduos integrantes das espécies.⁵⁵

Seu famoso sistema de classificação das 7 (sete) categorias de manejo das áreas protegidas, conforme os objetivos específicos e modos de gestão, concebido com foco na governança pública das redes de áreas protegidas, se tornou referência mundial.⁵⁶

50 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, 2009. p. 84 – 104.

51 Disponível em: <<https://www.iucn.org>>. Acesso em: 13 set. 2020.

52 IUCN – International Union for Conservation of Nature. **Speaking a common language**. 2004. Disponível em: <http://cmsdata.iucn.org/downloads/speaking_common_language.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

53 Em inglês, *United Nations Environment Programme* – UNEP. Estabelecido em 1972, com sede em Nairóbi, no Quênia, é a agência do Sistema das Nações Unidas (ONU) responsável por promover a conservação do meio ambiente e o uso eficiente de recursos no contexto do desenvolvimento sustentável. Cf.: Disponível em: <<https://www.unenvironment.org>>. Acesso em: 14 set. 2020.

54 *World Wide Fund for Nature*. É uma organização não governamental internacional, fundada em 1961 por cientistas, anteriormente chamada *World Wildlife Fund*, que atua nas áreas da conservação, investigação e recuperação ambiental, e na redução das ameaças mais urgentes à biodiversidade no planeta. Disponível em: <<https://www.wwf.org.br>>. Acesso em: 14 set. 2020.

55 DELGADO PIQUERAS, Francisco. Los espacios naturales protegidos. In: ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; ALONSO GARCÍA, Consuelo. **Tratado de Derecho Ambiental**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 485 – 520. p. 487.

56 IUCN – International Union for Conservation of Nature. **Guidelines for applying protected area management categories**. 2008. Disponível em: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/PAPS-016.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

De acordo com a definição da IUCN, cunhada em 1992 e atualizada em 2008, uma área protegida é um espaço geográfico claramente definido, reconhecido, dedicado e gerido por meios legais ou outros igualmente efetivos, para alcançar a conservação a longo prazo da natureza, dos serviços ecossistêmicos e dos valores culturais associados.⁵⁷

A propósito, o art. 51.2 da Lei Espanhola n. 42/2007, do Patrimônio Natural e da Biodiversidade – LPNyB⁵⁸, o qual exige que, para efeitos de homologação e de cumprimento dos compromissos internacionais na matéria, aos espaços naturais protegidos inscritos no Inventário Espanhol de Espaços Naturais Protegidos, se atribua, junto com sua denominação original, as categorias estabelecidas internacionalmente, em especial pela IUCN. O próprio conceito adotado pelo legislador ibérico, de Espaço Natural Protegido, mostra-se consentâneo com a noção de Área Protegida esculpida pela IUCN.

Além disso, destaca-se a Lista Vermelha de Espécies Ameaçadas (*Red List of Threatened Species*) da IUCN⁵⁹, que constitui a mais abrangente fonte de informações científicas do mundo sobre o status de risco de extinção global de espécies de animais, fungos e plantas. É um indicador crítico da saúde da biodiversidade mundial, uma ferramenta poderosa para informar e catalisar ações para a conservação da biodiversidade e mudanças nas políticas e decisões de conservação necessárias. É usada por agências governamentais, departamentos de vida selvagem e organizações não governamentais relacionadas à conservação, planejadores de recursos naturais, organizações educacionais, estudantes e comunidade empresarial.

Exerce papel importante, pois identifica os locais e habitats-chave que precisam ser protegidos, influenciando as políticas de ocupação e uso do solo e a definição e priorização de estratégias de conservação, estabelecendo medidas que possam reverter o quadro de ameaça às espécies.

Segundo a própria organização, como um “barômetro da vida”, a Lista Vermelha busca medir as pressões que atuam sobre as espécies, e tem como objetivos: fornecer informações com base científica sobre o estado das espécies e subespécies em um nível global e orientar a pesquisa científica; informar legislações e políticas nacionais e internacionais; influenciar as prioridades de financiamentos e a alocação de recursos pelos Fundos; informar o planejamento da conservação da diversidade biológica (diversas metodologias de planejamento de conservação usam a Lista Vermelha da IUCN para identificar Áreas Chave de Biodiversidade (KBAs) para conservação); melhorar a tomada de decisões, ajudando a informar as avaliações de impacto ambiental, que costumam ser usadas para informar os tomadores de decisão sobre as possíveis

57 Disponível em: <<https://www.iucn.org/theme/protected-areas/about>>. Acesso em: 13 set. 2020.

58 Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-21490-consolidado.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020.

59 Disponível em: <<https://www.iucnredlist.org>>. Acesso em: 13 set. 2020. A biodiversidade está diminuindo. Atualmente, existem mais de 120.000 espécies na Lista Vermelha da IUCN, com mais de 32.000 espécies ameaçadas de extinção, incluindo 41% de anfíbios, 34% de coníferas, 33% de corais formadores de recife, 26% de mamíferos e 14% de aves.

consequências ambientais da implementação dos projetos propostos; colaborar com a educação e conscientização pública sobre a situação das espécies; e contribuir para a saúde humana e meios de subsistência, na medida em que os dados são frequentemente usados por pesquisadores do setor de saúde que investigam a distribuição de espécies conhecidas ou suspeitas de serem vetores de doenças humanas e de animais domésticos, e em projetos de avaliação de plantas medicinais e espécies que têm o potencial de desenvolver novos medicamentos e garantir o futuro das safras agrícolas em um clima em mudança.

A respeito do *soft law* ou direito flexível, Liziane Paixão Silva Oliveira e Márcia Rodrigues Bertoldi afirmam, com Kiss e Shelton, que o direito internacional ambiental tem conduzido, em certos casos, a um questionamento ou à reformulação das normas tradicionais do direito internacional público, haja vista que a natureza peculiar dos graves problemas ambientais, que ultrapassam fronteiras, exige um conjunto normativo diverso. Para essas autoras, a novidade é a característica transnacional, supranacional e internacional da regra jurídica destinada a proteger, regulamentar e preservar a biosfera.⁶⁰

Em matéria ambiental, é mais frutífera a adoção de normas de contextura flexível, que estimule um comportamento de resultado com fundamento na ética, na solidariedade e cooperação internacional e motivação no ideário comum de conservar e proteger o ecossistema comum. Decerto, “ao produzir efetividade reiterada e ao adquirir presença temporal considerável, estas normas podem metamorfosear e converter-se em normas de *hard law*”. Por fim, essa circunstância poderia agradar as pautas atualmente estabelecidas e seguidas pelo direito internacional geral, um direito “duro”, que tampouco inspira um cumprimento satisfatório.⁶¹

De acordo com Denise Marcelino da Silva e Fernando Rei, a humanidade, no século XXI, tem enfrentado grandes questões globais que desafiam os sujeitos internacionais, em cujo rol se inserem os complexos problemas ambientais, cujas consequências deletérias extrapolam a perspectiva do modelo clássico do Direito Internacional, e diante dos quais surge a oportunidade de se pensar esse direito em novas bases.⁶²

Nesse sentido, embora escrevendo na perspectiva de um Direito Ambiental Internacional, e não transnacional, enfatizam que este não se confunde com o Direito Internacional do Meio Ambiente, arcabouço de normas jurídicas internacionais que toma corpo na segunda metade do século XX e é estruturado por meio de tratados

60 OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A Importância do Soft Law na evolução do Direito Internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito – RIDB*, ano 1, n. 10, 2012. p. 6265 – 6289. p. 6282 – 6283. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

61 OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A Importância do Soft Law na evolução do Direito Internacional, 2012. p. 6285.

62 SILVA, Deise Marcelino da; REI, Fenando. *Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) e Direito Ambiental Internacional (DAI)*: Novos atores em cena. p. 2. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16e62507eba0d973>>. Acesso em: 15 set. 2020.

ou acordos que firmam uma relação entre Estados Nacionais. Já o Direito Ambiental Internacional (aqui estudado na perspectiva da transnacionalidade jurídica), paulatinamente “ganha espaço devido à vocação empreendedora e à dinâmica de equacionamento na tratativa de problemas ambientais complexos, promovendo a relação dos Estados, e das Organizações Internacionais com novos atores internacionais, principalmente por meio de redes”⁶³.

A sociedade internacional, tradicionalmente concebida pelos Estados, bem como pelas Organizações Internacionais, recentemente, diante do fenômeno político do enfraquecimento dos governos soberanos, tem admitido a participação de novos atores em alguns regimes, como indivíduos, empresas privadas, organizações não-governamentais, mídia, povos tradicionais e governos subnacionais e locais.

Nesse quadro, a inserção e oportunidade crescente de instrumentos como *soft law*, balizadores de solução, e a contribuição do substrato científico-tecnológico na análise sistêmica de soluções ambientais, abrem caminho para um novo paradigma, qual seja, o da governança ambiental global.⁶⁴

Para Ulrich Beck, citado por Stelzer, talvez a questão ambiental seja a que mais se conecte ao conceito de globalidade, que denomina o fato de que, daqui para a frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno especialmente delimitado, mas o inverso: “que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam a todo o planeta, e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo ‘global-local’”.⁶⁵

A globalidade indica que o fim ambiental tem uma dimensão mundial, e “*se trata de un interés cuya colectividad portadora es la entera humanidad*”, de modo que o desconhecimento que tem o meio ambiente das fronteiras políticas “*reclama nuevas formas de organización a escala mundial, lo que pone en cuestión el dogma de la soberanía*”⁶⁶. Martín Mateo trata a globalidade como um dos megaprincípios do Direito Ambiental, afirmando que, curiosamente, é muito recente a óbvia constatação da unicidade dos sistemas planetários e a necessidade de não transtornar os mecanismos que fazem possível a existência de vida na biosfera.⁶⁷

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise de soberania dos Estados-nações decorrente do processo de globalização traz inúmeras controvérsias quanto à sobrevivência e redefinição do papel do Estado moderno, e também sobre qual o lugar e a função que ocupa o Direito

63 SILVA, Deise Marcelino da; REI, Fenando. **Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) e Direito Ambiental Internacional (DAI)**: Novos atores em cena. p. 3.

64 SILVA, Deise Marcelino da; REI, Fenando. **Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) e Direito Ambiental Internacional (DAI)**: Novos atores em cena. p. 3.

65 Cf. STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. 2009. p. 18.

66 ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. Concepto de medio ambiente. In: ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; ALONSO GARCIA, Consuelo (dir.). **Tratado de Derecho Ambiental**. Valencia: Tirant to blanch, 2013. cap. 1. p. 31 – 77. p. 37.

67 MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003. p. 41.

nesse cenário pós-moderno, surgindo o fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica.

A expressão “direito transnacional”, cunhada por Philip Jessup, abarca uma série de situações da comunidade contemporânea, que transcendem as fronteiras nacionais e vão além do direito internacional, público e privado, incluindo atores estatais e não estatais na arena mundial. Nessa perspectiva transnacional, na área ambiental, merece destaque a *International Union for Conservation of Nature* – IUCN, uma organização não-governamental, que produz e coloca à disposição conhecimentos científicos, formula diretrizes e recomendações aos Estados em matéria de conservação da natureza e proteção da biodiversidade, como o reconhecido Sistema de Classificação de Manejo de Áreas Protegidas e a Lista Vermelha de Espécies Ameaçadas. Por sua reputação e expertise técnica, essas diretrizes e metodologias têm sido adotadas por governos nacionais, infra e supranacionais, e, internacionalmente, pela ONU e pela CDB.

Trata-se de exemplo do fenômeno do *soft law* e da transnacionalidade jurídica, caracterizada pela emergência, em alguns campos de novos atores privados no plano global, à margem da soberania e das fronteiras territoriais, como uma terceira dimensão que não se confunde com a nacional ou supranacional, nem com a internacional, constituindo um espaço intermediário, decorrente da intensificação da complexidade das relações globais, que contribui, mediante recomendações científicas, para o enfrentamento sistêmico e planetário das questões ambientais ou ecológicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

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

BRASIL. Decreto n. 10.212, de 30 de janeiro de 2020. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10212.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

DELGADO PIQUERAS, Francisco. Los espacios naturales protegidos. In: ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; ALONSO GARCÍA, Consuelo. **Tratado de Derecho Ambiental**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 485 – 520.

ESPAÑA. Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-21490-consolidado.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A crise conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação? In: MORAIS, José Luís Bolzan de (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

IUCN – International Union for Conservation of Nature. **Guidelines for applying protected area management categories**. 2008. Disponível em: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/PAPS-016.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

IUCN – International Union for Conservation of Nature. **Speaking a common language**. 2004. Disponível em: <http://cmsdata.iucn.org/downloads/speaking_common_language.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. *In*: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A Importância do Soft Law na evolução do Direito Internacional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, ano 1, n. 10, p. 6265 – 6289, 2012. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. Concepto de medio ambiente. *In*: ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; ALONSO GARCIA, Consuelo (dir.). **Tratado de Derecho Ambiental**. Valencia: Tirant to blanch, 2013.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 3. ed. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 23. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2013.

SILVA, Deise Marcelino da; REI, Fenando. **Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) e Direito Ambiental Internacional (DAI): Novos atores em cena**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16e62507eba0d973>>. Acesso em: 15 set. 2020.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio.

STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15 – 53.

JURISPRUDÊNCIA DE CRISE E *HARD CASES*: REFLEXÕES HERMENÊUTICAS EM TEMPOS DE CRISE SANITÁRIA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Felipe Cidral Sestrem¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Premissas Iniciais. 3. Escolhas Judiciais e Crise Sanitária. 4. Possíveis Vetores Interpretativos. 5. Dificuldades da judicialização de questões pandêmicas durante a crise sanitária. 6. Conclusões. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Partindo-se de conceitos definidos na doutrina jurídica especializada, o presente trabalho buscará traçar reflexões hermenêuticas acerca da internalização de fatores não jurídicos, tais como impactos econômicos, questões sociais, problemas institucionais e tensões políticas, a partir de vetores interpretativos para a solução de conflitos judicializados em tempos de crise sanitária. O trabalho analisará o conceito de *jurisprudência de crise* e a possibilidade de maejar e utilizar o instituto como ponto inicial de resolução de demandas judicializadas, com ênfase para a questão sanitária e a correspondente crise pandêmica.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise da aplicabilidade, em casos judiciais, dos conceitos de *jurisprudência de crise* e *casos difíceis* (*hard cases*) durante o período pandêmico, com ênfase para o fenômeno da interpretação jurídica.

O cenário de fundo é a atual situação sócio-econômica e político-jurídica deflagrada em razão da pandemia da COVID-19.

O objetivo é analisar, de um ponto de vista jurídico, quais são os possíveis vetores interpretativos a serem utilizados em tempos de crise sanitária e se *casos difíceis*, notadamente relacionados ao *Direito à Saúde*, devem ser dirimidos à luz da ótica da *excepcionalidade* da *jurisprudência de crise* ou, ainda, se métodos alternativos de resolução de conflitos devem ser preferencialmente adotados.

O artigo será estruturado em quatro partes. A primeira discutindo as premissas iniciais e os conceitos utilizados como ponto de partida, à luz da

¹ Procurador do Município de Joinville. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduado em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ/RJ). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br

doutrina especializada. O segundo abordando a *hermenêutica jurídica* propriamente dita e o problema das escolhas judiciais em tempos de crise sanitária, sob o aspecto da possibilidade da resolução dos conflitos na arena judicial ou da utilização de métodos alternativos. A terceira parte abordará, de forma reflexiva, os possíveis vetores interpretativos a serem utilizados como solução para a efetiva resolução de demandas durante o período de crise sanitária, sobretudo em casos difíceis. O último realizará uma reflexão acerca das dificuldades da judicialização de questões relacionadas aos efeitos da pandemia sobre relações jurídicas públicas e privadas, com ênfase para a escolha judicial e as dificuldades relacionadas aos *hard cases*.

Parte-se da utilização de um método lógico-indutivo, lançando mão de pesquisas bibliográficas na doutrina jurídica nacional e estrangeira, além da análise de casos jurisprudenciais nacionais, para apresentar as conclusões finais.

2. PREMISSAS INICIAIS

O termo *Jurisprudência de Crise* tem sido amplamente difundido no cenário político-jurídico brasileiro, especialmente após a ocorrência da situação pandêmica da COVID-19, no ano de 2020.

Diversos autores têm reclamado a necessidade de manutenção e coesão² de uma estrutura hermenêutico-constitucional durante o período de crise social e econômica, derivada da situação sanitária, evitando-se escolhas (políticas e judiciárias) casuísticas, sem a adoção de padrões previamente definidos.

O termo *Jurisprudência de Crise* foi cunhado inicialmente no Direito Português, a partir das decisões³ proferidas pela Corte Constitucional Portuguesa em tempos de austeridade⁴ econômica (2007-2008). Também é conhecido como *juridicidade contra legem*⁵, regime excepcional que se fundamenta na transitoriedade da situação, na sujeição de mecanismos de controle, no respeito aos princípios e direitos fundamentais, na boa-fé e na proporcionalidade da atuação judiciária.

O movimento de reforma foi lastreado na ideia central de *interesse público*, permitindo que posições jurídicas anteriormente firmadas fossem relidas a partir da premissa do desequilíbrio orçamentário, a exemplo da *redução remuneratória* dos servidores públicos.

2 MENDES, Gilmar. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. In *Revista Consultor Jurídico*, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>> Acesso em: 05/09/2020.

3 Exemplificativamente, citam-se os acórdãos n. 396 de 2011 e 353 de 2012 da Corte Constitucional Portuguesa.

4 PINHEIRO, Alexandre Souza. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional Português*. In *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, n. 1, Jan/Jun 2014. p. 168-189.

5 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenado*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016.

No Brasil, a introdução do termo *Jurisprudência de Crise* foi discutida pela doutrina a partir das lições de Andréa Magalhães⁶ e dos debates jurídicos empreendidos por autores portugueses, sob a ótica do Min. Gilmar Ferreira Mendes.

Valendo-se das experiências do direito comparado, a autora aponta os riscos do desenvolvimento e do uso do consequentialismo como pressuposto decisório, especialmente em tempos de crise. Por outro lado, propõe a utilização de parâmetros⁷ delimitados para a integração dos fatores *crise política* e *crise econômica*, maturados por conceitos de *gravidade da crise*, *impacto econômico da situação social* e interação desses pontos na proteção e tutela de bens jurídicos.

O pano de fundo da *Jurisprudência de Crise* é a internalização da análise econômico-financeira⁸ como *ratio decidendi*, vetor interpretativo para justificar a decisão judiciária. A polêmica foi intensificada a partir da posição conservadora do Min. Marco Aurélio, no RE n. 565.089⁹ (cujo processo foi mote para a habilitação de Procuradorias-Gerais Estaduais como *amicus curiae*) ao apontar a impossibilidade de o E. Supremo Tribunal Federal valer-se de critérios não jurídicos para decidir¹⁰.

O tema de revisão jurisprudencial do desequilíbrio orçamentário foi novamente reavivado na ADPF 24 e a ADI 2238 (e nas outras seis ações diretas de inconstitucionalidade correlatas) acerca dos limites para despesas com pessoal e teto de gastos particularizado, além de outros temas relacionados à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nos votos dos Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, nas ações concentradas supracitadas, o emprego da expressão *Jurisprudência de Crise* foi rejeitado ao argumento de não se poder admitir a modificação da interpretação judicial a partir de critérios puramente circunstanciais, tendo em mente implicitamente o risco à segurança jurídica.

Tecnicamente, a questão pouco diz respeito à possibilidade de adoção de uma “teoria” jurídica da *Jurisprudência de Crise*, mas à possibilidade de o Poder Judiciário, ou mesmo a Corte Constitucional, adotar de forma transitória ou para a regulação de um período específico entendimento diverso daquele empregado outrora.

A segunda premissa, é a existência de *hard cases* em tempos de crise, sobretudo de crise sanitária. Cunhada por Ronald Dworkin¹¹, a expressão *hard cases* identifica os

6 MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p. 185-186; 267-276.

7 MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p. 28-47; 96-122; 187-266.

8 Mas não somente isso, admitindo-se a integração dos reflexos políticos, sociais e institucionais, conforme sugestão na obra da autora (MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p. 27).

9 BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 565.089-SP, Recorrente: Rubens Orsi dos Santos Filhos e outros, Recorrido: Estado de São Paulo, rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 25 de setembro de 2019.

10 A discussão de fundo no referido Recurso Extraordinário era a possibilidade de o Poder Judiciário condenar o Estado a indenizar servidores públicos em razão da ausência da realização da revisão geral anual, prevista no art. 37, X, da CF/88.

11 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

casos difíceis de solução complexa, decorrentes da ausência de *regra* para solução do caso, da existência de normas de caráter aberto, que demandam colmatação, ou, ainda, em razão da aplicabilidade concomitante, ao mesmo caso, de vários princípios normativos.

Parte-se também de uma compreensão dual¹² de *regras* e *princípios*, como subgrupos derivativos do gênero *normas jurídicas*.

Naturalmente, a superação de *hard cases* já é um tema extremamente complexo, lugar para acalorados debates¹³ acerca de visões jus políticas e jusfilosóficas. A esse respeito, vale o registro do embate e discussão *Hart-Dworkin*¹⁴.

O objetivo do trabalho não é reavivar o conflito das posições jurídicas, tampouco discuti-las. Partindo-se da premissa de que os *hard cases* existem e demandam uma atividade interpretativa ativa por parte do julgador, busca o presente texto a discussão da superação dos *hard cases* no cenário pandêmico.

Essencial, também, o emprego de uma *visão hermenêutica* contemporânea, identificada na busca da cognição do direito, como algo que não se apresenta de forma clara, submetido ao fenômeno da *temporalidade*¹⁵. Essa *visão hermenêutica* é encarada como o estudo do ato de compreensão e mais: como verdadeiro *ato de realização*¹⁶ do direito. A questão que se coloca, a partir dessa conceituação é: de que forma é possível compreender a lógica interpretativa em tempos de crise social e como saber se a referida atividade hermenêutica é limitada?

3. ESCOLHAS JUDICIAIS E CRISE SANITÁRIA

A maior justificativa para se discutir a existência de uma *Jurisprudência de Crise* pouco diz respeito à relativização de conceitos anteriormente empregados, mesmo porque os casos jurídicos postos perante o Judiciário devem ser resolvidos, dada a premissa da *inafastabilidade* e do recurso às técnicas de garantia da *completude normativa, continuidade e unidade* sistêmica¹⁷. Na verdade, ela reside na viabilidade de utilizar os referidos casos, as teses fixadas (do ponto de vista de uma *teoria dos precedentes*¹⁸), tornando-se obrigatórios¹⁹, e as *razões de decidir* como substrato para o julgamento de decisões futuras.

12 VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos – Tomo 1*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Axis Mundi, 2003.

13 SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed*. In *University of Michigan Public Law Working Paper*. n. 77. February 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 06/09/2020.

14 IKAWA, Daniela R.. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. In *Lua Nova*. n.61, 2004, pp.97-113. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 06/09/2020.

15 GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15ª Edição: Editora Vozes, 2015.

16 NEVES, Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – Tomo 1*. Lisboa, Editora Almedina, 2011.

17 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Editora Noeses, 2005. p. 153-172.

18 MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

19 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Admitir-se uma *Jurisprudência de Crise* é considerar válido que não apenas o *texto constitucional* ou a interpretação puramente jurídica (se é que de fato há) possa condicionar a aplicabilidade das disposições jurídico-normativas durante o período de crise social, econômica, política ou institucional, mas também outros elementos exógenos.

Em outras palavras, a partir da lógica da *Jurisprudência de Crise* a doutrina Portuguesa e o Tribunal Constitucional Português compreenderam possível que o *contexto* viabilize uma mutação²⁰ interpretativa condicional ou temporária, válida durante a permanência ou manutenção das condições²¹ que ensejaram a discussão ou durante o período para o qual os efeitos da decisão sejam modulados.

A partir das recentes decisões do E. STF, pode-se conceber que, de um ponto de vista *orçamentário e fiscal*, a adoção de interpretações constitucionais temporárias e excepcionais, para momentos de crise, não foi referendada.

Independentemente da internalização do conceito no cenário jurídico brasileiro, a necessidade da releitura de princípios constitucionais e de posições jurisprudenciais por parte do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando enfrenta casos difíceis (*hard cases*), casos sobre direitos e liberdades individuais fundamentais (v.g., saúde, assistência social, vida), pode vir a permitir a utilização do mesmo instituto sem dá-lo o nome que a doutrina e a jurisprudência estrangeiras atribuíram.

É a *ruptura sócio-econômica*, a *necessidade de solução da lide posta*, o *dever de responder aos anseios da sociedade*²² superando o *simbolismo constitucional*²³, que permite o movimento de releitura pontual, sem abandonar a tradição jurisprudencial até então consolidada e sem replicar o modelo de excepcionalidade para outros casos²⁴.

A escolha judicial, assim, é indissociável do fenômeno de crise, sobretudo sanitária, porque diretamente relacionada ao *bem jurídico vida* (art. 1º, III, da CF/88), senão o mais caro para o modelo de *Estado Social Democrático de Direito*.

Um exemplo disso é a reiterada criação de situações de litígio decorrentes da negativa de acesso às vagas em UTI para pessoas internadas, em países como Itália e Inglaterra, durante o período de disseminação mais grave do *coronavirus*, em Abril e Maio/2020²⁵. Lá, as pressões jurídico-políticas e os riscos²⁶ civis e criminais das empresas

20 LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Portugal, Editora Coimbra, 2010. p. 169-170.

21 NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares. *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Coimbra: Editora Almedina, 2011.

22 POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Editora Relume Demará, 2005. p.158.

23 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

24 Afinal, o ponto de inflexão da pandemia não é comum. Ocorrera outrora há cerca de cem anos, na década que sucedeu a primeira grande guerra mundial.

25 JAZIRI, R; ALNAHDI, S. *Choosing Which COVID-19 Patient to Save? The Ethical Triage and Rationing Dilemma, Ethics, In Medicine and Public Health*, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.jemep.2020.100570>> Acesso em: 06/09/2020.

26 COHEN, I. Glenn; CRESPO, Andrew M.; WHITE, Douglas B. *Potencial Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During COVID-19. Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms. In Jama*. V. 323, N. 19, May 2010.

e dos profissionais quanto à possibilidade do aamarcamento em massa de demandas judiciais objetivando acesso às vagas de internação hospitalar ou mesmo a indenizações por omissão do sistema de saúde forçou os administradores públicos a editarem resoluções e regulamentações sanitárias para a escolha e manejo de pacientes em grave risco.

A dificuldade em optar-se pela *escolha judiciária*, negando-se a ideia de que a arena judicial é a mais apta ou justa para a resolução de todos os casos, tem se mostrado uma recorrência em tempos de *crise sanitária*.

Não por outro motivo, países com a tradição da *comom law* e um sistema de precedentes extremamente fortalecido têm procurado dirimir as questões sociais na esfera administrativa ou política.

De toda forma, o debate na esfera jurídica internacional é quanto à possibilidade do estabelecimento em Hospitais ou Unidades de Terapia Intensiva (e daí a atração e vinculação à estrutura pública estadual, à luz das centrais de regulação hospitalares) de Protocolos de Escolha Prioritária de pacientes a serem entubados ou internados em UTIs. Seria constitucional adotar-se, ainda que transitoriamente, durante o período da pandemia, critérios específicos e legais de *racionalização* da escolha de pacientes que seriam internados e daquelas que não obteriam vagas em UTIs? Tais escolhas seriam corretas de um ponto de vista de crise sanitária? Maximizariam recursos e racionalizariam prestações públicas em detrimento de direitos individuais de pacientes que estejam em fila de espera de maneira lícita, podendo ser admitido como *legal* o critério adotado?

Inclinando-se para a conclusão antecipada do E. Supremo Tribunal Federal, na ADPF 24 e ADI 2238, tanto quanto no Recurso Extraordinário n. 565.089, haveria recusa do ponto de vista da *escolha judicial* de admitir-se, ainda que temporariamente, válida a restrição ao direito à saúde.

Talvez por esse motivo é que o SUS não tenha objetivado estabelecer protocolos clínicos no âmbito dos Hospitais Gerais e das Unidades de Terapia Intensiva que realizassem a filtragem das solicitações, buscando dirimir o caso fora do campo jurídico, com a maximização das unidades de saúde, construção de hospitais gerais, etc., justamente nos mesmos termos experimentados no cenário jurídico-político internacional.

Atienza²⁷ apontava que habitualmente, deparando-se com *hard cases*, o juiz estaria diante de situações complexas que refletiriam não apenas a opinião pessoal do julgador, com ênfase para os conceitos de *justiça, moral, ética e equidade*, mas também a necessidade de compatibilidade pessoal dos conceitos, entre si.

A solução é, portanto, adotando-se a posição de *Juiz Hércules*, ou mesmo na crítica de François Ost acerca da necessidade de autocontenção e adoção de um modelo de *Juiz Hermes*, evitar-se a *escolha judicial* propriamente dita. E, se imprescindível, valer-se de *vetores interpretativos limitadores* para permitir a identificação mais adequada, tomando-se em conta e realidade pandêmica, para encontrar significado que

27 ATIENZA, Manuel. *As Razões do direito: Teorias da argumentação jurídica*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2014.

satisfaça eficazmente a lide, preservando-se as posições jurídicas pretéritas (evitando-se a resignificação de normas jurídicas consolidadas) e maximizando-se a aplicação dos princípios jurídicos envolvidos.

4. POSSÍVEIS VETORES INTERPRETATIVOS

O grande problema da abertura interpretativa é o risco da adoção do pragmatismo²⁸ puro, acreditando-se que o estabelecimento de balizas retóricas poderia resolver casos que habitualmente não seriam atingíveis a partir da lógica comum.

Por outro lado, o pragmatismo encontra limites justamente nos casos difíceis acima abordados, já que admitem diversas soluções possíveis (e, muitas das vezes, razoáveis) para o mesmo caso concreto, dando-se margem à adoção de escolhas pautadas na opção subjetiva do intérprete.

A solução para a internalização de questões axiológicas, impensáveis num positivismo puro kelseniano, seria incentivar-se a solução não judicial das demandas. Esse é o ponto inicial de preservação, tanto da jurisprudência, sob uma lógica de coesão sistêmica, quanto da posição jurídica adotada para princípios, especialmente para *segurança jurídica*.

Mas como seria possível admitir-se a resignificação de *princípios jurídicos* em tempos de crise sanitária, caso fosse inevitável a solução jurisdicional do conflito?

Conquanto compreenda-se improvável, num cenário garantista da cultura jurídica nacional, adotar-se restrição às restrições, ou seja, diminuir-se a carga protetiva de *garantias constitucionais* e de *direitos individuais fundamentais* (com forte carga axiológica negativa e positiva, impondo-se um *fazer* ao Estado), uma solução seria condicionar a resignificação para aspectos não diretamente relacionados aos *princípios constitucionais sensíveis* (art. 34, VII, da CF/88) ou, ainda, restringi-la àquelas normas não gravadas como *cláusulas pétreas*²⁹ (art. 60, §4º, da CF/88), com imutabilidade enrijecida.

Ainda que presentes as ressalvas quanto a suposta incapacidade de os magistrados utilizarem números ou outros elementos não jurídicos para a tomada de decisão e quanto à possibilidade de decretação do *estado de exceção* como forma de canalizar soluções temporárias ou casuísticas, a doutrina sinaliza o uso do *consequencialismo* como técnica de solução interpretativa e da limitação da atividade hermenêutica do magistrado.

Partindo-se da premissa de que *Cortes Constitucionais* e o próprio Judiciário (em atividade difusa de jurisdição) alocam recursos escassos, um primeiro passo seriam *avaliadas as consequências sistêmicas*³⁰, como um compromisso com valores sociais e políticas decorrentes dos princípios que regem o próprio Estado Democrático de Direito, sobretudo aqueles indicados no art. 37 da CF/88, mas não tão-somente esses.

28 POSNER, Richard A. **Direito Pragmatismo e Democracia**. Editora Forense, 2010.

29 ANDRADE, Fábio Martins. *As Cláusulas pétreas como instrumentos de proteção de direitos fundamentais*. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: n. 181, Ano 46. Jan/Mar. 2009. pp. 207-226.

30 POSNER, Richard A., *op. cit.* p. 60-62.

O segundo conceito-chave é a introdução da *análise econômica*³¹ dos casos levados ao conhecimento do julgador, a partir da qual é introduzida a idéia de *incentivos*³².

Contraopondo-se justamente à ideia de *Jurisprudência de Crise*, Andréa Magalhães propõe a adoção do seguinte método: consequencialismo, custo-benefício e razoabilidade. Valendo-se da técnica de *estimativa de resultados*, o magistrado deveria empregar todos os valores em jogo, sopesando-os, com o fim de atribuir uma lógica do *custo-benefício* da modificação de posições jurídicas em tempos de pandemia, sem, contudo, criar exceções gerais à regra ou a interpretação do direito.

Na verdade, não se estaria excepcionando determinado campo de aplicabilidade do princípio, mas se admitindo a criação de um *tertium genus*, estritamente válido àquele caso concreto (daí porque não haveria a possibilidade de replicação do modelo de exceção para casos posteriores, após a cessação da *crise sanitária*, tampouco violação à lógica da integridade dos *precedentes*, fossem obrigatórios ou meramente persuasivos).

A despeito da existência dessa posição ativa pela análise das consequências práticas, o presente trabalho não descarta considerar como fortemente válida a crítica de autores como Cass Susstein³³ quanto ao caráter autopoiético do *pragmatismo*.

De toda forma, a adição de parâmetros de depuração ao método proposto por Magalhães³⁴, a partir da *análise da crise*, da *avaliação do impacto econômico*, do *sopesamento da essencialidade de bens jurídicos* e, por último, todos os demais fatores positivos e negativos, permite problematizar essa metareferenciação, chegando a um modelo operacional de enfrentamento das questões extraprocessuais durante o período de crise.

Os parâmetros foram tomados a partir do relatório de Avaliação de Máxima Disponibilidade de Recursos da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, reforçando o seu caráter instrumental, como forma de *realização do direito*.

As conclusões que sugerem a adoção de um pragmatismo consequencialista em nada buscam a universalização. Na forma da doutrina, a proposta destina-se exclusivamente³⁵ para o enfrentamento da questão relacionada à *jurisprudência de crise*.

5. DIFICULDADES DA JUDICIALIZAÇÃO DE QUESTÕES PANDÊMICAS DURANTE A CRISE SANITÁRIA

De certa forma, decisões judiciais recentemente adotadas no âmbito do Poder Judiciário, inclusive no Estado de Santa Catarina, reconhecendo-se a impossibilidade

31 HOLMES, Stephen; SUSSTEIN, Cass. *The Costs of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, WW Norton & Company, 1999.

32 MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 203-205.

33 SUSSTEIN, Cass. *apud* MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 201, p. 195-196.

34 MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 203-205.

35 *Idem*, *Ibidem*, p. 268-270.

de realização de procedimentos cirúrgicos eletivos a partir do deferimento de liminares em processos judiciais ou do cumprimento de decisões definitivas em ações cominatórias, coadunam-se com a lógica da *jurisprudência de crise*.

Em tempos de normalidade, ausentes o fenômeno da pandemia e da crise sanitária, seria impensável admitir *legalidade* ao ato administrativo infralegal que restringe o acesso das pessoas a serviços de saúde básicos e diretamente relacionados às terapias recuperativas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Além disso, a internalização na *ratio decidendi* de questões puramente *econômico-orçamentárias*, ao menos para o período de pandemia, em que gastos de saúde pública estão em vertiginoso incremento e que há escassez de materiais no mercado, dificultando a realização das ações e serviços habitualmente executados no âmbito do SUS, parece ter admitido, ainda que temporariamente, o reconhecimento da teoria da *reserva do possível* em matéria de saúde pública.

As dificuldades advêm não apenas da possibilidade de admitir a modificação de posições jurisprudenciais que já vinham sendo adotadas em tempos de normalidade, mas de sustentá-las posteriormente. Essas podem ser igualmente identificadas na ausência de um repositório compilado de informações fidedignas que permitam ao magistrado a análise integral da questão sócio-econômica e/ou política potencialmente arguida como *causa de pedir* na demanda que objetiva a relativização de posições jurídicas pretéritas (a exemplo de situações contratuais, em direito de família, em contratos de direito administrativo, concessões de serviços públicos, etc).

Essa imprecisão quanto à possibilidade de avaliação adequada do caso extra-jurídico colocado como razão para a modificação da posição jurídica gera desconforto na decisão, especialmente por potencialmente permitir o abandono de uma situação jurídica consolidada adotando-se equivocadamente como válidas premissas que não justificariam na prática a referida modificação.

Ou seja, há dupla negativa para o fortalecimento da judicialização de questões pandêmicas: é a insegurança jurídica que pode ser causada pela adoção equivocada do modelo de crise que não justifica a relativização da posição jurídica consolidada anteriormente pelo próprio princípio da segurança jurídica.

Conquanto a Lei do Regime Jurídico Emergencial Transitório (RJET), Lei Federal n. 14.010/2020, tenha buscado estabelecer um conjunto de normas jurídicas positivadas, saneando controvérsias quanto à aplicabilidade da *condicionalidade* da situação pandêmica aos casos que já estavam estabelecidos (sobretudo diante dos contratos de locação), a maior parte das relações jurídicas e, principalmente, das relações de direito público (que possuem maior impacto do ponto de vista social e coletivo) não foram alvo de regulamentação.

A ausência de previsão gera duas indissociáveis consequências: a) ou haverá recurso à judicialização dos temas, impondo-se ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88) o dever de sopesar valores e dirimir questões mesmo sem previsão legal e sob

o risco de criar situações jurídicas *injustas*; b) ou se recorrerá à transação, mediação ou conciliação como técnicas alternativas para a resolução dos casos, inclusive na esfera de direito público³⁶.

Especificamente com o foco na *judicialização da saúde*, à luz dos dados atualizados do número de processos em trâmite atualmente na Justiça Brasileira, que supera os dois milhões³⁷, parece certo que a opção mais indicada é a solução extrajudicial, seja pela fala do Min. Dias Toffoli no Seminário “Como será o amanhã? O futuro da judicialização da saúde”, seja pela adoção do modelo de gestão em rede de serviços para o Combate à Epidemia COVID-19, na Nota Técnica n. 24, de 12/05/2020.

O grande dilema a ser superado é o de apaziguar sentimentos durante um período de animosidade, ansiedade e depressão. Por isso, num espectro mais profundo da solução do conflito, a mediação extrajudicial afigura-se como uma técnica mais eficiente para a canalização das pretensões das partes e resolução eficaz do litígio na medida em que permite e admite a ampliação da análise do caso para uma dimensão não puramente técnica ou jurídica, mas igualmente sentimental³⁸.

6. CONCLUSÕES

Apesar das simplificações empreendidas para a apresentação do panorama geral do método trinário (consequencialismo, custo-benefício e razoabilidade) de confronto da *Jurisprudência de Crise*, o presente trabalho buscou apresentar reflexões iniciais acerca das técnicas hermenêuticas de enfrentamento de *casos difíceis* (*hard cases*) em demandas judicializadas durante o período de crise econômica sem exigir-se a internalização da *teoria de exceção portuguesa*.

Partindo das premissas iniciais, com a conceituação dos termos empregados, apresentou-se o dilema das escolhas judiciais e da crise sanitária, à luz da possibilidade de superação dos limites jurisdicionais com o emprego de métodos alternativos de resolução de conflitos e da adoção de uma cultura da pacificação social e do acordo.

Buscou-se também analisar quais as soluções admitidas na doutrina brasileira para o direcionamento das escolhas judiciais em casos que sejam necessariamente levados ao Poder Judiciário.

A possível ancoragem e restrição de revisão de posições jurídicas, ainda que temporária, nas normas afetas aos princípios sensíveis (34, VII, da CF/88), assim como

36 FAGUNDEZ, Paulo Romney. GOULART, Juliana Ribeiro. *O Marco legal da mediação no Brasil: Aplicabilidade na Administração Pública*. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Curitiba, V. 2, n. 2, Jul/Dez 2006, p. 148-164.

37 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2020.

38 WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca*: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. A esse respeito, sugere-se a leitura integral da profunda obra de Weber Luiz de Oliveira, sobre a aplicação de precedentes judiciais na Administração Pública e sobre o estímulo à composição administrativa (itens 3.2. e 3.3. do Capítulo 3 (OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes Judiciais na Administração Pública*: Limites e possibilidade de aplicação. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodvum, 2020).

das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, da CF/88), foi admitida como solução prefacial.

Ao seu lado, o método *consequencialismo, custo-benefício e razoabilidade* parece ser um caminho possível para a definição de um vetor hermenêutico à solução de casos difíceis durante a pandemia, admitindo-se a internalização de questões extraprocessuais, a exemplo das próprias consequências externas e internas da *crise sanitária*.

Por fim, abordou-se as dificuldades verificadas no fenômeno da judicialização de questões sociais durante a pandemia, sobretudo diante dos dogmas positivistas da incapacidade da figura do magistrado de adotar e lançar mão de critérios axiológicos para a solução de conflitos.

Apontou-se a partir dos discursos identificados no próprio Judiciário e no CNJ a tentativa de solução extrajudicial das demandas, esvaziando a questão acerca da *revisão de posições jurídicas, da existência de tensão quanto à admissão da jurisprudência de crise no Brasil* e quanto à adoção de um modelo de *pragmatismo jurídico consequencialista*.

Apesar da máxima de Posner, quanto à ausência de alma no pragmatismo jurídico, a necessidade de sopesamento de questões extra e endoprocessuais e a necessidade de resolução efetiva dos conflitos impõem também a apreensão de uma dimensão sentimental do litígio, numa espécie de *mediação pós-contemporânea*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fábio Martins. *As Cláusulas pétreas como instrumentos de proteção de direitos fundamentais*. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: n. 181, Ano 46. Jan/Mar. 2009.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do direito: Teorias da argumentação jurídica*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2014.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 565.089-SP*, Recorrente: Rubens Orsi dos Santos Filhos e outros, Recorrido: Estado de São Paulo, rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 25 de setembro de 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenado*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016.

COHEN, I. Glenn; CRESPO, Andrew M.; WHITE, Douglas B.. *Potencial Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During COVID-19. Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms*. In *Jama*. V. 323, N. 19, May 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

FAGUNDEZ, Paulo Romney. GOULART, Juliana Ribeiro. *O Marco legal da mediação no Brasil: Aplicabilidade na Administração Pública*. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. Curitiba, V. 2, n. 2, Jul/Dez 2006.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15ª Edição. Editora Vozes, 2015.

HOLMES, Stephen; SUSSTEIN, Cass. *The Costs of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, WW. Norton & Company, 1999.

IKAWA, Daniela R.. Hart, Dworkin e discricionariedade. In **Lua Nova**. n.61, 2004, pp.97-113. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 06/09/2020.

JAZIRI, R; ALNAHDI, S. *Choosing Which COVID-19 Patient to Save? The Ethical Triage and Rationing Dilemma, Ethics, In Medicine and Public Health*, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.jemep.2020.100570>> Acesso em: 06/09/2020.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** Portugal, Editora Coimbra, 2010.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. In **Revista Consultor Jurídico**, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>> Acesso em: 05/09/2020.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NABAIS, José Casalta. SILVA, Suzana Tavares. **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise**. Coimbra: Editora Almedina, 2011.

NEVES, Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – Tomo 1**. Lisboa, Editora Almedina, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública: Limites e possibilidade de aplicação**. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodvum, 2020

PINHEIRO, Alexandre Souza. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional Português*. In **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, n. 1, Jan/Jun 2014.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: Teoria Social e Política**. Rio de Janeiro: Editora Relume Demará, 2005.

POSNER, Richard A. **Direito Pragmatismo e Democracia**. Editora Forense, 2010.

SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed*. In **University of Michigan Public Law Working Paper**. n. 77. February 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 06/09/2020.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Editora Noeses, 2005.

_____. **Escritos Jurídicos e Filosóficos – Tomo 1**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Axis Mundi, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019

Felipe Sordi Macedo¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Acumulação de aposentadorias à luz do art. 37, § 10º, CRFB/1988. 2.1. Acumulação de aposentadorias e outros benefícios previdenciários diante da EC nº 103/2019. 2.2 Restrições para a acumulação de pensões e destas com proventos de aposentadoria e inatividade militar. 3. Do “teto” aplicável na acumulação dos benefícios previdenciários. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo analisa as recentes mudanças constitucionais ocasionadas pela Emenda Constitucional nº 103, em vigor desde 12 de novembro de 2019, com o enfoque dedicado à acumulação dos benefícios previdenciários. O artigo aborda as hipóteses de cabimento da acumulação de benefícios e suas restrições, de modo que é necessário o estudo dessas regras com inegável efeito prático econômico na vida dos beneficiários.

1. INTRODUÇÃO

A Reforma Previdenciária de 2019 nasce com o escopo de endurecimento das regras previdenciárias e redução de valores dos benefícios, a fim de supostamente sanar a impossibilidade do custeio da futura despesa previdenciária. Nada obstante, o projeto original enviado pelo Poder Executivo sofreu alterações no Congresso Nacional, de modo que relativamente à possibilidade de acumulação de aposentadorias em regimes distintos a redação do § 10º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 permaneceu inalterada.

Por sua vez, seguindo uma das linhas da reforma, qual seja a maior aproximação entre o regime previdenciário geral e próprio, o § 6º do artigo 40 estende as proibições de acumulações estabelecidas para o regime geral ao regime próprio, o que deve ser lido com o temperamento, diante das permissões previstas em outros dispositivos de ordem constitucional.

O artigo 24 da Emenda Constitucional nº 103/2019 traz as mudanças mais significativas ao beneficiário, eis que, de aplicação imediata a todos os regimes públicos

¹ Bacharel em Direito (UFSC), pós-graduado em Direito Público (UNIDERP/LFG) e pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia da OAB Nacional. Procurador do Estado de São Paulo, exercendo a função de Chefe do Contencioso Geral da Seccional de Mogi das Cruzes, Procuradoria Regional da Grande São Paulo. E-mail: fsmacedo@sp.gov.br

de previdência, determina a redução em faixas do menor benefício nas hipóteses de acumulações permitidas.

A aplicação do teto remuneratório constitucional previsto no artigo 37, XI, da CRFB/1988 também deve ser objeto de análise, diante das interpretações dadas pelos Tribunais de Contas, pelo Supremo Tribunal Federal, bem como outros projetos legislativos sobre o tema em trâmite nas casas do Congresso Nacional.

2. ACUMULAÇÃO DE APOSENTADORIAS À LUZ DO ART. 37, § 10º, CRFB/1988

REDAÇÃO ORIGINAL	REDAÇÃO COM A EC. Nº 103/2019
§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)	Sem alteração

O regramento da acumulação de benefícios previdenciários de aposentadoria pelos servidores públicos, quando estes vinculados a regimes próprios civis ou sistemas de proteção dos militares previstos nos artigos 42 e 142 da CRFB/1988, inicialmente, precisa ser estudado pela ótica da regra estabelecida pelo art. 37, § 10º, da CRFB/88, com redação incluída na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 20/1998:

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, **ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998. – Grifos acrescidos)

O advérbio – inicialmente – não foi colocado ao acaso. O Poder Executivo, ao apresentar a proposta de Emenda à Constituição à reforma da previdência, buscou modificar essa regra ampliando o campo de vedação estatuído no citado § 10º. Entre as propostas contidas no art. 1º da PEC nº 6/2019, a seguinte redação foi enviada ao Congresso Nacional²:

§10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria do regime próprio de previdência social de que trata o art. 40, de proventos de inatividade, de que tratam os art.42 e art.142 **e de proventos de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social, de que trata o art. 201, decorrentes do exercício de cargo, emprego ou função pública,** com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma prevista nesta Constituição,

² No âmbito do Estado de São Paulo, a Procuradoria-Geral do Estado, sob ordem constitucional anterior à edição da EC nº20/1998, já possuía entendimento institucional relativo à viabilidade de acumulação de benefício previdenciário da aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social com a remuneração pelo exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, conforme orientação fixada no Parecer PA-3 nº 104/1997, fortalecida com a inserção do parágrafo 10º ao artigo 37 CF/88, Parecer PA-3 nº 97/1999.

os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Grifos nossos)³

Ou seja, pela proposta original do Poder Executivo, a vedação à acumulação de proventos de aposentadoria restaria ampliada, passando a proibir que servidores públicos aposentados pelos regimes próprios civis ou dos sistemas militares de proteção pudessem também perceber benefício previdenciário – de espécie aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social – quando decorrentes do exercício de cargo, emprego ou função pública.

Tal proposta do Poder Executivo, a nosso sentir, estava eivada de inconstitucionalidade. Em um primeiro momento, a ausência dessa proibição, extrai-se no contexto de uma interpretação histórica, em que o benefício previdenciário pago ao empregado não se confundia com o provento pago ao servidor pela Administração. De outro lado, colidiria com o princípio da contrapartida, insculpido no art. 195, § 5º, e o caráter contributivo da previdência social, visto no art. 40, *caput*, 149, § 1º, e 195, II, todos da CRFB/1988. Considerando que os benefícios previdenciários são conferidos à razão das contribuições vertidas para o sistema (e não mais são vistos como uma continuidade do vínculo administrativo do servidor inativo para com o Estado), tal vedação ocasionaria o locupletamento do regime de previdência em detrimento do contribuinte. A proposta originária não avançou. Deste modo, não há restrição para a acumulação de aposentadorias, em regimes diversos de previdência, sendo possível, pela regra vigente, a percepção de até duas aposentadorias nos regimes próprios, no caso de cargos constitucionalmente acumuláveis, bem ainda de uma aposentadoria oriunda do regime geral de previdência (RGPS).

Em parecer administrativo, envolvendo cumulação de proventos do regime próprio com benefício previdenciário do regime geral em que para fins de atingimento da carência houve o aproveitamento de contribuições cujo tempo de atividade ocorreu no serviço público municipal, a Procuradoria-Geral do Estado de Goiás⁴, manifestou-se também pela sua possibilidade. Fundamentou o órgão jurídico, a regularidade da acumulação diante da garantia prevista pelo instituto da contagem recíproca, previsto no art. 201, § 9º – e agora também no novel § 9º-A – ambos da CFRB/88, bem como por que o regime geral prevê o cumprimento de período de carência (arts. 24 a 27-A e art. 48, da Lei n. 8.213/91), dentre outros, para a concessão de benefício. Veja-se:

EMENTA: Acumulação de dois proventos decorrentes de cargos públicos estaduais (regime próprio de previdência) com proventos de aposentadoria por idade junto ao INSS. Computado no benefício previdenciário do regime geral tempo de serviço público em período de acumulação irregular. Situação de ilicitude encerrada com a exoneração da servidora. Ausência de vínculo público ativo no momento da concessão

3 PEC 6/2019 Proposta de Emenda à Constituição. Câmara Federal, 2019. Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>>. Acesso em: 17 de out. de 2020.

4 BRASIL. Procuradoria-Geral do Estado de Goiás. Processo nº 201800020007754 – Despacho nº 868/2018 SEI – GAB. Gabinete do Procurador-Geral do Estado Goiânia em 03-10-2018. Disponível em: <https://www.procuradoria.go.gov.br/files/Despacho868SEI-GAB.pdf> Acesso em: 25 mai. 2020.

da aposentadoria pelo INSS. Alteração de entendimento. Despacho nº 558/2018 SEI – GAB. Situação diferente do paradigma invocado (Despacho AG 3938/2017). Prosseguimento do processo de aposentadoria

Do corpo do parecer, colaciona-se:

17. A concessão do benefício previdenciário nos regimes próprios dependem de uma vinculação ativa e no regime geral do cumprimento do período de carência (arts. 24 a 27-A e art. 48, da Lei n. 8.213/91). E diante dessa premissa, não se pode reconhecer que a aposentadoria por idade da interessada concedida pelo INSS, ainda que tenham sido computadas contribuições previdenciárias de regime próprio, possa se inserir na vedação expressa no art. 37, § 10, da CF, pois trata exclusivamente dos benefícios concedidos pelos regimes de que tratam os art. 40, 42 e 142, da CF

O entendimento é decorrente de que nos regimes próprios e nos sistemas de proteção dos militares a aposentadoria se dá em razão da existência de vínculo do servidor ou militar com a Administração Pública por força do cargo ocupado. Tal vínculo, por força do novel art. 37, § 14º, CRFB/1988, é rompido com a aposentação, inclusive para o regime geral. No regime geral, a concessão de um único benefício previdenciário de aposentadoria decorre, dentre outros requisitos conforme o tipo de atividade, da soma de salários de contribuição para o aperfeiçoamento da carência exigida, conforme o tipo de aposentadoria a ser concedida.

O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua função constitucional, concedeu o registro da aposentadoria na situação em apreço⁵:

PESSOAL. ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO. PROVENTOS. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA. A percepção de aposentadoria pelo regime geral (RGPS), ainda que parte do tempo de serviço utilizado para a obtenção do benefício seja decorrente da ocupação de emprego público celetista, não está abrangida pela vedação contida no art. 40, § 6º, da Constituição Federal, pois esse dispositivo veda a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime próprio de previdência dos servidores civis (RPPS), ressalvadas as aposentadorias decorrentes de cargos acumuláveis, não estando abrangidas, nessa proibição, as aposentadorias oriundas do regime geral de previdência social. (Acórdão 10074/2017, Primeira Câmara, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer).

Do corpo do acórdão, extrai-se para melhor compreensão:

“Sobre a percepção de benefício previdenciário junto ao INSS, é importante repisar que a vedação contida no art. 37, § 10, da CF, se restringe ao acúmulo de proventos de aposentadorias decorrentes do art. 40 (regime próprio dos servidores civis) ou dos arts. 42 e 142 (regime próprio dos servidores militares) com remuneração de cargo público, não estando abrangidas, nessa proibição, as aposentadorias oriundas do regime geral de previdência social. Nesse panorama, não me parece razoável, nem mesmo juridicamente adequado, que o benefício previdenciário obtido junto ao regime geral seja utilizado como fundamento para impugnar o ato de aposentadoria de

5 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 10074/2017. Primeira Câmara. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer. Sessão de 31/10/2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto/*/NUMACORDAO%253A10074%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse Acesso em: 25 jan. 2020.

Francisco Teixeira de Alcântara Neto junto ao Ministério da Saúde, pois não há vedação constitucional quanto a essa acumulação. Diferentemente seria se a aposentadoria do interessado junto ao Banco do Brasil fosse estatutária, visto que o art. 40, § 6º, da CF, é incisivo ao vedar a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime próprio de previdência, ressalvados os casos de acumulação lícita.” (Idem.)

O Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido:

DECISÃO CUMULAÇÃO – PROVENTOS – ARTIGO 37, § 10, CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – PREVIDÊNCIA SOCIAL – GLOSA – IMPROPRIEDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná adotou o seguinte entendimento (folhas 382 e 382-verso): 1) DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E VENCIMENTOS DE CARGO PÚBLICO ESTATUTÁRIO. REGIMES PREVIDENCIÁRIOS DIVERSOS. a) A aposentadoria pelo RGPS – Regime Geral da Previdência Social, por tempo de contribuição auferido junto à Sociedade de Economia Mista, submetida às regras da Consolidação das Leis do Trabalho, não impede a participação do aposentado em Concurso Público, tampouco constitui óbice à sua nomeação, porque inexistente disposição legal nesse sentido. b) Cumpre esclarecer que o sistema previdenciário brasileiro é composto de dois regimes distintos, gerenciados e administrados independentemente, a saber: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), controlado pelo Instituto Nacional Geral do Seguro Social (INSS); e o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), controlado e estabelecido no âmbito de cada ente federativo. c) A vedação de acúmulo tratada no artigo 37, § 10, da Constituição Federal não se aplica à Apelante, porquanto, repise-se, aposentada pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), disciplinado no artigo 201 da Constituição Federal. 2) APELO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. Na fundamentação do voto condutor do julgamento, ficou consignado (folhas 386 e 387): Importante salientar que o Regime Próprio de Previdência (RPPS) aplica-se tão somente aos servidores detentores de cargos efetivos do quadro efetivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e suas autarquias e fundações, o que pode ser ratificado, inclusive, através da leitura do disposto no artigo 40, §13, da Constituição Federal, transcrito acima. Dessa forma, há os empregados públicos, pertencentes às Sociedades de Economia Mista e às Empresas Públicas, que se aposentam pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS); e servidores públicos, pertencentes à Administração Direta e às Autarquias e Fundações, que se se aposentam pelo Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). O artigo 37, §10, da Constituição Federal, quando veda a percepção de proventos e vencimentos, explicita que aqueles devem decorrer das regras constantes dos seus artigos 40, 42 e 142, excluindo, portanto, os benefícios oriundos do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). “Artigo 37, §10 – É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração” (destaquei). Interpretando-se tais dispositivos, observa-se que o óbice! de acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo público imposto pelo artigo 37, §10, da Constituição Federal não se aplica à hipótese dos autos. Como empregada pública submetida às regras da Consolidação das Leis do Trabalho, a Apelante se aposentou pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS), estabelecido no artigo 201 da Constituição Federal recebendo benefício previdenciário comum, e não proventos decorrentes da aposentadoria especial dos servidores públicos. Por isso, não é alcançada pelo dispositivo que veda o recebimento simultâneo de aposentadoria e

vencimento de cargo, emprego ou função pública. No caso, se a Apelante vier a se aposentar no cargo estatutário de Auxiliar Administrativo, terá uma aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e uma do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). 2. Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por procurador do Município, foi protocolada no prazo previsto em lei. O Município confere à norma apontada como infringida, ou seja, ao § 10 do artigo 37 da Constituição Federal, alcance que o dispositivo não tem. Como consta em bom vernáculo no texto constitucional, “é vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração”. Vale dizer que, consoante bem decidiu o Tribunal de origem, a glosa diz respeito à acumulação de proventos decorrentes da aposentadoria como servidor público, considerado o regime específico e remuneração do novo cargo. A recorrida aposentou-se pelo regime geral de previdência social, não havendo, assim, a impossibilidade de assumir o novo cargo. Pouco importa que haja sido empregada pública do Estado. À luz do texto constitucional, cumpre perquirir a fonte dos proventos, que, iniludivelmente, não está nos cofres públicos. 3. Ante o quadro, nego seguimento a este extraordinário. 4. Publiquem. Brasília, 21 de agosto de 2015. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (RE 905353, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/08/2015, publicado em DJe-169 DIVULG 27/08/2015 PUBLIC 28/08/2015)⁶.

Por sua vez, a regra proibitiva do § 6º do art. 40 da CRFB/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, foi ampliada e estendeu aos regimes próprios de previdência dos servidores, as vedações regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários estabelecidas no regime geral de previdência social. Assim, por força constitucional, os impedimentos de acumulação do RGPS passaram também a ser aplicáveis, no que couber, aos RPPSs. Diante da ampliação do campo de vedações é necessário analisar a modificação trazida pela reforma da previdência no que toca à acumulação de prestações previdenciárias.

2.1. ACUMULAÇÃO DE APOSENTADORIAS E OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DIANTE DA EC Nº 103/2019

REDAÇÃO ORIGINAL	REDAÇÃO COM A EC. Nº 103/2019
§ 6º – Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)	§ 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta de regime próprio de previdência social, aplicando-se outras vedações, regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários estabelecidas no Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 905353, Relator(a): Ministro Marco Aurélio, julgado em 21/08/2015, DJe 28/08/2015. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4820160>>. Acesso em: 17 out. 2020.

A Emenda Constitucional nº 103, de 12/11/2019 deu nova redação ao § 6º do art. 40 da CRFB/1988:

§ 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta de regime próprio de previdência social, aplicando-se outras vedações, regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários estabelecidas no Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Os benefícios previdenciários pagos por regime próprio restringem-se às aposentadorias e a pensão por morte, conforme disposição do art. 9, § 2º, da EC nº 103/2019.

A reforma, neste ponto, trouxe uma regra de equiparação entre os regimes próprios e o geral. Se o regime geral possui regras de vedação de percepção de benefícios acumulados, está também será válida para os regimes próprios. É o que se depreende do acréscimo na redação do § 6º do art. 40 trazida pela EC nº 103/2019.

A diretriz da reforma previdenciária de 2019 é a de restringir as situações nas quais é permitida a acumulação de prestações previdenciárias. Neste sentido, o constituinte derivado autorizou o legislador, por meio de lei complementar, conforme previsão do novo art. 201, § 15º, CRFB/1988, a estabelecer vedações, regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários. Ou seja, abre espaço mais flexível para que se criem novas hipóteses de restrição à acumulação, aplicáveis a ambos os regimes. Assim, dispõe expressamente o § 5º do art. 24 da EC nº 103/2019: “§ 5º As regras sobre acumulação previstas neste artigo e na legislação vigente na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderão ser alteradas na forma do § 6º do art. 40 e do § 15 do art. 201 da Constituição Federal”.

É importante frisar que, por ora, enquanto não sobrevém nova lei complementar tratando sobre o tema, a aplicação das vedações do art. 124 da Lei nº 8.213/1991 ao RPPS⁷ se dá somente naquilo que for cabível, pois, em que pese a ampliação da vedação, permanece hígida a possibilidade de acumulação de até duas aposentadorias, no caso de cargos constitucionalmente cumuláveis dos regimes próprios, conforme o citado art. 37, § 10º, a parte inicial do nova redação do art. 40, § 6º, da CRFB/1988, corroborada também na expressão no plural contida no citado § 2º do art. 9º da EC nº 103/2019, bem ainda de uma aposentadoria concedida no âmbito do regime geral,

7 Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

I – aposentadoria e auxílio-doença;

II – duas ou mais aposentadorias;

III – mais de uma aposentadoria; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

IV – aposentadoria e abono de permanência em serviço;

V – salário-maternidade e auxílio-doença; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

VI – mais de um auxílio-acidente; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

VI – mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa. (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Parágrafo único. É vedado o recebimento conjunto do seguro-desemprego com qualquer benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio-acidente.

(Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

defendida diante da ausência de vedação nos citados dispositivos dos artigos 37 e 40 do texto constitucional. Da mesma forma, a vedação à percepção de mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, vista no inciso VI do art. 124, deve ser lida com ressalvas, diante do regramento específico estabelecido pelo art. 24 da Emenda Constitucional nº 103/2019, abaixo tratado.

2.1.1. Restrições para a acumulação de pensões e destas com proventos de aposentadoria e inatividade militar

REDAÇÃO COM A EC. Nº 103/2019
<p>Art. 24. É vedada a acumulação de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, no âmbito do mesmo regime de previdência social, ressalvadas as pensões do mesmo instituidor decorrentes do exercício de cargos acumuláveis na forma do art. 37 da Constituição Federal.</p> <p>§ 1º Será admitida, nos termos do § 2º, a acumulação de:</p> <p>I – pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com pensão por morte concedida por outro regime de previdência social ou com pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal;</p> <p>II – pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro de um regime de previdência social com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social ou com proventos de inatividade decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal; ou</p> <p>III – pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal com aposentadoria concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social.</p> <p>§ 2º Nas hipóteses das acumulações previstas no § 1º, é assegurada a percepção do valor integral do benefício mais vantajoso e de uma parte de cada um dos demais benefícios, apurada cumulativamente de acordo com as seguintes faixas:</p> <p>I – 60% (sessenta por cento) do valor que exceder 1 (um) salário-mínimo, até o limite de 2 (dois) salários-mínimos;</p> <p>II – 40% (quarenta por cento) do valor que exceder 2 (dois) salários-mínimos, até o limite de 3 (três) salários-mínimos;</p> <p>III – 20% (vinte por cento) do valor que exceder 3 (três) salários-mínimos, até o limite de 4 (quatro) salários-mínimos; e</p> <p>IV – 10% (dez por cento) do valor que exceder 4 (quatro) salários-mínimos.</p> <p>§ 3º A aplicação do disposto no § 2º poderá ser revista a qualquer tempo, a pedido do interessado, em razão de alteração de algum dos benefícios.</p> <p>§ 4º As restrições previstas neste artigo não serão aplicadas se o direito aos benefícios houver sido adquirido antes da data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.</p> <p>(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)</p>

O *caput* do art. 24 da Emenda Constitucional nº 103/2019, traz a vedação à acumulação entre pensões (pensão com outra pensão), no âmbito do mesmo regime, salvo se decorrentes do exercício de cargos acumuláveis de um mesmo instituidor,

conforme o art. 37 da CRFB/1988, e limitações à acumulação de aposentadoria com pensão, com aplicação imediata a todos os regimes próprios de previdência, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Municípios, com determinação da redução em faixas no menor benefício auferido.

Do artigo 24 da Emenda, segundo a doutrina, ao comentar a reforma da previdência, o objetivo do legislador foi de reduzir o valor total da renda de quem acumula aposentadoria e pensão, ainda que em regimes diversos, bem como também acumulação de mais de uma pensão, mesmo que em regimes distintos. Gize-se, assim, que na acumulação de pensões em regimes diferentes, hipótese permitida, conforme autoriza o inciso I do § 1º do citado artigo, contudo, sujeita a limitações, conforme veremos.

Deste modo, pela redação do citado § 2º fica admitida a acumulação dos benefícios citados no § 1º, todavia, com redução em faixas do menor benefício. Ficou assegurada a percepção integral do benefício mais vantajoso e de uma parte de cada um dos demais benefícios, apurados cumulativamente de acordo com as faixas do benefício em salários mínimos. Para melhor compreensão das hipóteses legais previstas nos incisos do § 1º, vejamos na forma de exemplos:

1) Acumulação de Pensão por morte de um cônjuge/companheiro(a) no RGPS com Pensão por morte de um outro cônjuge/companheiro(a) no RGPS. Hipótese não permitida. Deverá fazer opção pelo benefício mais vantajoso.

2) Acumulação de Pensão por morte de um cônjuge/ companheiro(a) no RPPS ou atividades militares em cargo não acumulável com Pensão por morte de um outro cônjuge/companheiro(a) no RPPS ou atividades militares em cargo não acumulável. Hipótese não permitida. Deverá fazer opção pelo benefício mais vantajoso.

3) Acumulação de Pensão por morte de um cônjuge/ companheiro(a) do RPPS em cargo acumulável com outra Pensão do RPPS em cargo acumulável . Pode, nesta situação, acumular até 4 (quatro) benefícios de pensão, sujeita aquela menos vantajosa à aplicação dos redutores do § 2º do art. 24, conforme a faixa do benefício. Nesta hipótese, podemos chegar a uma situação em que determinada pessoa consiga acumular até mais benefícios. Veja-se a hipotética situação de em que o beneficiário recebe 2 (duas) pensões decorrentes de cargos acumuláveis no RPPS ou de atividades militares de um cônjuge/companheiro(a) mais uma pensão do RGPS decorrentes deste mesmo cônjuge/companheiro(a). Aqui, tem-se o direito a percepção de 3 pensões, sendo duas do RPPS em cargos acumuláveis e outro do RGPS. Nada impede ao beneficiário, a repetição desta situação no RPPS ou em atividades militares, decorrente de outro fato gerador, hipótese em que continuará recebendo integralmente o benefício mais vantajoso e sobre os demais benefícios incidirão os redutores previstos no § 2º do art. 24, conforme a faixa do benefício.

4) O inciso II do § 1º do art. 24 trata da situação de acumulação envolvendo não apenas a soma de pensões, mas também a acumulação de pensão deixada por um cônjuge ou companheiro(a) com a aposentadoria do RGPS ou proventos do RPPS

ou do sistema de proteção dos militares. Nesta hipótese, reporta-se o leitor ao quanto exposto no tópico acima, ou seja, recebe-se integralmente o benefício mais vantajoso e incidem os redutores previstos no § 2º do art. 24, conforme a faixa do benefício.

5) O inciso III do § 1º do art. 24 também permite a acumulação de aposentadoria do RGPS ou do RPPS com as pensões decorrentes das atividades militares. Deverá ser observada a mesma regra exposta nos anteriores tópicos 3 e 4.

Conforme o §2º, do art. 24, da EC 103/2019, será possível, portanto, a percepção do valor integral do benefício mais vantajoso, sendo que o valor do(s) outro(s) serão apurado(s) de acordo com faixas estipuladas com referência ao salário mínimo do(s) benefício(s) menos vantajoso(s) percebido(s). Veja-se em forma de tabela as previsões contidas nos incisos I a IV do mencionado § 2º, com os redutores incidentes sobre o salário mínimo e o percentual pago relativamente ao(s) benefício(s) acumulado(s):

FAIXA DO BENEFÍCIO	REDUTOR	PERCENTUAL PAGO
Até 1 salário mínimo	Sem redutor	100%
Acima de 1 até 2 salários mínimos	40%	60%
Acima de 2 até 3 salários mínimos	60%	40%
Acima de 3 até 4 salários mínimos	80%	20%
Acima de 4 salários mínimos	90%	10%

Apesar da omissão do art. 24 da Emenda, entende-se que as faixas deverão ser modificadas anualmente quando da atualização monetária ou mesmo reajuste real do salário mínimo, podendo assim aumentar a renda mensal do beneficiário.

Importante garantia mencionada no § 3º do art. 24 da Emenda prevê a possibilidade do interessado, a qualquer tempo, solicitar a revisão dos componentes da acumulação. Essa hipótese exsurge diante de engessamento ao longo do tempo de algum dos benefícios, de modo que aquele benefício menos vantajoso, ao longo do tempo, pode se tornar o mais vantajoso, de modo que poderá o interessado pleitear a mudança da incidência do redutor. Outrossim, tal providência pode ser necessária em caso para fins de análise de incidência do teto constitucional, em nossa opinião.

O novo regramento preservou expressamente, no § 4º do art. 24 da Emenda, o direito adquirido quando o fato gerador da aposentadoria ou pensão por morte tenha ocorrido até a data da publicação da Emenda nº 103/2019, mesmo que o requerimento tenha sido ofertado posteriormente.

Vale gizar que a faixa de redutores incide nas hipóteses mencionadas, não interferindo na situação de acúmulo de aposentadorias do regime próprio, quando permitido, e ainda de uma aposentadoria no regime geral, se for o caso. Também não é atingida a acumulação de pensões de mesmo regime decorrentes dos cargos acumuláveis. Esta também é a opinião de Luciano Martinez:

Dois pontos finais que merecem destaque:

Primeiro, esse sistema somente atingirá os benefícios que venham a ser devidos a partir desta Emenda Constitucional. Quem já acumula benefícios, não será afetado;

Segundo, a sistemática aqui em análise somente diz respeito à acumulação de pensão por morte com outra pensão por morte ou de pensão por morte com aposentadorias. Nada mudou, ao menos por ora, no tocante às acumulações de aposentadorias. Toda a sistemática permanece sendo a mesma anteriormente exigível e aplicável⁸.

A acompanhar a chamada PEC Paralela da Reforma da Previdência – PEC nº. 133/2019, já votada em dois turnos no Senado Federal, aguardando as respectivas votações na Câmara Federal, prevendo a diminuição dos redutores no benefício menos vantajoso acumulado em se tratando de dependente com deficiência intelectual mental ou grave.

As restrições estabelecidas no referido art. 24 dizem respeito à acumulação de benefícios previdenciários **quando envolvida pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro**, não havendo, portanto, vedação ou redução no caso, por exemplo, de acumulação de pensões por morte deixadas por ambos os pais de um filho menor.

O controle das situações de acumulação torna-se possível, a partir da disposição do artigo 12 da Emenda a qual dispõe que a União instituirá um sistema integrado de dados relativos às remunerações, proventos e pensões dos regimes geral, próprio e de previdência complementar, benefícios de programas de assistência social, bem ainda às remunerações, proventos de inatividades e pensões dos sistemas de proteção dos militares de que tratam os artigos 42 e 142 da CRFB/1988. Enquanto tal sistema não é implementado, o INSS e outros órgãos de previdência têm adotado modelo de controle manual por meio de declaração do beneficiário, para fins de possibilitar a correta incidência dos redutores antes mencionados.

Contudo, entende-se que questões de direito intertemporal e de incidência das faixas redutoras irão surgir, embora o regramento expressamente preserve o direito adquirido.

Veja-se a hipótese de um servidor que antes da Emenda já usufruísse de uma aposentadoria e de uma pensão por morte, seja do RGPS ou do RPPS e após a vigência da EC n. 103/2019 adquira o direito a nova aposentadoria pelo RPPS (cargo acumulável). Como o fato gerador dessa nova aposentadoria deu-se após a promulgação da reforma da previdência, em tese, incide a hipótese de acumulação permitida no § 1, inciso II do art. 24 da referida Emenda, com as faixas de redução previstas no § 2º do citado dispositivo. Contudo, se essa nova aposentadoria for mais vantajosa que a(s) aposentadoria(s) e pensão(es) anteriores, estariam os benefícios previdenciários anteriores, protegidos pelo direito adquirido, sujeitos às faixas de redução? Ou o redutor aplicar-se-ia na aposentadoria mais vantajosa? A mesma dúvida exsurge na hipótese de recebimento de uma pensão mais vantajosa, quando em acúmulo com pensão ou aposentadoria adquiridas antes da reforma. Incidiriam os redutores nos benefícios anteriormente à reforma adquiridos?

⁸ MARTINEZ, Luciano. Reforma da Previdência: Emenda Constitucional: Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019: entenda o que mudou. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 204 – grifos no original.

Crê-se que as dificuldades de aplicação das normas da EC n. 103/2019 diante das hipóteses fáticas que surgirão, ensejarão tanto novel legislação complementar, a exemplo a previsão do art. 201, § 15º, bem como a interpretação dos órgãos previdenciários e do Poder Judiciário ao enfrentar as questões constitucionais a serem invocadas.

2.1.1.1. Do “teto” aplicável na acumulação dos benefícios previdenciários

Vistas as condições para a acumulação de benefícios previdenciários, surge também a questão da incidência dos limites referente ao teto remuneratório, previsto no art. 37, XI, da CRFB/1988 sob os benefícios acumulados?

Veja-se o referido dispositivo:

XI – a **remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos** da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e **os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003. Grifos acrescidos.)

A literalidade do dispositivo, especialmente no trecho em que, após elencar as espécies de rendimentos, menciona a circunstância de serem “*percebidos cumulativamente ou não*”, conduz à conclusão que o teto remuneratório incide sobre o total dos valores, mesmo nos casos em que permitida a cumulação de vencimentos ou destes com benefícios previdenciários decorrentes do exercício de cargos, empregos e funções públicas.

A conclusão poderia até ser reforçada pela leitura do art. 40, § 11, da Constituição Federal, que prevê a incidência do teto sobre a “*soma total*” dos proventos de inatividade (incluídos os decorrentes de cargos acumuláveis e aqueles recebidos no RGPS) “*e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo*”:

§ 11 – Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à **soma total dos proventos de inatividade**, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e **ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração** de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98. Grifos acrescidos.)

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *leading case* no RE 612.975, Tema nº 377 da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese:

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, **a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.** (RE 612975, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-203 DIVULG 06-09-2017 PUBLIC 08-09-2017. Grifos acrescidos.)⁹

O Tribunal de Contas da União também não discrepa do entendimento:

O Tribunal de Contas da União (TCU) manifestou-se recentemente em resposta à consulta que lhe foi formulada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). De início, a Unidade Técnica registrou:

Questão 1 – O teto remuneratório constitucional deve ser aplicado sobre o somatório dos proventos de aposentadoria decorrentes do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS e do Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou de forma isolada?

14. Entretanto, parece-nos que o questionamento do consulente foi mais amplo, no sentido de arguir se o teto remuneratório constitucional deve ou não ser aplicado sobre o somatório de quaisquer proventos advindos do RPPS e do RGPS, esteja envolvido cargo público ou não. A dúvida parece advir da tortuosa redação do texto constitucional, o qual aduz que o teto constitucional aplica-se à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o RGPS (art. 40, § 11). Temos a considerar que, após o novo entendimento do STF e deste TCU, seria inconcebível imaginar tal possibilidade, já que nem mesmo no caso de cargos públicos constitucionalmente acumuláveis os proventos correspondentes devem ser somados para fins de abate-teto. Vale salientar que a decisão do STF se pautou, entre outros fundamentos, no da não gratuidade dos serviços prestados, ainda que parcial, observado o art. 1º da CF/1988, no que evidencia, como fundamento da República, a proteção dos valores sociais do trabalho. Dessa forma, considerando esse princípio norteador, os proventos advindos do RGPS, como consequência do trabalho realizado ao longo dos anos, não devem ser somados a quaisquer outros valores para fins de apuração do teto remuneratório. 15. A resposta a este primeiro questionamento, portanto, pode ser no sentido de que, no caso de percepção simultânea de proventos do RPPS e do RGPS, o teto constitucional deve incidir sobre cada um dos proventos isoladamente¹⁰.

Ressalta-se que tal Tema analisou a incidência do teto remuneratório no caso de acumulação de cargos públicos e a tese firmada fez expressa menção a tal hipótese.

Já a questão do teto aplicável sobre o montante decorrente da acumulação de remuneração ou proventos de aposentadoria com o benefício de pensão por morte

9 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 612975, Relator(a): Ministro Marco Aurélio, julgado em 27/04/2017, DJe 08/09/2017. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3874667>>. Acesso em: 17 out. 2020.

10 BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.092/2019. Plenário, Relator: Ministro Raimundo Correia. Sessão em 15/05/2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*?NUMACORDAO%253A1092%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=170c4290-10d5-11eb-a741-cb0829f2b323. Acesso em 17 out. 2020.

também foi submetida à sistemática da Repercussão Geral no Tema nº 359, recentemente julgado.

E em linha diversa ao entendimento fixado no Tema nº 377, relativo a aplicação do teto remuneratório respectivo no caso de cargos acumuláveis, com incidência isolada a cada um deles, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 602.584 – Tema 359 da Repercussão Geral, decidiu o Supremo Tribunal Federal que, para os fatos geradores ocorridos após a promulgação da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, o teto constitucional respectivo incide sobre o somatório da acumulação da pensão com a remuneração e/ou aposentadoria do beneficiário.

Observe-se, contudo, que tais julgamentos podem sofrer a incidência do chamado fenômeno da superação legislativa da jurisprudência, eis que em tramitação no Congresso Nacional projetos de lei com o objetivo de regulamentação mais restritiva ao limite remuneratório de que trata a Constituição. Tais projetos já foram aprovados no Senado Federal e aguardam votação pela Câmara de Deputados (PL 6726/2016, PL 6751/2016, PL 6752/2016)¹¹

3. CONCLUSÃO

As novas regras referentes a acumulação de benefícios previdenciários e pensões objetivam a promoção do equilíbrio financeiro e atuarial para sustentabilidade do sistema de previdência social. De outro lado, o alcance das novas regras veio desacompanhado de qualquer regra de transição a atenuar seus impactos econômicos incidentes diretamente sobre os contribuintes do sistema de proteção social, sobretudo os servidores públicos vinculados aos regimes próprios ou militares beneficiários de proventos de inatividade das atividades aludidas nos artigos 42 e 142 da CRFB/1988.

Os redutores previstos no artigo 24 da Emenda Constitucional para a percepção do benefício menos vantajoso, em verdade, importam em significativa perda de renda ao beneficiário, somente afastada esta redução, caso o benefício menos vantajoso acumulado for de valor igual ou inferior a um salário mínimo, hipótese em que será pago em sua integralidade.

É certo ainda haver certa insegurança jurídica no que tange à futura obtenção de benefícios em acumulação, eis que as disposições constitucionais restritivas relativas se encontram em patamar constitucional apenas transitoriamente e podem ser alteradas por futura lei complementar, facilitando consideravelmente o processo de alteração dessas regras.

A interpretação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 359 da Repercussão Geral (RE nº 602584), referente ao teto aplicável à acumulação de remuneração ou provento com pensão, considerados em somatório, colidente com o julgado

¹¹ Regulamentação do teto do servidor aguarda votações na Câmara. Agência Senado, Brasília, 08 de mai. de 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/08/regulamentacao-do-teto-do-servidor-aguarda-votacoes-na-camara>>. Acesso em: 17 out. de 2020.

pelo mesma Corte Constitucional no Tema 377 (RE 612.975), permitindo a incidência isolada do teto constitucional a cada um dos cargos acumuláveis, também é fator que pode ocasionar perda de renda dos pensionistas, dado que o precedente no regime da repercussão geral também é vinculante para a Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. *Reforma da previdência comentada*. Editora Juspodvm, Salvador, 2020.

BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. *Direito previdenciário público – regime próprio de previdência social dos servidores públicos do Estado de São Paulo*. Editora Juspodvm, Salvador, 2018.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito administrativo*. Editora Juspodvm, 8ª ed. Salvador, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 out. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em 17 out. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em 17 out. 2020.

BRASIL. Lei Federal n. 8.213, de 24 de julho de 1991 – Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 17 out. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, João Batista Lazzari. *Manual de Direito Previdenciário*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 17 ed. Salvador, Ed. Juspodivm, 2019.

LAZZARI, João Batista [et al.]. *Comentários à reforma da previdência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Luciano. *Reforma da Previdência: Emenda Constitucional: Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019: entenda o que mudou*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PENTEADO GUELLER, Marta Maria R.; VIDUTTO BERMAN, Vanessa [et al.]. *O que muda com a reforma da previdência*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA EM FACE DE DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CASUÍSTICAS DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 810 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.332.

Felipe Wildi Varela¹

Weber Luiz de Oliveira²

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Vinculação das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico-Processual; 3 Instrumentos Processuais para Adequação da Coisa Julgada ao Precedente Vinculante Formado em Controle de Constitucionalidade; 4 Distinções entre as Hipóteses de Cabimento da Ação Rescisória para Adequar a Coisa Julgada à Decisão Proferida em Sede de Controle de Constitucionalidade; 4.1 Da Incidência da Súmula N. 343 do Supremo Tribunal Federal – Ausência de Controle Concentrado; 5 Casuísticas: Tema 810 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal; 5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 2.332; 6 Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O Código de Processo Civil de 2015 é fortemente influenciado pelas lições acerca da vinculação de determinados pronunciamentos judiciais, sobretudo, no instituto da coisa julgada. A ação rescisória é o primeiro instrumento processual que se lembra quando se pensa na alteração da coisa julgada. A possibilidade de adequação da coisa julgada à precedente vinculante começa a ser objeto de demandas a serem apreciadas pelo Poder Judiciário. Para ilustrar esse fenômeno de judicialização, o presente artigo, a partir de recentes pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal na fixação da tese jurídica do Tema 810 de repercussão geral (em controle difuso) e, ainda, no julgamento da ADI n. 2.332 (em controle concentrado), busca analisar a (im)possibilidade do manejo da via rescisória como instrumento de adequação da coisa julgada aos denominados precedentes vinculantes. A pesquisa é baseada em fontes bibliográficas sobre o tema desenvolvido. Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o

¹ Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Máster Universitario em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela *Universidad de Alicante*, Espanha. Graduado em Direito pela UNIVALI. Procurador do Estado de Santa Catarina. e-mail: varela@pge.sc.gov.br.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali/SC), com dupla titulação com a Universidade de Alicante, Espanha. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul/LFG. Membro de Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP. Professor de Direito Processual Civil, graduação e pós-graduação *lato sensu*. Procurador do Estado de Santa Catarina, com atuação nos Tribunais Superiores. Lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/0265753096355749>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5897-3866>.

Método Cartesiano, e, as Considerações Finais expressa no presente artigo são compostas na base lógica indutiva.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise do cabimento da ação rescisória em razão de pronunciamentos judiciais do Supremo Tribunal Federal. O seu objetivo é demonstrar quando é cabível a ação rescisória em razão da declaração de (in)constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso ou controle concentrado. Para tanto, o artigo está dividido em três seções.

A primeira trata da vinculação das decisões judiciais no ordenamento jurídico-processual.

Na segunda e terceira seções serão demonstrados os instrumentos processuais para adequação da coisa julgada ao precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, apontando-se distinções entre as hipóteses de cabimento da ação rescisória. É reconhecido um disciplinamento pelo Código de Processo Civil de 2015 de hipóteses de rescisão genérica e específica, essa estabelecida, relacionada e restrita à impugnação ao cumprimento de sentença, com legitimidade ativa apenas do executado/devedor.

Especial detalhamento é dado, na seção três, à Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal e à sua própria interpretação que vem sendo dada pelas Cortes Constitucionais.

Na quarta e última seção são colacionados casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal – Tema 810 de Repercussão Geral e ADI 2.332 -, com o desiderato de ilustrar as diferenciações dos efeitos das decisões proferidas em controle difuso e concentrado de constitucionalidade e, conseqüentemente, a aplicação teórica, pragmática, jurisprudencial e conjectural da ação rescisória.

O artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados sobre o cabimento da ação rescisória em face da declaração de (in)constitucionalidade proferida pela Corte Constitucional.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e, as considerações finais expressas no presente artigo são compostas na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

2. VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO – PROCESSUAL

Após cinco anos da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 são cozinhas as lições acerca da vinculação de determinados pronunciamentos judiciais.

Apontam-se vantagens e desvantagens³ na adoção do que se convencionou denominar *precedentes vinculantes*, como uma função nomofilática dos tribunais⁴.

Entre as vantagens citam-se: igualdade, no sentido de se dar coerência e uniformidade às decisões judiciais; segurança jurídica, ao se possibilitar a previsibilidade e estabilidade da atividade jurisdicional, além de tutelar a confiança dos jurisdicionados; diminuição da litigância; aceleração dos julgamentos, com concretização do princípio da duração razoável do processo; eficiência do Poder Judiciário.

No que pertine às desvantagens são apontadas: engessamento do Direito; ofensa à independência do juiz, pela obrigatoriedade de se seguir as teses vinculantes em detrimento de seu entendimento sobre a questão jurídica em julgamento; infração ao princípio da separação dos poderes, na medida em que o Poder Judiciário não teria competência constitucional para editar normas de conduta, fazendo o papel, portanto, do Poder Legislativo; falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, considerando que seus membros não foram eleitos pelos procedimentos constitucionalmente democráticos para impor o Direito para toda a sociedade e administração pública.

Criou-se, então, um sistema⁵ no Código de Processo Civil para que juízes e tribunais apliquem os precedentes vinculantes, desde o recebimento da petição inicial até o julgamento de recursos. Com efeito, antes mesmo do contraditório, o Código de Processo Civil autoriza o julgamento de improcedência liminar do pedido se este contrariar súmula ou decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos⁶; tese fixada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou, em verbete de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.⁷ Da mesma forma, poderá o juiz deferir pedido de tutela provisória da evidência com fundamento em precedentes vinculantes. E, em grau de recurso, pode o relator julgar monocraticamente o recurso.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 118-210.

4 MANCUSO, Rodolfo de Camargo (2014). **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 401. 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, p. 352-358.

5 Sistema, aqui, se entende o quanto destacado por Claus-Wilhelm Canaris, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, intr. e trad. Antônio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

6 O Código de Processo Civil define como o julgamento de casos repetitivos as decisões proferidas as questões materiais ou processuais decididas em: i – incidente de resolução de demandas repetitivas; e, ii – recursos especial e extraordinário repetitivos. Vide artigo 928 do Código de Processo Civil. In: BRASIL. **Planalto**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 10 set. 2.020.

7 “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.” In: BRASIL. **Planalto**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 10 set. 2.020.

Todo este rol de possibilidades se refere ao processo de conhecimento. Entretanto, se por um lado, este novo paradigma processual está intimamente ligado a ideia de segurança jurídica e, via de consequência, asseguarção de um mínimo de previsibilidade aos jurisdicionados, vê-se, com um certo tom de incerteza e insegurança jurídica, os efeitos dos precedentes vinculantes, especialmente no que se refere à decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, sobre a coisa julgada que lhe for contrária.

3. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA ADEQUAÇÃO DA COISA JULGADA AO PRECEDENTE VINCULANTE FORMADO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A ação rescisória é o primeiro instrumento processual que se lembra quando se pensa na alteração da coisa julgada. Sobre a possibilidade de adequação da coisa julgada à precedente vinculante situação singular foi disciplinada no Código de Processo Civil sobre o cabimento da ação rescisória que “violar manifestamente norma jurídica”, consoante art. 966, V.

O que é norma jurídica?

Contemporaneamente se aduz que a norma jurídica é o resultado da interpretação do texto jurídico⁸ e que tal norma é construída pelo intérprete. Não seriam normas jurídicas, portanto, apenas o texto escrito, mas, igualmente, os resultados interpretativos do sentido do texto.

A que norma jurídica se refere o preceptivo legal? Precedente judicial vinculante é norma jurídica?

Já se defendeu que no Brasil⁹, país de *civil law* em que o fundamento de validade de uma lei se extrai de textos positivados, que somente se pode considerar precedente vinculante aqueles em que estão assim disciplinados legislativamente.

Então, o sentido extraível dos julgamentos dos processos e procedimentos existentes que disciplinam a formação de precedente vinculante é norma jurídica. A tese, a *ratio decidendi*, os fundamentos determinantes dos julgamentos que assentam precedentes vinculantes é norma jurídica. Vale dizer, uma “decisão pode violar norma definida em precedente de Corte Suprema ou norma que deriva de texto legal que não suscita dúvida interpretativa”¹⁰.

Portanto, é norma jurídica jurisdicional o precedente vinculante assim delimitado na lei, constitucional ou infraconstitucional. Se constitucional vincula a todos, como

8 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**, 6ª ed., 2ª tir., refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo: Editora Malheiros, 2014. STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

9 OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública: limites e possibilidades de aplicação**, 2ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 74-82.

10 MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada**, In, Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, Sentença e coisa julgada, v. V, orgs. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., 2018, p. 847.

a súmula vinculante e as decisões em controle concentrado de constitucionalidade; se infraconstitucional, vincula apenas jurisdição, como os demais pronunciamentos judiciais discriminados no art. 927 do Código de Processo Civil.

A corroborar que precedente vinculante pode também ser considerado norma jurídica vejam-se as disposições dos §§ 5º e 6º do art. 966 do Código de Processo Civil. Tais preceptivos legais autorizam o cabimento de ação rescisória, com base no art. 966, V, se a decisão que se pretende rescindir, se baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos (precedentes vinculantes dispostos no art. 927 do Código de Processo Civil), não tiver “considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento” (§ 5º). Nesse caso, deverá o autor da ação rescisória “demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica (§ 6º).

Admite-se, assim, a alegação de distinção da norma jurídica (precedentes vinculantes específicos) com o que foi decidido em decisão transitada em julgado. Portanto, a regra geral do *caput* do art. 966, inciso V, do Código de Processo Civil, alberga que pode ser rescindida a coisa julgada quando se violar manifestamente norma jurídica, incluída em tal categoria os precedentes vinculantes.

Contudo, essa norma jurídica violada e fundamento para a rescisão de decisão judicial deve ser, obviamente, pré-existente, ou seja, anterior ao pronunciamento que se pretende rescindir, já que nos termos do regramento genérico do art. 966, V do CPC, é impossível ocorrer violação a uma norma ainda inexistente. E, ainda, como será visto, desde que respeitados os termos da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.

Situação diversa e singular é relativa ao cabimento de ação rescisória na disciplina processual do cumprimento de sentença. Aqui, não se deve confundir as situações fático-processuais, uma vez que a razão é particularizada pelo objetivo de se pretender reconhecer o título executivo inexigível, distinção relevante que leva à inexorável conclusão do cabimento dessa espécie de ação rescisória apenas para o executado-devedor.

Ademais, outra diferença relevante na espécie retratada é que a *norma jurídica* que autoriza o cabimento dessa específica ação rescisória é pós-existente, ou seja, proferida após a formação da coisa julgada.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015, conforme Capítulos III e V, do Livro I (“Cumprimento Definitivo da Sentença que Reconhece a Exigibilidade de Obrigação de Pagar Quantia Certa”; “Do Cumprimento de Sentença que Reconhece a Exigibilidade de Obrigação de Pagar Quantia Certa pela Fazenda Pública”) contemplou e disciplinou um regramento, especial e específico, no que se refere a adequação de decisões judiciais aos entendimentos firmados pela Corte Suprema em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

A propósito, as regras inscritas nos artigos 525, § 1º, III, §§ 12, 13, 14 e 15 (partes privadas), bem como art. 535, III, §§ 5º, 6º, 7º e 8º (cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública).¹¹

A despeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal (requisitos objetivos), poderão os legitimados ativos específicos – pessoa física ou jurídica, pública ou privada (requisitos subjetivos) –, buscar o juízo de adequação de uma decisão judicial à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, seja por meio da declaração de constitucionalidade, seja na declaração de inconstitucionalidade.

Por meio de impugnação ao cumprimento de sentença ou via ação rescisória (objeto específico do presente estudo), poderá o executado requerer a improcedência ou a rescisão da decisão exequenda, bem como um novo julgamento, quando o título executivo for incompatível com o texto da Constituição Federal (“fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como”).

Veja-se, a propósito, o comentário feito pelo Ministro Luiz Fux, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 730.462/SP,

Então, o novo Código traz uma solução bem prática. Se a lei for declarada inconstitucional antes do trânsito em julgado da sentença que fundamentou aquela decisão, com base naquela lei, é possível arguir em embargos do executado a inconstitucionalidade. Se a declaração de inconstitucionalidade surge depois do trânsito em julgado, é preciso, efetivamente, promover uma ação rescisória, e, evidentemente, que a estratégia é a promoção da ação rescisória com pedido de suspensão da execução.

É oportuno observar, também, que Código de Processo Civil de 2015 estipulou o marco temporal para a aplicação das disposições contidas nos artigos 525 e 535, ao limitar a sua incidência apenas para as decisões que transitarem em julgado após a sua

11 “Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: [...]III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; [...]§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. [...]§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. [...] Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: [...]III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; [...]§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica. § 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. § 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.”. In: BRASIL. **Planalto**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 set. 2.020.

vigência¹². Para as decisões transitadas em julgado em momento anterior a vigência do novo *codex*, deve-se aplicar o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.¹³

Após o Supremo Tribunal Federal ter apreciado e reconhecido a constitucionalidade desses novos instrumentos (com eficácia rescisória), que visam harmonizar a garantia da coisa julgada com o princípio da supremacia da Constituição, a matéria ora analisada – possibilidade de rescisão de decisão transitada em julgado com base em norma posteriormente declarada inconstitucional –, novamente voltou a pauta da Suprema Corte, por meio do Recurso Extraordinário n. 730.462, também sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki. Assim, sob a sistemática da repercussão geral – Tema 733, firmou-se a seguinte tese:

a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495).

A partir da definição do Tema 733 de repercussão geral, tem-se, em princípio, que o efeito vinculante da decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma é limitado sob o aspecto temporal. As decisões judiciais já transitadas em julgado cujo prazo decadencial para a propositura da ação rescisória já se esgotou são imunes ao controle de constitucionalidade. Esses

12 “Art. 1.057. O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.” In: BRASIL. **Planalto**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 set. 2.020.

13 A constitucionalidade dessas novas hipóteses de rescisão da coisa julgada foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.418, sob a relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki. O acórdão está assim ementado: “CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DAS NORMAS ESTABELECIDO PRAZO DE TRINTA DIAS PARA EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (ART. 1º-B DA LEI 9.494/97) E PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS PARA AÇÕES DE INDENIZAÇÃO CONTRA PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO E PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS (ART. 1º-C DA LEI 9.494/97). LEGITIMIDADE DA NORMA PROCESSUAL QUE INSTITUI HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL EIVADO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUALIFICADA (ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 475-L, § 1º DO CPC/73; ART. 525, § 1º, III E §§ 12 e 14 e art. 535, III, § 5º DO CPC/15). 1. É constitucional a norma decorrente do art. 1º-B da Lei 9.494/97, que fixa em trinta dias o prazo para a propositura de embargos à execução de título judicial contra a Fazenda Pública. 2. É constitucional a norma decorrente do art. 1º-C da Lei 9.494/97, que fixa em cinco anos o prazo prescricional para as ações de indenização por danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, reproduzindo a regra já estabelecida, para a União, os Estados e os Municípios, no art. 1º do Decreto 20.910/32. 3. São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda. 4. Ação julgada improcedente.” Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12036655>. Acesso em 06 set. 2.020.

atos jurisdicionais pretéritos, mesmo que incompatíveis com a ordem constitucional vigente, são imutáveis.

Não obstante a fixação da tese jurídica do Tema 733, a temática envolvendo o uso da ação rescisória como sendo um dos instrumentos processuais adequados para desconstituir uma decisão com trânsito em julgado que, posteriormente, tiver um de seus fundamentos objeto de controle de constitucionalidade, ainda suscita questionamentos e controvérsias no meio jurídico.

A depender da interpretação a ser levada a efeito, poderá haver um uso indiscriminado da via rescisória – *laissez passer* – como instrumento apto a reabrir a esmo casos já transitados em julgado em flagrante ofensa ao princípio da segurança jurídica, genuína manifestação do Estado Democrático de Direito.¹⁴

4. DISTINÇÕES ENTRE AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA PARA ADEQUAR A COISA JULGADA À DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como tangencialmente sustentado, a ação rescisória pode ser utilizada em duas hipóteses que impõe um aprofundamento para demonstrar as distinções em suas variáveis normativas, jurisprudenciais e pragmáticas.

A ação rescisória está prevista nos artigos 966 e seguintes do Código de Processo Civil. O rol de hipóteses que possibilitam desconstituir uma decisão já transitada em julgado é taxativo, ou seja, não permite extensão, tampouco interpretação extensiva¹⁵.

O Código de Processo Civil de 2015 previu, ainda, a possibilidade de se ajuizar ação rescisória em decorrência do cumprimento de sentença que se basear em obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo incompatível com a Carta Federal, após a análise por meio de controle de constitucionalidade.

O artigo 525 (impugnação a execução contra particular) e o artigo 535 (impugnação a execução contra Fazenda Pública) estão dentro do Título referente ao cumprimento da sentença. Nesse Título, consta que o executado poderá alegar na sua impugnação a inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação (art. 535, III, CPC). Sendo que, conforme o § 12 do art. 525 e o § 5º do art. 535, em redações praticamente idênticas preceitavam: “Para efeito do disposto no inciso III do caput deste

14 “A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (CF 1º, caput)”. In: NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.

15 “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – for proferida por juiz impedido ou por juiz absolutamente incompetente; III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV – ofender a coisa julgada; V – violar manifestamente norma jurídica; VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.”

artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

Daí o Código de Processo Civil prever um procedimento próprio para o executado alegar a inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação. Primeiro quando o precedente do tribunal superior ocorreu antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. E numa segunda situação, quando a decisão paradigma (precedente jurisprudencial) for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, hipótese em que caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Oportuno citar, a propósito, que a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis estão disciplinadas expressamente por lei, devendo os textos legais, para a melhor compreensão e aplicabilidade seguirem uma ordem lógica como forma de obter uma redação clara, precisa e lógica. Para a obtenção da ordem lógica, por sua vez, a norma positivada deverá: i – reunir apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei, “sob as categorias de agregação – subseção, seção, capítulo, título e livro”; ii – “restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio”; iii – “expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida”; e, iv – “promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens”.¹⁶

A disposição das hipóteses de ações rescisórias em títulos e capítulos distintos no Código de Processo Civil evidencia a intenção do legislador de tratá-las de formas diversas. A ação rescisória genérica e ordinária está contemplada no artigo 966 e seguintes do CPC. Ao passo que, a hipótese específica da ação desconstitutiva está prevista noutro título, capítulo e sessão do código processual, especificamente nos artigos 525 e 535.

A legitimidade para propor a ação rescisória com base no artigo 966¹⁷ e seguintes do Código de Processo Civil pode ser compreendida como legitimação genérica para o manejo da via rescisória. Por sua vez, a legitimidade para a propositura da ação rescisória, nas hipóteses dos artigos 525, § 12 e 535, § 8º, do Código de Processo Civil é própria e exclusiva do executado. Trata-se de uma legitimidade específica, decorrente do cumprimento da sentença. O único legitimado para propô-la, é o próprio executado, não cabendo ao credor, beneficiário do título executivo judicial, fazer o seu uso.

¹⁶ Artigo 11 – BRASIL. Planalto. Lei Complementar n. 95, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em 10 set. 2.020.

¹⁷ “Art. 967. Têm legitimidade para propor a ação rescisória: I – quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular; II – o terceiro juridicamente interessado; III – o Ministério Público: a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção; b) quando a decisão rescindenda é o efeito de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei; c) em outros casos em que se imponha sua atuação; IV – aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção. Parágrafo único. Nas hipóteses do art. 178, o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.”

Não se pode perder de vistas que se está diante de uma relativização ou ruptura da coisa julgada, ou seja, já se tem uma exceção ao princípio da segurança jurídica insito à coisa julgada. Relativizar a relativização seria um passo a romper de vez com a segurança jurídica pretendida pela atuação jurisdicional e pela coisa julgada.

A propósito, Luiz Guilherme Marinoni, conhecido doutrinador que defende a aplicação dos precedentes vinculantes no sistema jurídico brasileiro, tem restrições à relativização da coisa julgada com base em mudança posterior de posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Ressalta esse autor

que a aceitação da retroatividade do pronunciamento do STF sobre as decisões proferidas pelos tribunais *significa colocar a coisa julgada sob condição ou em estado de provisoriedade*, o que é absolutamente incompatível com o conceito e com a razão de ser da coisa julgada. Ora, este estado de indefinição nega o fundamento que está à base da coisa julgada material, isto é, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança (grifos no original)¹⁸.

Nesse viés, tem-se duas hipóteses de distintas de legitimidade para a propositura da ação rescisória: *i* – uma genérica, conforme previsto no artigo 966 do CPC; e, *ii* – outra específica, descrita nos artigos 525, § 12 e 535, § 8º, do mesmo Código. Em caso típico de legitimidade específica não pode o credor do título executivo judicial, que não foi, tampouco é, executado em cumprimento da sentença, fazer uso da ação rescisória com o objetivo de declarar a inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, o que, dessarte, se mostraria um contrassenso.

4.1. DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AUSÊNCIA DE CONTROLE CONCENTRADO

A ação rescisória, por desconstituir os efeitos da coisa julgada, recebe tratamento de via processual de exceção. Possui, assim, pré-requisitos e elementos de admissibilidade que lhes são peculiares, para a sua admissão e processamento. A possibilidade da sua interposição, como instrumento de adequação entre a coisa julgada e o primado da Constituição, a teor do tema 733/STF, não afasta o juízo prelibatório de sua admissibilidade.

A Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal dispõe: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça havia firmado entendimento de que não se aplica a Súmula n. 343 do STF nas ações rescisórias que versem sobre questão constitucional. Essa orientação teve como precedente o voto do Ministro Relator Ari Pargendler nos Embargos em Recurso Especial n. 687.903/RS, Corte Especial, julgado em 04.11.2009. Entretanto, a jurisprudência constitucional evoluiu e esse posicionamento foi superado pelo julgado proferido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 590.809/RS – Tema 136.

¹⁸ **A intangibilidade da coisa julgada**, In, Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, Sentença e coisa julgada, v. V, orgs. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., 2018, p. 852.

No julgamento a Corte Suprema se manifestou no sentido de que o verbete n. 343 de sua Súmula deve ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma. O acórdão está assim ementado:

AÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.

O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”.

AÇÃO RESCISÓRIA. VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, **inexistente controle concentrado de constitucionalidade**, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.”¹⁹ (sem negrito no original).

A alteração da jurisprudência do Supremo foi acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça, que passou a aplicar o verbete n. 343 da Súmula do Supremo Tribunal Federal na análise do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória²⁰. E, como bem afirmou pelo Ministro Napoleão Nunes Maia

19 RE 590809, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 06 set. 2020.

20 RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCABIMENTO. SÚMULA 343/STF. APLICABILIDADE TAMBÉM PARA AS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS ONDE INEXISTENTE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. IPI. SELO DE CONTROLE. IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO (ART. 332, I, CPC/2015). 1. A decisão agravada calçou-se no fundamento de que o julgado rescindendo o foi proferido ao tempo em que havia entendimentos diversos sobre o tema no âmbito deste STJ a possibilitar a incidência da Súmula n. 343/STF. De ver que o julgamento do acórdão rescindendo se deu em 5 de junho de 2007 e há vários julgados posteriores deste STJ no sentido da legitimidade da cobrança da exação, a saber: REsp. n. 732.617 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 14.04.2009; REsp. n. 881.528 / PB, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 06.05.2008; REsp. n. 1.008.030 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 06.03.2008; REsp. n. 1.069.924 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 09.12.2008; REsp. n. 1.051.058 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 03.06.2008 e REsp. n. 637.756-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17.4.2008. 2. **O fato é que a presente ação rescisória está sendo ajuizada perante este STJ e no âmbito deste STJ a questão não estava pacificada ao tempo do julgamento do acórdão rescindendo**, a ensejar a incidência da Súmula n. 343/STF, posto que o STF, muito embora tenha julgados contemporâneos em controle difuso favoráveis à tese da autora agravante, não se manifestou sobre o tema de forma vinculante para este STJ em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A existência de tal vinculação se faz necessária diante da evidente diferença de competências para o exame do recurso especial e do recurso extraordinário, que podem abordar uma mesma questão sob enfoques distintos (infraconstitucional X constitucional). Tal o conteúdo dos precedentes citados do STF no RE 590.809 / RS (Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22.10.2014) e na AR 1.415 AgR-segundo / RS (Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09.04.2015), que prestigiam a segurança jurídica e a coisa julgada. 3. Precedentes: AgRg no REsp 1505842 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 01.09.2015; REsp 1655722 / SC, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14.03.2017; AgInt no AREsp 1208053 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.02.2018; AgInt no AREsp 1683751 / RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 14.11.2017. 4. A aplicação da Súmula n. 343/STF foi recentemente confirmada pela Primeira Seção para casos semelhantes ao presente no julgamento do AgInt nos EDcl na AR n. 4.981/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 08.05.2019 e na AR n. 4.443/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/acórdão Min. Gurgel de Faria, julgada em 08.05.2019. Desta última, o seguinte registro: “Assim, parece-me provável que o Supremo Tribunal Federal ainda continue a debater o alcance de aplicação da Súmula 343 do STF, nos casos julgados na sistemática da repercussão geral, porquanto o afastamento da súmula, incontestavelmente e até o momento, só é permitido quando há decisão

Filho, “oscilações jurisprudenciais existem e existirão sempre, cabendo ao Poder Judiciário deixar em garantia as suas próprias decisões, respeitando-as dentro do tempo em que foi proferida.”²¹

Oportuno registrar que a aplicação da Súmula 343 do STF não significa afastar ou impedir, de forma absoluta, o ajuizamento da ação rescisória em questões constitucionais. Há situações que foram expressamente ressalvadas pelo julgado do Supremo Tribunal Federal, tal como, a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma que serviu de substrato para o acórdão rescindendo.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal apreciou dois temas com grande repercussão jurídica, social e econômica no cenário nacional: i – em sede de controle difuso/concreto de constitucionalidade, o Tema 810, relacionado ao índice de correção monetária a ser aplicado nas condenações impostas à Fazenda Pública; e, ii – em sede de controle de concentrado/abstrato de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.332, referente ao percentual dos juros compensatórios nas desapropriações indiretas.

É sobre referidos casos que se passa a expor, no contexto proposto nessa pesquisa, de cabimento da ação rescisória com fundamento em pronunciamentos judiciais da Corte Constitucional.

5. CASUÍSTICAS : TEMA 810 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dentro do objeto delimitado para o presente estudo – análise da (im)possibilidade do manejo da via rescisória pelas partes com o objetivo de rediscutir e, assim, desconstituir a decisão transitada em julgado cuja razão de decidir tenha se pautado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal -, traz-se ao campo acadêmico o tema de Repercussão Geral n. 810, que trata da “validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009”. A repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 870.947, de Sergipe, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

proferida no controle abstrato de constitucionalidade” (AR n. 4.443/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/acórdão Min. Gurgel de Faria, julgada em 08.05.2019). 5. Agravo regimental não provido. (AgInt no AgRg na AR 5.151/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/2020, DJe 19/06/2020).” (sem negrito no original). BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 06 set. 2.020.

21 “4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 590.809/RS, julgado em regime de repercussão geral, sob a relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, firmou o entendimento de que não deve ser afastada a incidência da Súmula 343/STF, **nem mesmo nas hipóteses em que a Ação Rescisória estiver fundada em violação a dispositivo constitucional, exceto no caso de pronunciamento daquela Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade.**” (sem negrito no original). In: AR 5.301/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 19/11/2019. In: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 06 set. 2.020.

Na ação originária, um segurado postulava a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988. O pedido foi julgado procedente, tendo o INSS sido condenado ao pagamento das prestações vencidas, acrescidas de correção monetária pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA. Os juros de mora, nos termos da Lei 11.960/09, foram fixados de acordo com o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, observada à declaração parcial de inconstitucionalidade por arrastamento decorrente do julgamento das ADIs ns. 4357/DF e 4425/DF, em 13.03.2013²². O Tribunal de Justiça de Sergipe, ao apreciar o recurso de apelação do INSS, manteve a sentença recorrida.²³ O INSS recorreu extraordinariamente.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao se deparar com a questão, entendeu por reconhecer a repercussão geral, porquanto a interpretação dada pelos Tribunais locais sobre a tese jurídica fixada nas ADIs n. 4.357 e 4.425 estava por elasticar as decisões das citadas ADI's e, assim, afastar sua correta interpretação e aplicação às condenações à Fazenda Pública no que se refere aos juros e correção monetária.

Em breve resumo, a Corte Suprema afastou o índice de correção monetária de indexação da caderneta de poupança, qual seja, a Taxa Referencial – TR, eis que implica em indevida restrição ao direito de propriedade, devendo-se aplicar indexador IPCA-E, mais adequado a capturar a variação de preços da economia²⁴.

A fixação da tese do Tema de Repercussão Geral 810 criou a expectativa da possibilidade de revisar o critério de correção monetária e, assim, projetar-se uma considerável majoração no valor final das condenações contra a Fazenda Pública.

Outro ponto de destaque, é que, não obstante o Supremo Tribunal tenha fixado a tese jurídica do Tema 810 em sede de repercussão geral, o processo analisou a constitucionalidade do artigo 1º -F da Lei n. 9.494, de 1997 (com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 2009) pela via difusa/concreta – por meio Recurso Extraordinário n. 870.947 e não por meio de controle concentrado de constitucionalidade.

Portanto, na ausência de declaração de inconstitucionalidade pela via concentrada do artigo 1º -F da Lei n. 9.494, de 1997 (com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 2009), deve ser aplicada a Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal. Isso porque,

22 Parte dispositiva da sentença: “Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pleito autoral, o passo que determino o INSS que institua, em favor do autor, o benefício assistencial de nº 533.797.012-3, previsto no art. 20 da LOAS, a contar da data do requerimento administrativo (20.01.2009 fl. 33). Condene o INSS, assim, ao pagamento das prestações vencidas, acrescidas de correção monetária pelo IPCA a partir de cada parcela e juros de mora de acordo com o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, nos termos da Lei 11.960/09, adequada à declaração parcial de inconstitucionalidade por arrastamento decorrente do julgamento das ADIs nºs 4357/DF e 4425/DF, em 13.03.2013.” Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8297679>. Acesso em 09 abr. 2.020.

23 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8297679>. Acesso em 09 de abr. 2.020.

24 Atualmente, o IPCA-E, cujo percentual de indexação é extraído da média trimestral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo 15, possui uma taxa superior à TR, que está zerada desde setembro de 2017. A título de exemplo, o resultado da primeira medição do IPCA-E do ano de 2.020, referente aos meses de janeiro (0,71%), fevereiro (0,22%) e março (0,02%), demonstra um resultado acumulado de 0,95% (zero vírgula noventa e cinco pontos percentuais). Ao passo que a taxa da TR para o mesmo período é zero.

não é cabível a utilização da via rescisória com lastro em modificação de interpretação de norma, bem como na oscilação jurisprudencial²⁵.

Ainda nessa linha de matérias apreciadas em sede de controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional, para fins de eventual incidência do artigo 535, inciso III, § 5º e § 8º, do Código de Processo Civil, passe-se a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.332.

5.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.332

Em sentido oposto aos efeitos produzidos pelo Tema 810 de repercussão geral, traz-se à lume, a decisão proferida, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 2.332. Importa mencionar que, a despeito dos artigos impugnados na ADI, para fins do presente artigo, a análise se limitará a questão afeta ao percentual referente aos juros moratórios.

A ADI foi proposta, em outubro de 2000, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra os artigos 15-A e 27, §1º, do Decreto-lei n. 3.365, de 1941, cujas redações haviam sido alteradas pela Medida Provisória n. 2.207-43/2000, reeditada até a Medida Provisória n. 2.183-56/2001²⁶. Em setembro de 2001, o plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu medida liminar para suspender o artigo 15-A do Decreto-lei, de 1941.

A redação original do Decreto-lei n. 3.365, de 1941, não fazia referência a possibilidade de pagamento de juros compensatórios, que somente veio a ocorrer por meio de orientação jurisprudencial materializada por meio da Súmula n. 164 do Supremo Tribunal Federal: “No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.”

Assim, a partir desse reconhecimento, a jurisprudência também passou a considerar que, a míngua de qualquer critério específico para fixar o percentual de

25 Novamente é oportuno citar Luiz Guilherme Marinoni: “Não fosse isso, se ulterior precedente torna a coisa julgada rescindível, não há decisão, tomada em controle difuso de constitucionalidade por juiz ordinário, que tenha alguma utilidade. Sempre importará a decisão do STF. A decisão proferida em controle difuso, embora possa produzir efeitos desde logo, sempre colocará o jurisdicionado em estado de espera, sujeitando-se a uma decisão mais do que inútil; submetendo-o a uma decisão que, ao invés de resolver o litígio e criar uma confiança legítima, amplifica a litigiosidade latente e potencializa os males e as angústias decorrentes da pendência da ação, deixando perceptível que o processo que se desenvolveu com custos de todos os matizes talvez fosse desnecessário” (**A intangibilidade da coisa julgada**, In, Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, Sentença e coisa julgada, v. V, orgs. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., 2018, p. 854).

26 “Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos. §1º Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário §2º Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir grau de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero. §3º O disposto no caput deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por aposamento 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. §4º Nas ações referidas no §3º, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação.” In: BRASIL. **Planalto**. Decreto-Lei n. 3.365, de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm. Acesso 10 abr. 2020.

correspondente aos juros compensatórios, deveria se utilizar como parâmetro o percentual de 6%, nos termos do artigo 1.063 do Código Civil de 1916²⁷.

Posteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu, sendo editada, em 1984, a Súmula n. 618, em que se assentou que “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano”²⁸.

A partir de 1997, com a edição da Medida Provisória n. 1.577, pela primeira vez, os juros compensatórios passam a ter uma previsão legal, sendo estes fixados em 6% (seis por cento).²⁹

No ano de 2000, por meio da Medida Provisória n. 2.027-42, inclui-se no Decreto-lei n. 3.365, de 1941, o artigo 15-A. O dispositivo legal manteve a previsão da incidência de juros compensatórios nas desapropriações, contudo, limitou-os em “até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.”³⁰.

No julgamento da ADI n. 2.332, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente os pedidos da ação³¹ e declarou a constitucionalidade do percentual de “6% (seis por cento) ao ano para remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse de seu bem” (juros compensatórios), contudo, declarou “a inconstitucionalidade do vocábulo “até” [...]”.

Portanto, desde o julgamento da ADI 2.332³² tem-se que os juros compensa-

27 “Art. 1.063. Serão também de seis por cento ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes o convencionarem sem taxa estipulada.”

28 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2191>. Acesso 9 abr. 2.020.

29 Esta medida provisória não foi convertida em lei.

30 Decreto-lei n. 3.365, de 1941, na redação da pela Medida Provisória n. 2.027-42, de 2.000, “Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.” In: BRASIL. **Planalto**. Decreto-Lei n. 3.365, de 1941. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1577.htm. Acesso 9 abr. 2.020.

31 “O Tribunal julgou parcialmente procedente a ação direta para: i) por maioria, e nos termos do voto do Relator, reconhecer a constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse de seu bem, declarando a inconstitucionalidade do vocábulo “até”, e interpretar conforme a Constituição o caput do art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, de maneira a incidir juros compensatórios sobre a diferença entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo pelo ente público e o valor do bem fixado na sentença, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido, no ponto, em maior extensão;” [...] In: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339938574&ext=.pdf>. Acesso 9 abr. 2.020.

32 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADI 2.332-2/DF EFICÁCIA. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS DE 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. I – A eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade ocorre a partir da publicação da ata de seu julgamento. Precedentes. II – Na desapropriação incidem juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para remuneração do proprietário do bem. Precedentes. III – Embargos de declaração acolhidos para dar parcial provimento ao recurso extraordinário. (ARE 1031810 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 12-11-2019 PUBLIC 18-11-2019). In: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5148006>. Acesso 9 abr. 2.020.

tórios devem ser fixados no percentual de 6% (seis por cento) nos termos do *caput* do artigo 15-A do Decreto-lei n. 3.365, de 1941, na redação conferida pela Medida Provisória n. 2.207-43, de 2000, e reedições.

Ocorre que, com o deferimento da medida liminar na ADI n. 2.332, os tribunais pátrios vinham aplicando o percentual de 12% a título de juros compensatórios, a teor da Súmula 618 do Supremo. Agora, com a conclusão do julgamento, tem-se um novo cenário jurídico, que permite a aplicação do artigo 535, III, § 5º e § 8º, do Código de Processo Civil, para reduzir o valor total da condenação, considerando se estar diante de direito rescisório, específico e especial, do executado/devedor, além de ser inaplicável, pela interpretação do STF, a Súmula 343, porquanto se trata de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou demonstrar o cabimento da ação rescisória quando se tem uma declaração de (in)constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso ou controle concentrado, reconhecendo um disciplinamento pelo Código de Processo Civil de 2015 de hipóteses de rescisão genérica e específica.

Destacou-se o cabimento da ação rescisória em razão da decisão rescindenda ter sido proferida com violação à norma jurídica, assim entendida, igualmente, os precedentes vinculantes estatuídos no art. 927 do Código de Processo Civil. Trata-se de disciplina genérica da ação rescisória estabelecida no art. 966, sendo que a norma jurídica fundamento da rescisão deve ser pré-existente ao tempo da decisão que se pretende rescindir.

Pontuou-se, ademais, que a parte autora/exequente de um cumprimento de sentença não é legitimada ativa para rescindir uma decisão, ou parte dela, sob o fundamento que o título judicial é nulo porque incompatível com o texto da Constituição, conforme declaração do Supremo Tribunal Federal.

O único legitimado para propor a ação rescisória, nessa situação especial e específica, é o próprio executado. Não cabe ao credor fazer o seu uso. Elastecer a interpretação restritiva do rol das possibilidades de manejo da via rescisória, bem como dos seus legitimados ativos poderá, além usurpar a segurança jurídica decorrente da coisa julgada, onerar demasiadamente o devedor/executado, em flagrante violação ao princípio da menor onerosidade, trazendo um cenário de exponencial litigiosidade e, particularmente em relação à Fazenda Pública, insegurança orçamentária para os entes federados.

O cabimento da ação rescisória, não obstante a definição do Tema 733 pelo STF, é restringido pelo seu próprio entendimento sumular e pela interpretação que está lhe sendo dada, no sentido de que, nos termos da Súmula 343, não cabe ação rescisória “quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” e se, ainda, estiver-se diante de decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade.

Forte nas situações de fato e de direito levantadas neste artigo, começam a bater as portas do Poder Judiciário demandas rescisórias ajuizadas por credores da Fazenda Pública, em diversas situações e objetos, postulando a rescisão parcial de decisões já transitadas em julgado e, também, buscando um novo julgamento, naqueles processos cujos consectários legais foram fixados em desacordo com o novel entendimento do Tribunal Constitucional.

Esse fenômeno de judicialização que vem ocorrendo em relação a aplicação do Tema 810 de repercussão geral também pode ser observado após o julgamento da ADI n. 2.332. Entretanto, demonstrou-se que há diferenças entre os dois julgamentos no que se refere a possibilidade ou não da utilização da ação rescisória para adequar a decisão já transitada em julgado ao novo pronunciamento da Corte Suprema.

Em conformidade com tais fundamentos, as exceções consubstanciadas nos artigos que tratam da impugnação ao cumprimento de sentença e, igualmente, as hipóteses genéricas de ação rescisória, aplicam-se restritivamente, a bem do respeito da coisa julgada e da segurança jurídica que lhe é subjacente.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Planalto**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 set. 2.020.

BRASIL. **Planalto**. Decreto-Lei n. 3.365. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm. Acesso 10 abr. 2.020.

BRASIL. **Planalto**. Lei Complementar n. 95, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em 10 set. 2.020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno no Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 5.151/DF. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 06 set. 2.020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Ação Rescisória n. 5.301/RS. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 06 set. 2.020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.418, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12036655>. Acesso em 06 set. 2.020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo em Recurso Extraordinário n. 1031810. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5148006>. Acesso 9 abr. 2.020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 590.809. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 06 set. 2.020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmulas. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2191>. Acesso 9 abr. 2.020.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, intr. e trad. Antônio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**, 6ª ed., 2ª tir., refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo (2014). **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada**, In, Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil, Sentença e coisa julgada, v. V, orgs. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública: limites e possibilidades de aplicação**, 2ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**, Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS: UMA CRÍTICA AO POSICIONAMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Fernando Filgueiras¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Evolução das teorias sobre responsabilização civil do Estado; 3 Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado; 4 Responsabilidade civil do Estado por atos praticados por delegatários de serviços públicos em geral; 5 A questão dos serviços notariais e de registradores: a tese firmada no Tema 777, sob a sistemática da repercussão geral; 6 Considerações Finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo busca oferecer reflexão crítica acerca da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que, sob a sistemática da repercussão geral, assentou a responsabilidade civil objetiva direta e primária do Estado por atos praticados pelas serventias notariais e registrais. Para tanto, o estudo divide-se em quatro partes. Na primeira, será realizado breve incursão histórica, com vistas a trazer para o debate as teorias que serviram de fundamento à responsabilidade civil do Estado ao longo dos últimos anos. Neste tópico, serão abordadas as teorias da irresponsabilidade, as teorias civilistas e as teorias publicistas. Na segunda, serão abordados os pressupostos que fundamentam a responsabilização patrimonial extracontratual do Estado, nos termos da Constituição Federal de 1988. Na terceira parte, será abordado tópico sobre a responsabilidade civil do Estado em relação aos danos ocasionados por delegatários de serviços públicos em geral, nos termos da Lei n. 8.987/1995. Após a exposição do conteúdo doutrinário e jurisprudencial necessário, o trabalho, em sua quarta parte, trará uma análise crítica acerca do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 842.846/SC.

1. INTRODUÇÃO

A temática da responsabilidade civil do Estado por atos praticados pelos Notários e pelos Registradores é das mais tormentosas questões no âmbito do Direito Administrativo. A atualidade do tema reside, justamente, no ponto em que, a todo instante, surgem novos diplomas legais e distintos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria.

1 Procurador do Estado de Santa Catarina e Especialista em Direito Público

Diante disso, o objetivo geral do presente artigo é propiciar reflexões críticas acerca da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 842.846/SC, sob a sistemática da repercussão geral. Na ocasião, definiu-se que “o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa”.

Para tanto, o trabalho será dividido em quatro grandes tópicos. O primeiro, cuidará de fazer breve análise acerca da evolução histórica relacionada às teorias aplicáveis no âmbito da responsabilidade civil do Estado. Nesse tópico, serão detalhadas as teorias da irresponsabilidade civil do Estado, as teorias civilistas e as teorias publicistas. No segundo tópico, serão abordados os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado, a partir do tratamento constitucional dado à matéria. No terceiro tópico, buscar-se-á trazer o entendimento da responsabilidade civil do Estado por danos ocasionados pelos delegatários de serviços públicos em geral. Por fim, após enfrentadas as questões doutrinárias, constitucionais e jurisprudenciais, passar-se-á ao quarto tópico, no qual será realizada uma abordagem crítica sobre o entendimento firmado pelo STF sob a sistemática da repercussão geral, demonstrando não haver razão para se aplicar entendimento diverso daquele que prevalece em relação aos delegatários de serviços públicos em geral.

Por fim, quanto à metodologia empregada para o alcance do objetivo a que se propõe, o trabalho utilizar-se-á da metodologia da pesquisa bibliográfica, que consiste no levantamento de material já elaborado e publicado em documentos, tais como livros, revistas, e notícias publicadas virtualmente, com vista a explicar um tema com base em referências teóricas.

2. EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO

Doutrinariamente, costuma-se estudar a evolução da responsabilização civil do Estado dividindo-a em três grandes estágios, quais sejam, a teoria da irresponsabilidade do Estado, as teorias civilistas e as teorias publicistas².

De início, falou-se na aplicação da **Teoria da Irresponsabilidade**, que consagra as ideias do período Absolutista, na qual prevalecia a ideia de que o governante não errava. Nesse período, havia clara confusão entre o patrimônio do monarca e o patrimônio da pessoa jurídica do Estado; em consequência, como o governante não errava, predominava a ideia de que o Estado não deveria responder civilmente por supostos equívocos em suas ações e ou omissões. Predominava a ideia de que a responsabilização do Estado seria, em síntese, uma **violação à noção de soberania**.

Superada a fase da irresponsabilidade, passou a ganhar espaço a fase da responsabilização subjetiva do Estado, também chamada de fase civilista. Nessa fase, a

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 698.

doutrina informa a incidência de duas teorias, quais sejam: a teoria da culpa individual e a teoria da culpa civil.

A primeira teoria – denominada de **Teoria da Culpa Individual** – se deu por influência da “Teoria do Fisco”, que diferenciava o Estado “propriamente dito”, dotado de soberania, e o Estado “Fisco”, que se relacionava com particulares sem poder de autoridade. No primeiro caso – em que se tinha a prática de atos de império -, prevalecia a ideia de que o Estado encontrava-se em posição de supremacia em relação ao particular, em razão de sua soberania, e, portanto, não deveria ser responsabilizado por eventuais danos causados por seus agentes. No segundo caso – em que se tinha a prática de atos de gestão -, entendia-se que o Estado estava despido de seu poder de autoridade e atuava em igualdade de posição com o particular. Quando ocupava tal papel, considerava-se que era possível a responsabilização do Estado com fundamento do Direito Civil, desde que a vítima identificasse o agente público responsável pela prática do ato.

A **Teoria da Culpa Civil**, por sua vez, abandonou a distinção entre atos de império e atos de gestão. De acordo com essa teoria, o Estado respondia civilmente pelos seus atos – tanto de império quanto de gestão – e pelas suas omissões, mas sempre com base em uma responsabilidade subjetiva. Para tanto, o particular prejudicado, além de identificar o agente causador do dano, teria, também, que comprovar o elemento subjetivo do agente público causador do dano, isto é, demonstrar que este teria agido com dolo ou culpa.

A **Teoria da Culpa Anônima**, por sua vez, aparece como a primeira teoria que defende a responsabilização civil do Estado sem a influência da codificação do direito privado. Daí se dizer que ela inaugura a fase publicista. Segundo tal teoria, a responsabilidade do Estado deveria ser aferida com base nos princípios de Direito Administrativo, e não mais com base em princípios de Direito Civil. Daí porque, segundo ela, não seria necessário que a vítima identificasse o agente público causador do dano e, muito menos, que este haveria praticado a conduta com dolo ou culpa. Segundo ela, o Estado deveria ser responsabilizado civilmente em três circunstâncias, quais sejam, em caso de (i) insuficiência do serviço público prestado, (ii) falha, vício ou defeito na prestação do serviço público, bem como de (iii) atraso, retardo ou demora na prestação do serviço público.

Apesar de referidas teorias terem, gradativamente, melhorado a situação da vítima, em determinadas situações ainda havia grande dificuldade de o particular conseguir comprovar os elementos exigidos para a responsabilização civil do Estado. Diante disso, passou-se a adotar a **Teoria do Risco**, que marca o ingresso na fase da responsabilização objetiva do Estado.

Essa teoria encontra amparo constitucional no Brasil desde o advento da Constituição de 1946. Aqui, descarta-se qualquer necessidade de comprovação de dolo ou culpa do agente público causador do dano, ou mesmo em relação à culpa anônima da Administração Pública. O Estado é responsabilizado civilmente pelo simples fato de ter causado dano a um particular, o que torna imprescindível ter havido uma relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

O grande fundamento utilizado por esta teoria é concretizar o princípio da isonomia e da solidariedade social, especialmente no tocante à distribuição equânime de ônus e encargos sociais. Ora, na medida em que a atividade prestada pelo Estado se dá em prol de toda a sociedade, trazendo benefícios para todos os administrados, torna-se justo que os seus ônus também sejam por todos compartilhados, sem que se deixe todas as consequências danosas recaírem sobre apenas um administrado. Essa é lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.³

Por fim, fala-se, atualmente, também na **Teoria do Risco Integral**. Tal teoria, inserindo-se na fase da responsabilização objetiva do Estado, diferencia-se da Teoria do Risco Administrativo por transformar o Estado em um verdadeiro *segurador universal*. Segundo ela, o Estado deve responder por todo e qualquer dano ocorrido em seu território, pouco importando se fruto de uma ação de terceiros, ou se decorrente de caso fortuito e força maior. Para a Teoria do Risco Integral, o nexo de causalidade – tão caro à Teoria do Risco Administrativo – torna-se, pois, irrelevante.

3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL DO ESTADO

A responsabilidade civil extracontratual do Estado tem fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que prevê que “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”⁴.

É dessa previsão constitucional, juntamente com o disposto na legislação civil em matéria de responsabilidade extracontratual, que se depreende os pressupostos necessários à caracterização da responsabilidade civil objetiva do Estado.

Na legislação civil, o art. 186 do Código Civil de 2002 prevê que os pressupostos da responsabilidade civil, extraídos do conceito de ato ilícito, são, basicamente, a existência de um fato, de nexo de imputação, de uma ilicitude, de um nexo causal e de um dano.

A responsabilidade extracontratual do Estado adota pressupostos em tudo semelhantes a estes. A diferença é apenas quanto à interpretação de cada elemento, a fim de ajustá-los às peculiaridades do regime jurídico de direito público. São cinco, portanto, os pressupostos da responsabilidade extracontratual do Estado: (i) fato, (ii) nexo de imputação, (iii) ilicitude, (iv) nexo causal e (v) dano.

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed., Malheiros Editores, p. 866.

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15/09/2020.

Quanto ao elemento “fato”, é de extrema relevância notar que o texto constitucional prevê que a responsabilidade objetiva do Estado somente ocorre pelos danos que os seus agentes, *nessa qualidade*, causarem a terceiros. A doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores interpreta esse dispositivo de forma ampla, compreendendo que ele considera um conceito amplo de “agente público” e, consequência, abrange qualquer pessoa que exerça um serviço público, não importando a natureza do seu vínculo com a administração pública (estatutário, celetista, funcionário de fato ou transitório)⁵. Ainda, o dispositivo constitucional abre a possibilidade de que pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos também sejam responsabilizadas civilmente com base no art. 37, parágrafo 6, da Constituição Federal. Este é o caso, por exemplo, das sociedades de economia mista, das empresas públicas, das fundações e das empresas concessionárias de serviços públicos. Importa, no ponto, a natureza pública do serviço causador do dano ao particular.

No tocante ao nexo de imputação, tem-se que este elemento deve ser entendido como a vinculação subjetiva entre o fato e a pessoa a quem se imputa responsabilidade. No caso da responsabilidade civil extracontratual do Estado, a imputação se dá, como regra, com apoio na noção de risco, com o objetivo de viabilizar a socialização dos encargos sociais.

A teoria do risco, conforme se verificou no tópico acima, possui duas acepções distintas e bem variadas, quais sejam, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral. Como regra, extrai-se do art. 37, parágrafo 6, da Constituição Federal a adoção da teoria do risco administrativo, que atribui a responsabilidade ao Estado independentemente de aferição de dolo ou culpa, mas exige que o dano causado pelo agente público tenha se dado “nessa qualidade”. Nesse sentido, são precisas as lições de Sérgio Cavalieri Filho:

O exame desse dispositivo revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. A expressão seus agentes, nessa qualidade, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade não há como e nem porque responsabilizá-lo objetivamente.⁶

Quanto ao elemento “ilicitude”, é interessante notar que somente se fala nele como elemento da responsabilidade civil no tocante aos atos omissivos. Quando se tratar de atos comissivos, o Estado pode ser responsabilizado civilmente, ainda que por atos lícitos. Basta que esteja sendo concretizada a solidariedade social e a justa distribuição dos encargos sociais.

5 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 102.

6 FILHO, Sergio Cavalieri. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf. Acesso em: 15/09/2020. p. 10.

No tocante ao elemento “dano”, este é geralmente interpretado com a maior amplitude que lhe seja possível. Deve abranger todos os prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais ocasionados pelo fato ensejador da responsabilidade civil. A sua limitação é a vedação ao dano hipotético, razão pela qual diz-se que somente deve ser indenizado o prejuízo certo e efetivo.

Por fim, o elemento denominado de “nexo causal” mostra-se como uma relação de causa e efeito estabelecida entre o fato e o dano. Quanto a este ponto, importante notar que não há posição definitiva e clara sobre qual a teoria adotada pelo ordenamento jurídico, contudo, o Supremo Tribunal Federal vem ganhando simpatia pela teoria do dano direto e imediato⁷.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS PRATICADOS POR DELEGATÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM GERAL

O art. 175 da Constituição da República prevê que os serviços públicos devem ser prestados pelo Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Em linhas gerais, é possível dizer que existem duas formas de atuação do Estado na prestação de serviços públicos, quais sejam: i) centralizada, situação em que a execução se dá por meio dos órgãos que compõem o Estado; ii) e descentralizada, quando a execução da atividade desloca-se da Administração central para outra pessoa, pública ou privada. Tratando-se de transferência da atividade para pessoa jurídica de direito público, ocorre a denominada descentralização por outorga. Se a transferência for para pessoa privada, a descentralização se dá por delegação, por meio da concessão ou permissão, previstas no art. 175, e da delegação propriamente dita, do art. 236 da Constituição Federal de 1988, que trata especificamente da delegação dos serviços notariais e registro.

No âmbito da prestação de serviços públicos pelo Estado de forma centralizada, por seus próprios órgãos, a imputação da responsabilidade por atos de seus agentes recai primária e diretamente sobre o ente estatal, com base no quanto estabelece a teoria do órgão.

Segundo essa teoria, incorporada pela Constituição Federal no art. 37, §6º, aqueles agentes, íntimos à estrutura estatal, atuam em nome da própria Administração Pública, de modo que nessa relação jurídica a atuação dos agentes é imputada diretamente ao Estado.

Em outras palavras, a estes agentes, servidores públicos integrantes da estrutura estatal, é que o artigo 37, §6º, se refere quando imputa responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público pelos danos causados por seus agentes.

7 STF, 1a T., RE 130.764-1/PR, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 12.5.1992 e publicado no DJ de 7.8.1992, na RTJ 143/270 e na RT 688/230: Responsabilidade civil do Estado.

Diferentemente, na hipótese de o serviço público ser executado de forma descentralizada, por outorga a entidade pública ou por delegação a particular, não pode haver imputação primária e solidária de responsabilidade à Administração Pública central por danos causados pelo prestador do serviço. Se ele é pessoa distinta do Estado, com personalidade própria, responde ele de forma direta e primária pelos danos causados a terceiros.

E assim ocorre, por exemplo, quando uma autarquia ou determinada operadora de telefonia causam danos ao usuário do serviço público. Nestas situações, as ações indenizatórias são diretamente ajuizadas contra a autarquia ou a operadora, respondendo União somente de forma subsidiária, em homenagem aos princípios da boa-fé e da proteção da confiança legítima.

Tal entendimento alinha-se com o disposto na Carta da República, que prevê que o Estado somente pode ser responsabilizado primariamente em hipóteses em que o dano seja provocado por um de seus agentes. Quando o dano tiver sido ocasionado por pessoas delegadas, apenas vinculadas ao Poder Público, a responsabilidade do Estado deve ser subsidiária. Este é o entendimento da doutrina majoritária, conforme se depreende das lições de José dos Santos Carvalho Filho:

O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a Administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência e omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com culpa in ommittendo ou in vigilando, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano. Contudo, se a culpa é exclusiva da pessoa prestadora de serviço público, a ela deve ser imputada a responsabilidade primária e ao Poder Público a responsabilidade subsidiária. Resulta, pois, nessa hipótese que eventual demanda indenizatória deve ser dirigida em face exclusivamente do causador do dano, sendo a Administração parte ilegítima ad causam na referida ação.⁸

Esse entendimento é acolhido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, como se vê no precedente abaixo:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER CONCEDENTE. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. NAO OCORRÊNCIA.

1. **Há responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, em situações em que o concessionário não possuir meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa.** Precedentes. (...)º (grifos acrescentados)

A responsabilidade subsidiária do Estado se dá em razão de o artigo 175, *caput*, da Constituição Federal prever que os serviços públicos são de titularidade do Estado. Esta é a razão pela qual não é cabível excluir inteiramente o Estado da

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 571.

⁹ REsp 1.135.927/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10.08.2010, DJ 19.08.2010.

responsabilidade por eventuais atos lesivos praticados durante a prestação do serviço público delegado.

Diante disso, resta evidente que, em casos de delegação de serviços públicos em geral, a doutrina e a jurisprudência pátrias entendem que, ressalvadas as exceções legais, a responsabilidade extracontratual patrimonial imputada ao Estado somente ocorre de forma subsidiária, sendo-lhe garantido o benefício de ordem. Primariamente, o terceiro lesado deve postular o ressarcimento diretamente contra o delegatário causador do dano.

5. A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO: A TESE FIRMADA NO TEMA 777, SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL

No tópico acima, viu-se a responsabilidade civil dos delegatários de serviços públicos em geral é primária e objetiva. A responsabilidade civil do Estado aparece, assim, apenas de forma subsidiária, isto é, somente tem vez quando comprovado que a concessionária não tem como arcar com a reparação devida.

No caso dos notários e registradores, contudo, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 842.846/SC, sob a sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu por excluí-los do entendimento acima. Para a Corte, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal incide em relação aos atos de notários e registradores, devendo o Estado ser considerado diretamente responsável e, apenas ao final do julgamento da demanda é que deverá ingressar com a ação de regresso. Na ação de regresso é que será discutido se houve dolo ou culpa do notário ou registrador, nos termos do artigo 22 da Lei nº 8.935/1994.

A diferenciação no tratamento conferido pela jurisprudência, contudo, não se justifica. A atividade notarial e registral encontra previsão no artigo 236 da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual prevê que “*os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público*”¹⁰.

É com base nessas diretrizes – extraídas do próprio texto constitucional – que a responsabilidade civil do Estado pelos serviços notariais e de registradores deve ser avaliada.

De início, importa destacar que os serviços notariais e de registro são atividades extrajudiciais de caráter estatal (atividades próprias do Estado), mas que são exercidas em caráter privado, por delegação feita pelo Poder Público, após prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores oscilou quanto à forma de responsabilização civil do Estado por eventuais danos ocasionados na prestação dessa atividade: se o Estado responderia diretamente, solidariamente ou subsidiariamente.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15/09/2020.

Por muito tempo, a jurisprudência do STF utilizava o princípio da culpa e a analogia ao regime dos servidores públicos como fundamentos para a responsabilidade civil dos titulares de cartório. Diante disso, prevalecia que o Estado poderia ser direta e exclusivamente demandado na ação indenizatória. Tal foi o entendimento firmado no julgamento do RE 209354, julgado em 02/03/1999, em que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal assentou a “responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º)”.

Posteriormente, a partir de meados do ano de 2001, sufragou no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de não ser correta a equiparação da responsabilidade civil dos notários e registradores e dos servidores públicos, tendo em vista que a essência da delegação do serviço seria, justamente, a assunção de riscos. Assim é que, havendo autonomia administrativa e financeira por parte dos delegatários, caberia ao Estado apenas a responsabilidade subsidiária, em caso de insolvência daqueles. Esse foi o entendimento firmado no julgamento do REsp 1087862/AM, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/02/2010.

O entendimento prevaleceu até o julgamento do RE 842.846/SC, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que: “O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa”.

O respeitável acórdão atribuiu ao Estado primariamente responsabilidade por ato do tabelião, considerando-o um servidor público ocupante de cargo efetivo, desconsiderando o fato de que este, assim como uma operadora de telefonia, também é delegatário de serviços públicos; também atua em caráter privado, à sua conta e risco; também é remunerado diretamente pelos usuários dos serviços, fatos que impõem a formação da relação jurídica diretamente entre tabeliães e usuários dos serviços.

Sobre o ponto, no julgamento do RE 178.236, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se, em brilhante voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek, nos seguintes termos: (...) Os notários enquadrados no artigo 236, em virtude de atuarem em caráter privado, não integram sequer a estrutura do Estado.

Nesse julgado, contudo, prevaleceu a tese de que titulares de cartório seriam servidores públicos, ocupantes de cargo público criado por lei, o que lhes imporia o regime de aposentadoria compulsória dos servidores públicos por implemento de idade.

Mas o entendimento em questão foi superado pela jurisprudência atual da Corte, que passou a entender que notários e registradores não são titulares de cargo

público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos”. Cito a ADI 2602¹¹, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2005.

A atual jurisprudência desta e. Corte, nas palavras do saudoso Min. Teori Zavaski, consolidou o entendimento de que “a atividade notarial e de registro é essencialmente distinta da atividade exercida pelos poderes de Estado, de modo que o titular da serventia extrajudicial não é servidor e com esse não se confunde” (MS 29189 ED-ED-AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015).

Na doutrina, do mesmo modo, Hely Lopes Meirelles exclui os agentes delegados, dentre eles expressamente os titulares de serventias extrajudiciais, da qualidade de agentes públicos, definindo-os como “particulares – pessoas físicas ou jurídicas que não se enquadram na acepção própria de agentes públicos, ... Esses agentes não são servidores públicos, nem representantes do estado.”

E realmente não são. Tabeliães recolhem Imposto Sobre Serviços, o ISS, conforme jurisprudência pacífica do e. STF. Fossem eles agentes atuando em nome do Estado, obviamente sua atividade estaria imune à incidência de impostos; os notários não estão submetidos ao teto constitucional remuneratório (art. 37, XI, da CF/1988); nem ao regime próprio de aposentadoria (art. 40 da CF/1988); nem ao regime de aposentadoria compulsória (art. 40, § 1º, II, da CF/1988); e não há entre eles e a Administração subordinada direta, mas tão somente fiscalização por parte das Corregedorias dos Tribunais.

A sua caracterização como serviço público não enseja a responsabilização direta e primária do Estado por eventuais danos causados na prestação de tais serviços.

Tal como ocorre com as delegações de serviços públicos em geral, nota-se que aqui tem-se a delegação a um particular, que presta os serviços públicos em caráter privado. Sem razão, portanto, para deixar de aplicar o entendimento firmado quanto à responsabilidade patrimonial subsidiária do Estado em relação aos atos praticados pelos notários e registradores.

Como se viu no tópico acima, o fundamento principal para se reconhecer a responsabilidade subsidiária nos casos de delegação em geral reside no fato de que ao Estado somente é dado ser responsável primário pelos danos que sejam provocados

11 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios — incluídas as autarquias e fundações. 2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público — serviço público não-privativo. 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 — aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 2602, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2005, DJ 31-03-2006 PP-00006 EMENT VOL-02227-01 PP-00056).

por um de seus agentes. Quando o dano tiver sido ocasionado por pessoas outras que não integram o Estado, mas são apenas vinculadas a ele, por delegação, não se pode imputar, primariamente, ao Estado a responsabilidade civil pelos danos causados, sob pena de torná-lo segurador universal.

Ainda, o fato de, no caso dos notários e registradores não se ter uma delegação negocial, mas, sim, constitucional, não se mostra como razão suficiente para a inaplicabilidade deste entendimento. A delegação da prestação de serviços públicos a particulares – independentemente de ser negocial, legal ou constitucional – se dá com base nos mesmos princípios, regras e outras disposições normativas. A mudança cinge-se ao instrumento de direito que formaliza a transferência da execução material do serviço.

Nota-se, portanto, que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, embora tenha sido fundamentado no artigo 37, §6º, da CF/88, em verdade o violou, na medida em que condenou o Estado a indenizar a vítima, primariamente, por danos decorrentes de ato praticado por agente delegado, atribuindo a este, equivocadamente, um regime próprio de agentes ligados ao corpo estatal.

Deveria ter prevalecido, no Supremo Tribunal Federal, que os Notários e os Registradores atuam por sua conta e risco, nos moldes da Lei 8.987/1995, sendo o Estado responsável civilmente apenas de forma subsidiária, isto é, quando o responsável primário não tiver condições financeiras de arcar com a reparação do dano.

Além disso, a responsabilidade do Estado nestes casos deveria ser também subjetiva, porquanto decorrente de ato omissivo, qual seja, de falha na fiscalização pelas Corregedorias Gerais de Justiça dos serviços notariais e de registro, falha esta que deverá ser efetivamente comprovada.

Não bastasse isso, a decisão ainda merece ser criticada no ponto em que fez constar, expressamente, que o Poder Público está obrigado a ajuizar ação de regresso em casos de dolo ou culpa, sob pena de responder por ato de improbidade administrativa.

A sanção prevista, além de não ter sido objeto do recurso, ainda peca por desconsiderar toda e qualquer peculiaridade local que justifique o trato diferenciado em relação ao ajuizamento de ações de cobrança. Obrigou, sem exceção, todo e qualquer Ente Federado a ajuizar ação de regresso em desfavor do Notário ou do Registrador, ainda que isso viole os princípios financeiros e de economicidade.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, assim, merece críticas em diversos pontos. Contudo, é a orientação – tomada em repercussão geral – que prevalece na atualidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verificou com a evolução das teorias sobre a responsabilidade civil do Estado, viu-se que as mudanças operadas por elas se deram a fim de facilitar a indenização do particular por atos causados por agentes públicos. No

início, tinha-se a irresponsabilidade do Estado pelos seus atos; posteriormente, na fase civilista, tinha-se a possibilidade de o particular obter indenização, mas ainda com a necessidade de comprovação de elemento subjetivo na prática do ato; posteriormente, na fase publicista, dispensou-se qualquer comprovação do elemento subjetivo pelo particular.

Em seguida, viu-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado em muito se aproxima da responsabilidade civil extracontratual prevista no Código Civil. Daí porque, seus pressupostos, embora adaptados, são, basicamente, os mesmos: (i) fato, (ii) nexo de imputação, (iii) ilicitude, (iv) nexo causal e (v) dano.

No ponto relativo ao “fato”, evidenciou-se que a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores o art. 37, parágrafo 6, da Constituição Federal de forma ampla. Entende que o texto constitucional considerou um conceito amplo de “agente público” e, consequência, o dispositivo deve ser aplicado a quaisquer pessoas que exerçam um serviço público, não importando a natureza do seu vínculo com a administração pública (estatutário, celetista, funcionário de fato ou transitório)¹². Ainda, demonstrou-se que o dispositivo constitucional abre a possibilidade de que pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos também sejam responsabilizadas civilmente com base no art. 37, parágrafo 6, da Constituição Federal. Este é o caso, por exemplo, das empresas concessionárias de serviços públicos.

Posteriormente, adentrou-se mais profundamente na responsabilização subsidiária do Estado pelos danos ocasionados pelas delegatárias de serviços públicos em geral, nos termos da Lei n. 8.987/1995. Viu-se que a doutrina e a jurisprudência afastam a responsabilização direta e primária do Estado nos casos em que os danos não tenham sido ocasionados por seus agentes públicos, mas, sim, por funcionários vinculados a empresas que prestem serviços públicos por meio de delegação do Estado.

Enfim, concluiu-se que, para que haja a responsabilidade civil do Estado, importa a natureza pública do serviço causador do dano ao particular, e não propriamente quem o está prestando. Entretanto, para a responsabilização direta e primária, o que importa é, sim, quem está prestando, sob pena de se conferir ao Poder Público o papel de segurador universal.

Diante disso, viu-se que as atividades praticadas pelos Notários e Registradores são munidas de fé pública consistem em serviços públicos. Daí porque o Estado não pode se eximir, inteiramente, da responsabilização por danos ocasionados na prestação de tais serviços.

Entretanto, também viu-se que as atividades notariais e de registro não se diferenciam, substancialmente, daquelas prestadas por meio de delegatários de serviços públicos em geral. Caracterizam-se como uma delegação de serviço público e o simples fato de o instrumento utilizado ser um comando constitucional não é suficiente para afastar as características gerais deste instituto.

12 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 102.

Pelo exposto, a despeito de prevalecer o entendimento em sentido contrário, entende-se que, a responsabilidade civil do Estado por atos praticados pelos Notários e pelos Registradores deveria ser apenas subsidiária, nos moldes do entendimento que prevalece em relação aos delegatários de serviços públicos em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15/09/2020.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2602, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2005, VOTO do Ministro Carlos Ayres Britto.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. RE 130.764-1/PR, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 12.5.1992 e publicado no DJ de 7.8.1992.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.135.927/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10.08.2010, DJ 19.08.2010.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 25º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, Sergio Cavalieri. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf. Acesso em: 15/09/2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. – 15ª ed., Malheiros Editores, 2008.

RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro** – São Paulo : Saraiva, 2009.

DA HETEROCOMPOSIÇÃO À AUTOCOMPOSIÇÃO NA SAÚDE: UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR

Flávia Dreher de Araújo¹

Juliana Ribeiro Goulart²

Patricia Budni³

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Políticas Públicas de Saúde no âmbito farmacêutico e direito de acesso dos usuários. 3. Heterocomposição e a cultura da litigância na saúde. 4. A autocomposição de conflitos no âmbito da saúde. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO: o presente artigo tem como objetivo apresentar a política pública de saúde para medicamentos, bem como o direito dos usuários, diagnosticando os efeitos trazidos pela litigância nos conflitos de saúde, de forma a apresentar possíveis saídas pela via da autocomposição na Administração Pública em situações que envolvam entes públicos e particulares. A pesquisa utilizou como metodologia predominantemente a revisão bibliográfica, realizada mediante a consulta de material científico interdisciplinar (direito, farmácia e saúde pública). As evidências apontam que saídas autocompositivas podem aumentar os ganhos de eficiência para o Estado. Para tanto, é necessário a colaboração de médicos, usuários e advogados.

1. INTRODUÇÃO

Quando o tema é judicialização na área da saúde, impossível não fazer referência às políticas públicas de saúde existentes, bem como às padronizações, incorporações de medicamentos e/ou procedimentos, que estão diretamente ligados às ações dos gestores públicos.

As políticas públicas *latu sensu* são propostas, ações e metas estabelecidas pelos governantes, visando o interesse público para atingir o maior número possível de pessoas, sem distinção de escolaridade, faixa etária, sexo, cor ou classe social. No Brasil, o direito à saúde é viabilizado por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), acessível de forma universal, integral e gratuito.

¹ Procuradora do Estado de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela UFSC e em Direito Público pelo IDDA. Coordenadora no NARAS.

² Doutoranda e Mestra em Direito pela UFSC. Assistente Jurídica da PGE/SC. Professora na UNISOCIESC e na ESMESC. Consultora da Comissão de Mediação e Conciliação do Conselho Federal da OAB.

³ Doutora em Farmácia. Servidora da PGE/SC. Professora na Faculdade Estácio de Sá.

Segundo Lucchese⁴, as políticas públicas se materializam através da ação concreta de sujeitos sociais e de atividades institucionais que as realizam em cada contexto e condicionam seus resultados. Por isso, o acompanhamento dos processos pelos quais elas são implementadas e a avaliação de seu impacto sobre a situação existente, devem ser permanentes.

Talvez por desconhecimento da população sobre a existência e alcance das políticas públicas em saúde, os cidadãos buscam o Poder Judiciário para ter garantido um direito que poderia ser obtido administrativamente, uma vez que o SUS disponibiliza inúmeros tratamentos gratuitos para os mais diversos agravos de saúde.

O elevado custo da judicialização e da “farmaceuticalização” gera inúmeros desafios administrativos e fiscais para o Estado. A despesa não compreende somente o pagamento do tratamento de saúde pleiteado, mas de toda a movimentação da máquina pública para o alcance de uma pretensão de direito individual. Ou seja, o custo nunca é contabilizado quando se fala da quantia de verbas extraorçamentárias da saúde.

Com a finalidade de reduzir os índices de litigiosidade e de incentivar a cultura de pacificação, elaborou-se a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que “Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”. Após anos de espera legislativa, foi publicada a Lei nº 13.140/2015, que “Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” e, finalmente, o novo Código de Processo Civil, que passou a privilegiar os meios consensuais para a solução dos conflitos. Tais legislações objetivaram a reformulação da cultura jurídica de tratamento de controvérsias no Brasil, também para a Administração Pública.

No que diz respeito aos conflitos ligados à saúde, na prática forense o modelo utilizado é o adjudicatório, representado pela sentença do juiz. Contudo, com base nas ideias de consensualismo e de autocomposição, além das recentes mudanças econômicas, sociais e estatais, têm sido gestadas novas concepções acerca da Administração Pública. Contudo, existem entraves para a adoção dos meios consensuais em âmbito administrativo. O regime jurídico administrativo do qual decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público por vezes, dificulta a adoção de meios consensuais para resolver conflitos.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo apresentar a política pública de saúde para medicamentos, bem como o direito dos usuários, diagnosticando os efeitos trazidos pela litigância nos conflitos de saúde de forma a apresentar possíveis saídas pela via da autocomposição na Administração Pública, em situações que envolvam entes públicos e particulares.

Para tanto, o artigo será desenvolvido em três seções: a primeira seção tem como objetivo apresentar a política pública de saúde no âmbito farmacêutico e o direito ao

4 LUCCHESI, Patrícia T. R. Políticas públicas em Saúde Pública. Lucchese, Patrícia T. R., coord. AGUIAR, Dayse Santos; WARGAS, Tatiana; LIMA, Luciana Dias de; MAGALHÃES, Rosana; MONERAT, Giselle Lavinas. **Informação para tomadores de decisão em Saúde Pública**. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004.

acesso; a segunda sessão visa enquadrar a litigância e uso da heterocomposição como via de solução massiva dos conflitos na saúde; e a terceira seção busca apresentar a autocomposição pela Administração Pública para solução desses embates.

Diante da reafirmação da política pública de incentivo aos meios consensuais, ratificada em diversos dispositivos no ordenamento pátrio, justifica-se o trabalho como possibilidade de investigar e estabelecer conteúdos críticos que colaborem para o entendimento desse novo modelo de tratamento de disputas no âmbito da Administração Pública.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO ÂMBITO FARMACÊUTICO E DIREITO DE ACESSO DOS USUÁRIOS

Observando a linha do tempo na construção do SUS como política pública, observamos grandes avanços no decorrer desta trajetória. Desde a implantação do Programa de Ações Integradas de Saúde, em 1982, com particular ênfase na atenção primária, até sua criação, por meio da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Na esfera de pactuações e financiamentos, destaca-se a criação de comissões de gestores, ferramentas essenciais ao fortalecimento da ideia de gestão colegiada do SUS, compartilhada entre os vários níveis de governo⁵.

Como uma ação de saúde pública e parte integrante do sistema de saúde, a Assistência Farmacêutica (AF) é determinante para a resolubilidade da atenção e dos serviços em saúde e envolve a alocação de grandes volumes de recursos públicos.⁶ No SUS, é ofertada de forma universal e o acesso é organizado em 3 grupos principais: componente básico (CBAF), estratégico (CESAF) e componente especializado da assistência farmacêutica (CEAF). Todos objetivam a organização do acesso aos usuários do SUS e a correta alocação dos recursos públicos para financiamentos e aquisições de tratamentos.

Nestes grandes grupos propostos na arquitetura de atendimento aos usuários do SUS por meio da Assistência Farmacêutica, o componente básico (CBAF) tende a ser o acesso inicial e mais simples. O seu elenco de medicamentos é definido por meio de uma relação nacional e executados pelos municípios. Nesse sentido, para o cidadão ter acesso de forma gratuita em sua unidade de saúde municipal correspondente, restará a orientação e um encaminhamento médico.

Ainda na linha de atenção básica, para o acesso a medicamentos de programas considerados estratégicos no cuidado da saúde, tem-se o componente estratégico da assistência farmacêutica (CESAF). Estes medicamentos são adquiridos pelo Ministério da Saúde, sendo realizada a aquisição de forma centralizada e repassados aos Estados para que os mesmos distribuam aos Municípios.

5 REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde**. s.l: s/n, 2006.

6 Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência Farmacêutica no SUS**. Brasília: CONASS, 2007.

Para o tratamento de doenças previstas em política pública de saúde, há o componente especializado da assistência farmacêutica (CEAF), que, de acordo com o Ministério da Saúde, o acesso se dá por meio do preenchimento dos critérios definidos em protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDTs). Os PCDTs definem as linhas de cuidado para cada condição clínica, indicando a melhor abordagem terapêutica em cada situação, com base nas melhores evidências disponíveis e levando em consideração o custo-efetividade para o SUS. A execução deste componente, no âmbito do SUS, é realizada mediante divisão do elenco de medicamentos em grupos, onde serão definidas as responsabilidades de financiamento e fornecimento entre os entes federados. No estado de Santa Catarina, por exemplo, o acesso a estes medicamentos, se dá através da elaboração de um documento administrativo nas unidades de assistência farmacêutica municipais do estado para análise técnica e providências. Atualmente, encontram-se disponíveis aos usuários do SUS mais de 90 Protocolos clínicos e diretrizes com critérios bem definidos de tratamentos.

A dificuldade de acesso de grande parte da população brasileira aos medicamentos previstos no SUS pode estar diretamente ligada ao desconhecimento da existência de políticas públicas de saúde em todos os níveis (médico, paciente e advogado), ocasionando a aumento na judicialização, sob o amparo constitucional da saúde como direito de todos e dever do Estado. Acrescente-se a isso, a articulação de interesses da indústria farmacêutica, gestores públicos e a questão midiática por trás de novos lançamentos de medicamentos e o encantamento que estas propagandas trazem.

Cabe salientar que todo medicamento incorporado e disponibilizado de forma gratuita à população por meio destes componentes, passa por uma análise criteriosa da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), cujo objetivo é o de assessorar o Ministério da Saúde nestas situações.

Desta forma, causa estranheza que a busca por tratamento por meio judicial venha crescendo em proporções absurdamente gigantes, quando estamos à frente de programas de acesso a medicamentos tão bem elaborados e estruturados.

Sendo assim, fica clara a necessidade de comunicação entre os gestores, prescritores, representantes legais e a população no que diz respeito ao acesso às políticas públicas de medicamentos nas diferentes esferas do governo de forma a atender o maior número possível de pessoas.

3. HETEROMPOSIÇÃO E A CULTURA DA LITIGÂNCIA NA SAÚDE

O direito à saúde previsto no art. 6º da Constituição Federal caracteriza-se como um direito social fundamental diretamente relacionado com os direitos humanos e com o princípio da dignidade humana. Apesar disso, ao redigir o art. 196 o Constituinte previu uma ressalva limitadora a tal direito, pois o direito à Saúde e o dever do Poder Público em garanti-lo estão condicionados à elaboração de políticas públicas prestadas pelo Sistema Público de Saúde (SUS).

Quando se faz uma leitura incompleta do artigo 196 da Constituição Federal, passa-se a acreditar que o direito à saúde é um direito absoluto e que o não fornecimento de qualquer tratamento existente no mercado fere o princípio da dignidade humana. Entretanto, a decisão sobre disponibilizar uma tecnologia envolve múltiplos profissionais (gestores, profissionais de saúde, fornecedores e usuários) os quais não são livres de potenciais conflitos de interesse⁷. Em razão disso, a medicina baseada em evidência apresenta inúmeras vantagens.

Com cerca de duzentos milhões de habitantes no Brasil, hoje, o mercado farmacêutico é um dos mais promissores, com a maior taxa de expansão do mundo. Nesse contexto, é cada vez mais crescente o número de prescrições médicas e a demanda de pacientes por medicamentos e tratamentos médicos⁸. Surgem daí alguns questionamentos: por que, mesmo existindo tratamento gratuitos para diversos agravos de saúde, as pessoas optam por buscar o Poder Judiciário ao invés de bater às portas de entrada do SUS?

No que tange ao acesso por via judicial, é importante salientar que há uma cultura inerente ao povo brasileiro que manifesta em um comportamento altamente litigante, calcado na crença de que uma decisão judicial favorável tornará seu direito indiscutível. Essa cultura é reforçada pela previsão constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito,” prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, o litígio tem sido uma prática rentável e vem sendo utilizado como “rota alternativa para brasileiros terem acesso aos serviços de saúde, compreendidos como o acesso a medicamentos que estão nas listas governamentais ou só são disponibilizados no mercado⁹” e ainda não incluídos nas listas oficiais.

Como já se mencionou, há um grande desconhecimento por parte da população sobre quais são as políticas públicas do SUS e o que elas garantem. Esse desconhecimento atinge não somente as pessoas menos favorecidas, mas até mesmo o próprio Poder Judiciário. Muitas vezes falta aos magistrados o conhecimento acerca das alternativas oferecidas pelo Poder Público, que envolvem saberes interdisciplinares, como é o caso da farmácia e da medicina. A este respeito, os advogados dos usuários do sistema de saúde, tem o dever ético¹⁰ de orientar seus clientes junto aos seus médicos para que busquem primeiro as políticas públicas de saúde do SUS, demonstrem sua inefetividade em caso de utilização sem sucesso e definem a real necessidade de uso dos

7 SILVA, Everton Nunes da; SILVA, Marcus Tolentino; PEREIRA, Maurício Gomes. Estudos de avaliação econômica em saúde: definição e aplicabilidade aos sistemas e serviços de saúde. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 205-207, mar. 2016. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742016000100023&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 set. 2020, p. 207.

8 IEHL, João; PETRYNA, Adriana. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *Hist. cienc. saúde -Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 173-192, mar. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702016000100173&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 13 set. 2020, p.175.

9 *Ibid*, p.176.

10 Conforme o artigo 2º, § único, inciso VI do Código de Ética e Disciplina da Advocacia (Conselho Federal da OAB) é devido ao advogado estimular seu cliente, a qualquer tempo, ao uso de métodos autocompositivos.

medicamentos mediante pareceres fundamentados, com base em medicina baseada em evidência.

Independente da renda familiar, percebe-se que as pessoas têm mais informações sobre os meios de acessar o Poder Judiciário do que conhecimento sobre as políticas públicas do Sistema Único de Saúde e sobre as instâncias administrativas para obter medicamentos, tratamentos e cirurgias.

Há que se considerar, ainda, a influência da indústria farmacêutica que, ao lançar novos produtos no mercado, incentiva e fomenta a judicialização, inclusive quando patrocina algumas doses de um determinado medicamento com base no uso compassivo, para que posteriormente o usuário ingresse com uma ação pedindo o referido medicamento. A prática alimenta as esperanças dos pacientes e levanta muitas dúvidas: quem arcará com a continuidade do tratamento e com eventuais equívocos por uso inadequado?

Outro fator que favorece a busca judicial de tratamentos é a questão do individual versus o coletivo. A judicialização protege um indivíduo em detrimento de toda uma coletividade. E por que será que isso ocorre?

Segundo Wang:

esse fenômeno é o que a literatura em saúde, em psicologia, chama de vida identificável versus vida estatística. Quando vemos um indivíduo com rosto, com história, com pessoas que o amam, não medimos esforços para ajudá-lo. É um impulso natural. Até nos sentimos culpados em não o ajudarmos. Histórias de vida nos tocam facilmente. Números não. O caso de uma criança que precisa de um remédio mexe conosco muito mais do que a informação de que determinada política de saúde poderia reduzir a mortalidade infantil em 30%.¹¹

Mas quais são as consequências desta busca judicial a tratamentos que até mesmo fazem parte das políticas de saúde? Em palestra proferida em janeiro de 2018, no Seminário “A Judicialização da Política Pública em Saúde nos municípios brasileiros: um retrato nacional” o secretário executivo do Ministério da Saúde, Antônio Carlos Nardi, trouxe dados de que, em 2017, os gastos dos estados e municípios somaram R\$ 7 bilhões; os da União chegaram a R\$ 1 bilhão. Em 2016, 10 medicamentos mais caros custaram ao Ministério da Saúde R\$ 1,1 bilhões, o que representou 90% dos gastos totais dos 790 itens comprados¹².

Em Santa Catarina a tendência não é diferente. Segundo informações fornecidas pela Diretoria de Planejamento e Gestão de Compras da Secretaria de Estado da Saúde – DPGC/SES/SC, em 2019, para cumprimento de decisões judiciais foram gastos aproximadamente R\$ 230 milhões de reais. Estima o DPGC que cerca de 40 milhões de reais por ano são gastos pela Secretaria do Estado de Santa Catarina em

11 WANG, Daniel Wei Liang. **Entrevista concedida a Crisitiane Segatto**. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/colunas/cristiane-segatto/2020/09/02/e-hora-de-perguntar-por-que-um-remedio-precisa-custar-r-12-milhoes.htm>>. Acesso em: 13 set 2020.

12 NARDI, Antônio Carlos. **Seminário. A Judicialização da Política Pública em Saúde nos municípios brasileiros: um retrato nacional**. Disponível em: <<https://www.fiocruzbrasil.br/fiocruz.br/saude-nos-municipios-brasileiros-um-retrato-nacional/>>. Acesso em: 13 set. 2020.

resposta a ordens judiciais fornecendo medicamentos que estão sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde – gerando gasto extenso, não programado e desnecessário para o Estado de Santa Catarina.

Não se pode esquecer que além do gasto com os medicamentos em si, deve-se acrescentar a isso os valores gastos para o movimento da máquina do Poder Judiciário em razão das demandas de saúde. Segundo Delduque:

não há pesquisas específicas sobre o custo unitário de um processo judicial em matéria de saúde, mas o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em trabalho pioneiro sobre o custo de um processo judicial de execução fiscal pode dar uma ideia do custo individual de uma ação judicial para o Estado. Segundo o estudo, o valor individual de um processo de execução fiscal na justiça federal, em primeiro grau é de R\$ 7.063,74, o que poderia ser usado como parâmetro para o custo de um processo judicial na área da saúde, no âmbito do Poder Judiciário¹³.

Schulze, seguindo parâmetros próprios e disponíveis para consulta na base de dados digital do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, considerando todas as demandas sobre Judicialização da Saúde (de natureza cível e não criminal), os processos ajuizados até 31/12/2018 e em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização, somaram 2.228.531 (dois milhões, duzentos e vinte e oito mil, quinhentos e trinta e um) de processos. Comparando com os anos anteriores já pesquisados pelo autor, houve significativo aumento em 2019. Com efeito, a evolução dos números de demandas deu-se da seguinte forma: (i) 1.778.269 em 2018; (ii) 1.346.931 em 2017; (iii) 854.506 em 2016; (iv) 392.921 em 2014 e (v) 240.980 em 2011¹⁴.

Levando-se em consideração os números apontados e o valor previsto, só com a movimentação do Poder Judiciário, as demandas envolvendo o direito à saúde custaram aos cofres públicos, no ano de 2019, o valor aproximado de R\$ 15.740 bilhões de reais. Isso sem contar com o valor dos medicamentos e tratamentos em si.

Iehl e Petryna, analisando importantes estudos, apontam que na maioria dos casos “os remédios solicitados já faziam parte das listas oficiais de medicamentos e que cerca de 3/4 dos medicamentos solicitados não constantes nas listas tinham equivalentes genéricos”¹⁵.

Verifica-se, assim, que a judicialização protege indivíduos identificáveis em detrimento de toda uma coletividade. Existindo políticas públicas, tem-se o dever de informar a toda população do desperdício do erário despendido na judicialização à

13 DELDUQUE, Maria Célia. **A Mediação Sanitária como novo paradigma alternativo**. Coleção Direito à Saúde. Coleção Para Entender a Gestão do SUS – 2015. Acesso em: <www.conass.org.br>. Acesso em: 13 set. 2020.

14 SCHULZE, Clelio Jair. **Números da Judicialização da Saúde no Brasil**. Empório do Direito. Disponível em: <https://emporiოდireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil> Acesso em 13 set. 2020.

15 IEHL, João; PETRYNA, Adriana. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. **Hist. cienc. saude-manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 173-192, mar. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702016000100173&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 13 set. 2020, p.179.

saúde, dinheiro que poderia ser utilizado para beneficiar um número bem maior de pessoas. Por tais razões, é urgente a necessidade de levar tais questões para o ambiente do diálogo pelos meios autocompositivos, como se passará a expor.

4. AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA SAÚDE

Para que o Estado promova uma reconfiguração em face da litigiosidade surge um desafio: mudar a “cultura da sentença” na qual está inserida a Administração Pública e os usuários do sistema de justiça, implementando-se uma “cultura de pacificação”¹⁶ em que o próprio ente público seja também destinatário.

Para tanto, será necessário adaptar suas prerrogativas gerenciais aos novos preceitos autocompositivos vigentes. À luz dos valores democráticos vigentes na Constituição de 1988, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei 13.140/2015, marco regulatório da mediação no Brasil e o Código de Processo Civil de 2015 abriram caminho para que os entes públicos se ajustem no tocante à forma de administrar os conflitos.

Com o marco legal da mediação, surge uma virada para a Administração Pública, que ao fazer uso dos meios consensuais, muda o seu objeto de análise, deslocando-se da lide processual para a lide sociológica, que é a estrutura social do conflito. Diferentemente da lide processual que se debruça sobre a análise normativa do litígio, a lide sociológica se volta para buscar soluções que atendam plenamente a estes interesses reais das partes¹⁷.

Watanabe constata que o desafio de mudar a cultura da sentença envolve não só a mudança de mentalidade dos profissionais do Direito, mas também dos próprios destinatários das decisões há anos submetidos ao paternalismo estatal¹⁸. Para tanto, “é preciso renunciar ao infantilismo e crescer”, sugere Luis Alberto Warat¹⁹.

Daí decorre que a reconfiguração passa por um trabalho que também alcança os advogados dos usuários do sistema de saúde, neles compreendidos também os Defensores Públicos, para que orientem seus clientes junto aos seus médicos e assim: a) busquem primeiro as políticas públicas de saúde do SUS; b) demonstrem sua ineficácia em caso de utilização sem sucesso e c) definam a real necessidade de uso dos medicamentos mediante pareceres fundamentados.

Juarez Freitas aponta que as recentes reformas normativas, especialmente as advindas com o Código de Processo Civil de 2015, favorecem uma mudança de

16 WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* São Paulo:DPJ, 2005, p. 684-690.

17 GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana Ribeiro. *Mediação de conflitos: teoria e prática*. Florianópolis: EMais, 2018, p. 116.

18 WATANABE, Kazuo. Depoimento. In *Solução de Conflitos. Caderno FGV Projetos*. Ano 12, nº 30, abril/maio 2017. Disponível em: https://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2017/04/CadernosFGVProjetos_30_solucaoedeconflitos.pdf Acesso em 26 jul. 2020, p. 29.

19 WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 46.

mentalidade na seara administrativa, de litigante para consensual, incentivando a utilização dos meios consensuais, como a negociação, a conciliação e até da mediação²⁰.

Essa proposta, por óbvio exige uma postura da advocacia pública conformada com os meios atuais de resolução de conflitos, sobretudo porque uma gestão adequada dos conflitos envolvendo o Poder Público, parece mais condizente com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988, bem como com os princípios que regem a Administração Pública, notadamente o da eficiência. Dessa forma, além da contribuição com o manejo adequado do Poder Judiciário, a advocacia pública volta a sua atenção à concretização dos direitos fundamentais e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas do Estado de Direito, tornando melhor a relação da Administração com o cidadão²¹.

Além da atuação preventiva, realizada por meio das consultorias, as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos precisam ser viabilizadas, de forma a promover a cultura do diálogo entre cidadão e Poder Público. O ponderado exercício das práticas consensuais, por óbvio não exclui os controles preventivos, concomitantes e sucessivos²². Para Juarez Freitas, “dentro de limites, a negociação, a conciliação e a mediação são ferramentas cooperativas que, bem manejadas, evitam enormes danos, materiais e imateriais, oriundos de disputas mal resolvidas²³. Um dos desafios impostos à Administração Pública é o de regulamentar quais as causas serão encaminhadas para a autocomposição, seja pela via da mediação, seja pela via da conciliação.

A Lei n. 13.140/2015, em seu artigo 32, e o Código de Processo Civil, em seu artigo 174, afirmam que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Ou seja, em algumas situações terá o particular a oportunidade de compor a disputa sem ter que ingressar com uma demanda no Judiciário.

As câmaras de mediação, segundo o marco legal, funcionarão dentro dos órgãos da Advocacia Pública (Advocacia-Geral da União, Procuradorias dos Estados e dos Municípios) e terão competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, além da possibilidade de composição nos inúmeros conflitos envolvendo particulares e a própria Administração. Nas palavras de Souza “o que se pretende dizer é autocomposição, ou seja, resolução por acordo²⁴.”

20 FREITAS, Juarez. **Direito administrativo não adversarial**: a prioritária solução consensual de conflito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017, p. 34-35. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>>. Acesso em: 01 Set. 2020.

21 EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**. Porto Alegre, v. 36 n° 75, p. 55-74, 2015, p. 70-71.

22 FREITAS, Juarez. **Direito administrativo não adversarial**: a prioritária solução consensual de conflito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017, p. 32. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>>. Acesso em: 01 Set. 2020.

23 Ibid, p. 32.

24 SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 220.

Segundo a Lei de Mediação, não se incluem na competência das referidas câmaras as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo. Ou seja, se a providência depender de autorização do legislador, não é possível que a questão seja levada à câmara, porque o acordo exige concordância de outro Poder, totalmente independente, consoante o disposto no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Portanto, convém romper, em definitivo, com a visão deturpada de que a questão da Justiça está sujeita apenas a um dos Poderes do Estado: o Judiciário. Resolver conflitos ligados à saúde, portanto, pode ser uma breve realidade para a Administração Pública.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho teve como propósito explicar de forma objetiva a existência das políticas públicas de assistência farmacêutica e o desconhecimento de alguns médicos e cidadãos sobre a possibilidade de buscar administrativamente o tratamento necessário para o restabelecimento da saúde.

Nesse contexto, os cidadãos acabam por acessar o Poder Judiciário gerando judicialização e “farmaceuticalização”, gerando inúmeros desafios administrativos e fiscais para o Estado, em razão dessa rota alternativa para o acesso aos serviços de saúde.

Explicou-se que o modelo tradicional de solução de controvérsias de saúde, pautada pela sentença de um juiz nem sempre se apresenta mais adequado, principalmente por não oportunizar que o cidadão possa ativamente buscar soluções amigáveis perante a Administração Pública, primeiro buscando as políticas públicas de saúde no SUS.

Verificou-se, assim, que a judicialização protege indivíduos identificáveis em detrimento de toda uma coletividade. E, existindo políticas públicas, tem-se o dever de informar a toda população do desperdício do erário despendidos na judicialização à saúde, dinheiro que poderia ser utilizado para beneficiar um número bem maior de pessoas.

Emerge, portanto, diante do incentivo aos meios consensuais de resolução de conflitos relacionados à saúde, a possibilidade de levar tais questões para o ambiente do diálogo. A Administração tem ao seu dispor um novo modelo de tratamentos de conflitos, denominado autocomposição, pautado nas ideias de consensualismo e na cidadania ativa. A criação de uma câmara que conte com espaço para tratar tais conflitos, pode trazer ganhos de eficiência para a Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência Farmacêutica no SUS**. Brasília: CO-NASS, 2007.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, D.F., 29 jun. 2015. p.1.

- BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação**: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA, 2017, 2017, p. 91-92.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northflet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25-28.
- CENTENO, Murilo Francisco. **Meios adequados de resolução de conflitos administrativos**: A experiência da câmara de conciliação e arbitragem na administração federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. **Revista de Direito dos Advogados da União**, Brasília, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em 24 set 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2019: ano base 2018. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee-6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf> Acesso em 26 jun. 2020.
- DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; DE SOUZA, Mariana Freitas. Primeiras impressões sobre a confidencialidade e suas exceções na lei de mediação brasileira. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.) **Justiça Multiportas**: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Justpodivm, 2016.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. **A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>> Acesso em 23 set 2016.
- EGGER, Ildemar. **O papel do Mediador**. Disponível em: <<http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm>>. Acesso em 20 abr. 2016.
- EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**. Porto Alegre, v. 36 n° 75, p.55 74, 2015.
- FACCI, Lucio Picanço. **Meios adequados de Resolução de Conflitos Administrativos**: a experiência da câmara de conciliação e arbitragem da Administração Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 156.
- FREITAS, Juarez. **Direito administrativo não adversarial**: a prioritária solução consensual de conflito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>>. Acesso em: 01 Set. 2020.
- HERINGER, Mauro Brant. **Política Judiciária Nacional Resolução n. 125/2010 do CNJ e a sua efetividade como política pública para redução da judicialização dos conflitos**. Mestrado Profissional em Poder Judiciário FGV Direito Rio. 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9791/Mauro%20Brant%20Heringer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 24.jul.2020.
- IEHL, João; PETRYNA, Adriana. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. **Hist. cienc. saude-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 173-192, mar. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702016000100173&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 13 set. 2020
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Mediação e Autocomposição: Considerações sobre a lei nº 13.140/2015 e o Novo CPC. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo. Ano XII. nº 97, set-out. 2015.
- GOULART, Juliana Ribeiro. **Concretização do acesso à justiça**: a mediação judicial e o reconhecimento do ofício do mediador judicial no Brasil. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.
- LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento Lima Júnior. Os desafios da Mediação no Brasil. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco. BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Cord.). **Temas de mediação e arbitragem**, São Paulo: Lex. Editora, 2017. p. 51-70.
- LUCCHESI, Patrícia T. R. Políticas públicas em Saúde Pública. Lucchese, Patrícia T. R., coord. AGUIAR, Dayse Santos; WARGAS, Tatiana; LIMA, Luciana Dias de; MAGALHÃES, Rosana; MONERAT, Gisela

le Lavinas. **Informação para tomadores de decisão em Saúde Pública**. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida; PANTOJA, Fernanda Medina (Coord.). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 112.

MOTTA, Fabrício. **Publicidade e Transparência são conceitos complementares**. 01 de fevereiro de 2018. Site Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 1, e1948, 2020. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322020000100401&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 24 jul. 2020. Epub 23-Mar-2020. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201948>.

REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde**. s.l: s/n, 2006.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 96.

SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. *A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse*. 5 U. St. Thomas L.J. 665 (2008). Disponível em: <http://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ustlj>.

SILVA, Everton Nunes da; SILVA, Marcus Tolentino; PEREIRA, Maurício Gomes. Estudos de avaliação econômica em saúde: definição e aplicabilidade aos sistemas e serviços de saúde. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 205-207, mar. 2016. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742016000100023&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 set. 2020, p. 207.

SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. **Breves Comentários ao Código de Processo Civil de 2015**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.). et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.). et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135, p. 128.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover** São Paulo:DPJ, 2005, p. 684-690.

WATANABE, Kazuo. Depoimento. In **Solução de Conflitos**. Caderno FGV Projetos. Ano 12, nº 30, abril/maio 2017. Disponível em: https://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2017/04/CadernosFGV-Projetos_30_solucaodeconflitos.pdf Acesso em 26 jul. 2020.

O PODER-DEVER DE ENFRENTAMENTO DA CRISE: MEDIDAS ATÍPICAS PARA EQUACIONAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS AFETADOS PELA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

Jéssica Campos Savi¹

Gabriel Pedroza Bezerra Ribeiro²

Gustavo Bedê Aguiar³

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Medidas típicas de solução de intercorrências contratuais previstas na Lei n.º 8.666/93. 3. Consensualidade como forma de construção de soluções alternativas e diretrizes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 4. Medidas atípicas: soluções adotadas e a (des)necessidade de autorização legislativa específica. 5. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo visou analisar as medidas atípicas adotadas por entes federados, no âmbito dos contratos administrativos, na busca por minimizar os efeitos deletérios da interrupção da atividade econômica para combater a pandemia do novo coronavírus. Partindo de uma breve incursão nos métodos tradicionais de manutenção do sinalagma contratual no âmbito administrativo, objetivou-se apontar experiências adotadas por estados e municípios com o escopo de manter o equilíbrio entre a economicidade e a manutenção de empregos e cadeias de fornecedores afetados pela pandemia, cotejando tais panoramas com a ótica da consensualidade incrementada pela Lei n.º 13.655/2018.

1. INTRODUÇÃO

Como sabido, os entes federados – assim como as entidades públicas e privadas de todos os países do mundo – estão enfrentando uma pandemia com consequências incalculáveis.

¹ Pós-graduada em Direito Processual Civil (LFG-Anhanguera) e Direito Administrativo (PUC/MG). Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Procuradora do Estado de Santa Catarina. *e-mail:* jessicasavi@pge.sc.gov.br

² Pós-graduado em Direito Administrativo (LFG-Anhanguera) e Direito Processual (PUC/MG). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador do Estado de Santa Catarina. *e-mail:* gabrielribeiro@pge.sc.gov.br

³ Pós-graduado em Direito Civil (LFG-Anhanguera). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador do Município de João Pessoa e sócio do escritório Bedê e Nóbrega Advogados Associados. *e-mail:* gustavo.bede@joaopessoa.pb.gov.br

É certo que a disseminação irrefreável do novo coronavírus impactou e ainda impactará inúmeras contratações e, por evidente, tem potencial para afetar os contratos administrativos, especialmente ajustes destinados à prestação de serviços continuados e, mais especificamente, os de dedicação exclusiva de mão de obra.

As sucessivas paralisações das atividades econômicas e de determinados serviços públicos causaram impactos na cadeia de fornecedores e prestadores de serviços do Estado e, como medida de primeira hora, contratos administrativos foram suspensos ou rescindidos nesse período.

Com esse panorama, surge a necessidade de buscar soluções para a problemática, visto que as normas legais pré-pandêmicas não se afiguram adequadas e suficientes para o enfrentamento dos desafios atuais, eis que o ordenamento jurídico não poderia prever tal situação.

Diante do vácuo normativo, algumas medidas podem governar a atuação dos gestores públicos a fim de preservar o interesse público no âmbito dos contratos administrativos.

Sem sobressaltos, é intuitivo reconhecer que um cenário de sucessivas suspensões e rescisões contratuais pode ocasionar efeitos deletérios à Administração Pública e à sociedade, sobretudo, se não forem acompanhadas de medidas consensuais entre as partes envolvidas na relação contratual.

Nesse sentido, este artigo visou analisar as intercorrências causadas no âmbito das contratações públicas, em tempos da pandemia COVID-19, e as medidas típicas e atípicas necessárias para equacionar o interesse público, o emprego e a atividade econômica.

2. MEDIDAS TÍPICAS DE SOLUÇÃO DE INTERCORRÊNCIAS CONTRATUAIS PREVISTAS NA LEI N.º 8.666/93

De saída, embora não seja o objetivo central deste artigo, vale rememorar os institutos jurídicos típicos a serem adotados para solucionar as hipóteses de inexecução sem culpa dos contratantes em decorrência da pandemia (hipótese de caso fortuito ou força maior), a saber: a) revisão de preços; b) prorrogação do prazo de execução da avença; c) supressão contratual; d) suspensão temporária do ajuste; e) rescisão da contratação.

É de rigor destacar que o fato imprevisível deve decorrer de elemento (i) extracontratual, ou seja, de evento que não componha o “código genético” que serviu de força motriz para o ajuste entabulado; ou (ii), se contratual, não esteja previsto na matriz de risco a ser suportado por alguma das partes.

Consignada essa premissa, é sabido que a opção por qualquer dos expedientes tradicionais varia conforme a essencialidade (ou não) e a demanda do objeto contratual no período pandêmico.

A revisão de preços, prevista no art. 65, II, *d*, da Lei 8.666/93⁴, é instituto que independe de previsão contratual e de periodicidade mínima, decorrente de evento ocorrido ou descoberto após a celebração do contrato e que provoca desequilíbrio desarrazoado na relação contratual.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...]

II - por acordo das partes: [...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Em período pandêmico, mormente, diante da inteligência na priorização da alocação do orçamento para medidas de enfrentamento ao COVID, a revisão de cláusula econômica surge como solução para os casos em que a execução contratual seja essencial e a demanda seja atual.

Por evidente, ainda que cabível, a revisão de preços deve ser precedida de ampla pesquisa de mercado, porque, por vezes, a manutenção da contratação não se mostrará vantajosa para a Administração caso seja necessário revisar o contrato.

Nesses casos, a revisão de cláusula econômica pode não ser conveniente ao interesse público, sobretudo, perante o contexto de austeridade e de priorização de políticas públicas destinadas ao enfrentamento do surto do coronavírus, de modo que a rescisão contratual sem culpa se afigura como medida mais acertada.

A **prorrogação do prazo de execução da avença** é considerada, por parte da doutrina, como uma espécie de revisão de cláusula regulamentar e encontra previsão no art. 57, §1º, II, da Lei 8.666/93:⁵

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos [...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo [...]

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.

4 BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

5 BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

Para que seja cabível o expediente, cumpre averiguar se a prorrogação do prazo do ajuste atende (ou não) ao interesse público, o que deve ser avaliado à luz da essencialidade e da demanda atual do objeto contratual.

Não ostentando caráter essencial ou havendo estoque do produto, por exemplo, é possível a manutenção do contrato com a mudança nos prazos de execução do ajuste. Todavia, sendo a prestação imprescindível – seja em razão de desabastecimento ou da necessidade imediata da prestação do serviço – a prorrogação do prazo pode-se mostrar como medida prejudicial ao interesse da Administração, que poderá optar pela rescisão da obrigação e pela contratação de novo fornecedor que tenha capacidade de atender, com mais celeridade, aos desejos do poder público.

A **supressão contratual**, por seu turno, está prevista no art. 65, I, b, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93⁶ e, em tese, afigura-se adequada especialmente diante de contratos essenciais, que não foram paralisados, mas que tiveram redução na demanda:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração [...]

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; [...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Em linha de princípio, não sendo a contratação imprescindível em tempo pandêmico, a suspensão temporária da contratação – e não a supressão contratual – mostra-se como medida mais congruente.

Digno de nota que supressões superiores a 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato dependem do consentimento do contratado, o que pode obstaculizar a adoção de aditivos supressivos de maior monta.

Como sabido, a proposta do fornecedor varia conforme a demanda ofertada no certame, visto que a economia de escala é fator importante para composição do preço, de modo que decréscimos contratuais expressivos podem representar obstáculos para a continuidade do ajuste, notadamente sob a perspectiva da contratada.

6 BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

Assim, à luz do caso concreto, compete ao gestor verificar se afiguram-se mais vantajosas a extinção do contrato em curso e a contratação de novo fornecedor, nesse sentido, contemplando-se tão somente o quantitativo reduzido.

A **suspensão temporária do ajuste**⁷, por sua vez, é medida cabível, principalmente, para os contratos que contemplem objeto não essencial no período de crise, desde que haja interesse público na continuidade da obrigação quando já superada a crise.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...]

XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação [...]

A **rescisão**, por fim, na perspectiva deste estudo, é medida residual, de modo que somente será cabível quando não se puder adotar os demais expedientes, pois representa medida drástica, e não natural de extinção dos contratos.

Conferir caráter subsidiário à rescisão contratual, configura, ao fim e ao cabo, a concretização do postulado constitucional da proporcionalidade. A rescisão irrefletida de contratos, como medida de primeira hora é, aqui considerada, conduta incauta e açodada, mormente quando possíveis outras medidas menos impactantes tanto para a Administração Pública quanto para o particular. Como certa vez bradou Jellinek⁸, “não se abatem pardais disparando canhões”.

Nesse prumo, a adoção de quaisquer dos institutos típicos demanda explicitação dos motivos determinantes, os quais devem estar amparados em juízo de proporcionalidade e eficiência.

3. CONSENSUALIDADE COMO FORMA DE CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES ALTERNATIVAS E DIRETRIZES DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

É inegável que as medidas típicas tratadas no tópico anterior são juridicamente viáveis e legítimas para a solução das questões econômicas postas ao enfrentamento dos gestores públicos no âmbito das contratações públicas.

Todavia, o impacto social decorrente, por exemplo, da suspensão unilateral do contrato surge como uma externalidade negativa que não merece desprezo, como destaca Joel Menezes Niebhur⁹:

7 BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

8 JELLINEK, 1914 apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.402.

9 NIEBUHR, Joel de Menezes. **O que fazer com os contratos administrativos em tempos de coronavírus?**

Uma outra providência poderia ser a suspensão dos contratos administrativos, o que depende apenas da Administração Pública, como lhe autoriza o parágrafo único do artigo 8º da Lei n. 8.666/1993. Aliás, consoante o inciso XIV do artigo 78 da Lei n. 8.666/1993, a empresa contratada somente tem a faculdade de pleitear a rescisão do contrato diante de suspensão que ultrapassa 120 dias. E, se a empresa contratada não se opor, é permitido que a suspensão vá para além dos 120 dias, que se estenda pelo tempo que for necessário, o que é positivo. Essa solução atende bem ao vetor da economicidade por parte da Administração, porque ela se desonera dos pagamentos durante o período de suspensão. O negativo é o vetor social, que não é minimamente contemplado. Com a suspensão, a empresa contratada não recebe e é induzida a demitir os seus empregados.

Ainda, é evidente que a desestruturação de certas cadeias de fornecedores do Estado, inclusive, relacionadas a contratos estratégicos, bem como a demissão em massa de colaboradores são efeitos que devem ser colocados na balança, pelo gestor, na tomada de decisão no âmbito das contratações públicas.

Nesse sentido, valiosas são as ponderações feitas por Flávio Amaral Garcia e Henrique Bastos Rocha¹⁰:

É previsível que uma decisão pela suspensão da execução dos contratos, com corte do pagamento dos empregados, gere demissões em massa e necessidade de recontração para a retomada da execução do contrato, com custo a ser arcado pelas entidades públicas contratantes e o risco de promover uma geral e profunda desorganização nos contratos administrativos de prestação de serviços. Não se pode desconsiderar que a súbita desestruturação da cadeia de fornecedores de serviços e a perda maciça de empregados terceirizados, por um evento gravíssimo, mas passageiro (a pandemia do covid-19) pode inviabilizar a imediata retomada dos serviços públicos e administrativos presenciais, quando do relaxamento das medidas de isolamento social, com base em orientações da Organização Mundial da Saúde – OMS e das autoridades do país. Parece razoável a preocupação de que a Administração Pública esteja preparada para a retomada da prestação presencial de serviços públicos imediatamente após o relaxamento das medidas de isolamento social. Em seu processo decisório, o gestor público deve sopesar esse fator, com vistas ao atendimento do princípio da eficiência administrativa. Cabe ao gestor atestar avaliar, no órgão ou entidade pública administrado, quais seriam as consequências da suspensão dos contratos com desmobilização da mão de obra, o custo de ter que indenizar desmobilizações e futuras mobilizações, além do risco de desestruturação prolongada das atividades administrativas, no caso de eventual extinção dos contratos.

Com a finalidade de evitar os efeitos deletérios decorrente deste momento de pandemia, a celebração de acordos administrativos emerge como ferramental passível de utilização, desse modo, visando sanar a situação de incerteza oriunda das eventuais suspensões e rescisões contratuais e que, na prudente avaliação dos responsáveis pela condução das políticas sanitária e econômica, causem efeitos sociais nocivos.

Sabe-se que, por muito tempo, o princípio da indisponibilidade do interesse público foi fundamento para barrar a possibilidade de celebração de ajustes pela Administração

Curitiba: Blog Zênite, 1º abr. 2020. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-que-fazer-com-os-contratos-administrativos-em-tempos-de-coronavirus/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

10 GARCIA, Flávio Amaral; ROCHA, Henrique Bastos. **Covid-19, contratos de serviços e shutdown administrativo**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324085/covid-19-contratos-de-servicos-e-shutdown-administrativo>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

Pública. Entretanto, contemporaneamente, os acordos no âmbito da administração não só são possíveis, mas estimulados pela doutrina moderna e pela legislação em vigor.

Nesse panorama, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹¹ trouxe importante permissivo para a celebração de ajustes pela Administração Pública, *in verbis*:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Segundo a doutrina¹², a Lei n.º 13.655/2018, que introduziu o referido dispositivo no ordenamento jurídico pátrio, estabeleceu uma dinâmica consensual prevendo permissivo genérico para a celebração de compromissos pela Administração independentemente de lei ou regulamento específico para tal finalidade, senão vejamos:

[...] consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, celebre compromissos. Também confere importantes diretrizes para uma prática consensual com negociação mais pública e paritária, visando ao efetivo atendimento de interesses gerais. Assim, trabalha para o desenvolvimento da consensualidade administrativa com maior efetividade e segurança jurídica.

Do art. 26 da mencionada norma depreendem-se os seguintes requisitos para a autocomposição administrativa: i) a presença de uma situação de incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público; ii) a oitiva – prévia à celebração do compromisso – do órgão jurídico responsável¹³; iii) a presença de relevante interesse geral; iv) a realização de consulta pública, quando for o caso (conforme transcrição a seguir); e v) a publicação oficial, como requisito de eficácia.

11 BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

12 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 140, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>>. Acesso em: 22 ago. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653>.

13 No âmbito estadual, essa atribuição pertence exclusivamente à Procuradoria-Geral do Estado. ADI 4.449, rel. min. Marco Aurélio, j. 28-3-2019, P, DJE de 1º-8-2019./ADI 5.541, rel. min. Edson Fachin, j. 27-9-2019, P, DJE de 15-10-2019.

A doutrina aponta que seria necessária a consulta pública em casos de: “(i) negociação de altos valores, como nos acordos de investimento bilionários; (ii) desenho de cláusulas com impactos concorrenciais, econômicos ou que importarem em escolha daqueles que se beneficiarão dos benefícios gerados pelo compromisso; (iii) sensibilidade social, política ou humanitária do compromisso, inclusive quanto à desconfiança ética das tratativas; e (iv) em casos cujo cenário do compromisso seja complexo e de difícil mapeamento dos interesses em jogo.¹⁴

Preenchidas tais exigências, é possível que situações jurídicas não conformadas pela legislação ordinária específica, de forma suficiente, possam ser solucionadas por ajustes que venham a equacionar os interesses conflitantes e, por vezes, convergentes.

Sobre a temática, merece menção o art. 20 da LINDB¹⁵, dispositivo que atribui ao gestor a necessidade de cotejar o caso concreto e as consequências fáticas decorrentes de eventuais decisões administrativas a serem perfilhadas, expondo, motivadamente, tal análise, *in verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A nova norma, portanto, traz o mecanismo – a formalização de instrumentos de autocomposição – e a respectiva obrigação do gestor de fundamentação adequada, afastada de conceitos abstratos e com amparo em análise consequencialista. Cumpre registrar que a atuação administrativa nesse período de crise, e que certamente será objeto de análise, *a posteriori*, pelos órgãos de controle, deverá fatalmente ser vislumbrada sob a ótica do princípio da realidade (art. 22 da LINDB).¹⁶

Assim, pautado pela boa-fé e diante do poder-dever de enfrentar a crise, decerto o benefício da dúvida, em escrutínios futuros, militará em favor do administrador, como bem ilustra o professor Marçal Justen Filho¹⁷:

Em muitos casos, a premência do tempo, a gravidade das circunstâncias, a ausência de recursos disponíveis, a inviabilidade de soluções alternativas – o elenco é meramente exemplificativo – poderão impor ao agente administrativo que adote atos jurídicos e materiais não conformes, de modo perfeito e exato, às normas legais. Tais atos deverão ser qualificados como juridicamente perfeitos, produzindo todos os efeitos jurídicos pretendidos e excluindo a responsabilização pessoal dos envolvidos. Será imperioso reconhecer que eventuais defeitos tem de ser superados – e, se necessário, saneados

14 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei Nº 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 102.

15 BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

16 Ibidem.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. Um Novo Modelo de Licitações e Contratações Administrativas? In: JUSTEN FILHO, Marçal et al. **Covid-19 e o Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://amz.onl/bfMLr76>>. Acesso em: 20 set. 2020.

– sempre que as circunstâncias da realidade concreta forem suficientes para justificar a prática adotada.

Tal visão ganha ainda mais força com a edição da Medida Provisória n.º 966/2020¹⁸, cuja leitura deve ser feita à luz das balizas técnicas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra o referido ato normativo, que assim dispõe:

Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I – enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II – combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

Sem esforço, é inarredável deduzir que a atuação do agente público deverá sempre estar pautada pelos princípios da moralidade, eficiência, razoabilidade e os demais princípios que regem o Direito Administrativo e visar ao atendimento do interesse público.

Portanto, em momentos de graves crises sanitárias, como a atual, os choques de interesses entre Administração Pública e os administrados merecem soluções criativas e concertadas, visto que a legislação ordinária não será capaz de alcançar os conflitos surgidos em razão da situação de excepcionalidade. Esse raciocínio aplica-se, certamente, aos contratos administrativos.

4. MEDIDAS ATÍPICAS: SOLUÇÕES ADOTADAS E A (DES)NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA ESPECÍFICA

Ante um panorama fático inimaginável e de consequências incalculáveis, têm surgido, na doutrina e na atuação de diversos entes, inclusive, no âmbito Legislativo, vozes defensoras da possibilidade da manutenção do pagamento do contrato, mesmo que dissociada da respectiva prestação de serviços total ou parcialmente, com respaldo no supramencionado art. 26 da LINDB. Nesse sentido, o artigo de João Luiz Domingues, registrando a posição externada em parecer pelos Procuradores Federais Rafael Sérgio de Oliveira e Daniel Barral¹⁹:

Pelo aspecto jurídico, em não havendo a contraprestação pelo contratado, a Administração Pública estaria impedida de realizar o pagamento;

A análise sob a perspectiva econômica deve considerar o papel do Estado como fomentador do desenvolvimento econômico do país. Assim, há que se ter um olhar

18 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, 13 maio 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

19 DOMINGUES, João Luiz. *COVID-19 e os impactos nos contratos administrativos de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra*. 23 mar. 2020. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalle.html>. Acesso em: 26 maio 2020.

para os impactos das medidas a serem adotadas e para o desemprego decorrente. Por outro lado, tais medidas podem esbarrar na longevidade da pandemia e na diminuição da arrecadação de receitas, que poderia impactar na continuidade da manutenção dos contratos de serviços terceirizados e os respectivos pagamentos às empresas contratadas; e

A respeito do argumento social, impacto decorrente das medidas econômicas e jurídicas adotadas, a proteção ao trabalhador com a manutenção do salário alcança a dignidade da pessoa humana, vez que ao perder o emprego a possibilidade de alocação em nova frente de trabalho pode estar seriamente comprometida.

No mesmo caminho, algumas unidades da federação editaram atos normativos autorizando a tomada de medidas excepcionais no âmbito dos contratos administrativos durante o enfrentamento da pandemia.

Como exemplo, o Estado do Paraná editou lei²⁰ prevendo a manutenção da integralidade dos contratos administrativos – inclusive, quanto aos pagamentos às empresas – “[...] cujos serviços tenham sido afetados com a diminuição ou paralisação das atividades contratadas, por força de medida pública de combate à doença e de seus impactos no sistema público de saúde [...]”.

No mesmo trilhar, merece menção a Lei n.º 13.992/2020, de índole nacional, que determinou o repasse integral dos valores contratualizados para os prestadores de serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde, independente do cumprimento de metas quantitativas e qualitativas previstas no contrato.

Soluções semelhantes foram adotadas pelo Município de São Paulo, que tratou do tema na Lei n.º 17.335, de 27 de março de 2020²¹:

Art. 2º Fica a Administração Pública Municipal autorizada a promover medidas excepcionais no âmbito dos contratos administrativos de prestação de serviços contínuos, visando à sua manutenção, de forma a possibilitar o pronto restabelecimento quando a situação de emergência e o estado de calamidade pública decorrentes do coronavírus findarem.[...]

Art. 3º Como medida excepcional, a Administração Pública Municipal fica autorizada a manter o pagamento mensal do contrato naqueles ajustes para os quais for indicada a suspensão total ou parcial dos serviços, deduzidas as despesas diretas e indiretas que efetivamente deixem de incorrer, garantindo o pagamento das despesas devidamente comprovadas com pessoal e encargos dos trabalhadores que deixem de prestar os serviços em razão da emergência e calamidade pública.

20 PORTAL ASSEMBLEIA – PR. **Lei Estadual n.º 20.170, de 7 de abril de 2020**. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=52174&tipo=L&tpl=0>. Acesso em: 20 set. 2020.

21 SÃO PAULO. **Lei n. 17.335, de 27 de março de 2020**. Dispõe sobre autorização de medidas excepcionais no âmbito dos contratos administrativos de prestação de serviços, finanças públicas e outras medidas em face da situação de emergência e estado de calamidade pública decorrentes do coronavírus, no âmbito do Município de São Paulo. São Paulo, SP, 27 mar 2020. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2020/1734/17335/lei-ordinaria-n-17335-2020-dispoe-sobre-autorizacao-de-medidas-excepcionais-no-ambito-dos-contratos-administrativos-de-prestacao-de-servicos-financas-publicas-e-outras-medidas-em-face-da-situacao-de-emergencia-e-estado-de-calamidade-publica-decorrentes-do-coronavirus-no-ambito-do-municipio-de-sao-paulo>>. Acesso em: 24 ago 2020.

Importante salientar que a tomada de decisões excepcionais nas contratações públicas deve exigir também do contratado medidas que minorem seus custos e prejuízos, aderindo, por exemplo, aos programas federais que visam proteger o emprego e a renda. Até porque vigeram e ainda vigoram diplomas normativos com tal objetivo, a exemplo das seguintes medidas provisórias, lei resultante de conversão e decreto²²:

I) Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, que trouxe medidas visando preservar o emprego e a renda, a exemplo da concessão de férias coletivas, antecipação de férias individuais, aproveitamento e antecipação de feriados, banco de horas e diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Tal diploma teve sua vigência encerrada pelo decurso do prazo constitucional de 120 (cento e vinte) dias;

II) Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020 (resultante da conversão da Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020), a qual estabelece o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, prevendo duas possibilidades de adequação da força de trabalho das empresas à queda da demanda durante a pandemia, com o pagamento de benefício emergencial indenizatório pela União: redução proporcional de jornada de trabalho e de salário (por até noventa dias); e suspensão temporária do contrato de trabalho (por até sessenta dias).

III) Decreto nº 10.470, de 24 de agosto de 2020, que prorroga os prazos para celebrar acordos de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e de suspensão temporária de contrato de trabalho e para efetuar o pagamento dos benefícios emergenciais de que trata a Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020.

Nesse sentido, vinculando a concessão de subvenções aos contratados cujas avenças foram afetadas diretamente pelas medidas sanitárias à adesão aos programas de auxílio concedidos por outros entes federados, colaciona-se dispositivo elucidativo da Lei n.º 15.634, de 2020 do Município de Curitiba²³:

Art. 2º Fica a Administração Pública Municipal autorizada a conceder subvenção e a manter o pagamento do contrato nos casos em que haja suspensão parcial ou total da execução dos serviços, cujos valores deverão compreender as despesas devidamente comprovadas com pessoal e encargos obrigatórios, deduzidas as despesas diretas e indiretas não assumidas pela contratada no período. [...]

§ 5º Para ter o direito assegurado no caput deste artigo, fica a contratada obrigada a aderir a todos os programas federais e estaduais instituídos para custeio de salários ou demais encargos trabalhistas, competindo ao Município arcar com a porção complementar daquilo que não for coberto pela União Federal e pelo Estado.

Indubitavelmente, a promulgação de lei em sentido formal, como salvaguardado à atuação do gestor e fixação de balizas de ação, assim como adotado pela capital paranaense, parece ser a melhor maneira de tratar de temas como a vertente.

Ocorre que, diante da situação de legalidade extraordinária pela qual passa o país, nem sempre será possível ao gestor aguardar a edição de ato normativo para que

22 BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10470.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

23 LEIS MUNICIPAIS. **Lei Municipal nº 15.634, de 14 de maio de 2020**. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/lei-ordinaria/2020/1563/15634/lei-ordinaria-n-15634-2020>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

possa agir de modo a resguardar o interesse público. Nesse sentido, lecionam Flavianna Paim e Ronny Charles²⁴:

Nosso ordenamento jurídico reconhece que situações anormais, exigem medidas excepcionais, com legalidade extraordinária, visando a manutenção do interesse público primário e o reestabelecimento da própria ordem. Assim, mesmo que não tenhamos a previsão legal ordinária para agirmos em perfeita sintonia com o tradicional princípio da legalidade, algumas decisões precisam ser tomadas de imediato, visando o atingimento desse interesse público maior, primário e que se sobrepõe a interesses públicos secundários e privados. O próprio princípio da legalidade, diante de situações como essa, nunca antes enfrentada, parece ser mitigado para viabilizar atuações administrativas concretas, caracterizadas como urgentes, excepcionais, temporárias e proporcionais. Dito isso, as instituições e órgãos contratantes de serviços com possibilidade de suspensões totais ou parciais dos serviços para atendimento às recomendações trazidas pela Lei 13.979/2020, bem como em outros normativos que intensificam o necessário dever de isolamento e quarentena, devem avaliar a possibilidade de seguir realizando o pagamento pelos serviços contratados, com algumas adequações e glosas, quando pertinentes. Embora as soluções devam ser tópicas, de acordo com a realidade contratual, “é obrigação dos órgãos do poder público garantir a todos de forma igualitária o direito à vida, à saúde e à manutenção de seu emprego”.

Nessa linha de intelecção, inarredável deduzir que o “apagão das canetas” não pode apadrinhar a paralisia do gestor frente aos problemas que precisam ser combatidos. Para isso, deve balizar seus atos em princípios constitucionais aplicáveis à matéria analisada, pautando-se sempre na boa-fé.

No âmbito das contratações públicas, a economicidade é um vetor de suma importância e que deve ser considerado. Porém, diante da crise que se instala, outros princípios devem ser colocados sob perspectiva, como o princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, CF). Ademais, é importante lembrar que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária e a promoção do bem de todos (art. 3º, I e IV, CF).

A tomada de medidas excepcionais no âmbito das contratações públicas, de maneira consensual, servirá ao gestor em situações limítrofes que exijam ações imediatas, em que o interesse público restará cabalmente prejudicado caso se aguarde por normatização posterior.

Inegável, todavia, que o modo ideal de enfrentamento das questões aqui expostas seja a adoção de uma solução uniforme e abrangente por intermédio de atos normativos que fixem orientações gerais; e que, dessa forma, permita o escrutínio público das razões que levaram à adoção do ato, com isso, conferindo ao gestor lastro normativo para que possa atuar.

Nesse sentido, recomenda a veiculação da matéria por meio de lei, dignos de nota os apontamentos de Flávio Garcia e Henrique Rocha²⁵:

24 PAIM, Flavianna; TORRES, Ronny Charles de L. **Os reflexos da pandemia do coronavírus nos contratos terceirizados**, p. 33/34. Disponível em: <<http://www.institutoprotege.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Ebook-Os-reflexos-da-Pandemia-do-Coronav%3ADrus-nos-Contratos-Terceirizados.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

25 GARCIA, Flávio Amaral; ROCHA, Henrique Bastos. **Covid-19, contratos de serviços e shutdown adminis-**

A despeito de ser juridicamente viável, a medida cogitada não encontra no contrato a melhor técnica para a tomada de decisão. Sendo um problema geral da Administração Pública, não individual de um órgão ou entidade pública, merece uma solução uniforme e abrangente.

Deixar ao Administrador Público de cada órgão o ônus de tomar decisões sobre a questão dos terceirizados, sem embasamento em premissas uniformes sobre (i) as perspectivas de controle ou agravamento da situação da saúde pública, (ii) a expectativa de tempo para a retomada da prestação presencial dos serviços públicos e (iii) a repartição social dos custos impostos pelo covid-19; não é compatível com a segurança jurídica imposta à atuação da Administração Pública pela Constituição Federal.

É importante uma solução por via normativa, que indique uma orientação geral para a repactuação dos contratos de prestação de serviços, já que o mesmo problema acomete os gestores de todos os órgãos e entidades públicos. Não seria necessariamente uma fórmula única, haja vista que cada contrato administrativo pode apresentar uma solução diferente, mas uma disciplina normativa que oriente o Administrador Público quanto aos critérios serem observados em sua decisão sobre a suspensão da execução dos contratos e as parcelas da remuneração a serem mantidas.

Nessa linha, sem prejuízo de medidas imediatas, mas provisórias, a serem adotadas pelos gestores de órgãos e entidades públicas em relação a cada contrato administrativo, o Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual ou Municipal poderá centralizar e uniformizar a solução por meio da edição de Decreto, pois a essa autoridade cabe exercer a direção superior da Administração Pública da respectiva entidade federada, a teor do disposto no art. 84, II da Constituição Federal, artigo que se refere ao Presidente da República, mas se aplica também, por simetria, a Governadores e Prefeitos Municipais.

Foi isso que ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, que editou o decreto 47.004, de 27 de março de 2020, disciplinando as condições para a suspensão da execução dos contratos de prestação de serviços com manutenção de pagamento de empregados.

O encaminhamento da solução via decreto não exclui, de modo algum, a firme recomendação de que a matéria seja endereçada por lei (ou no plano federal por Medida Provisória), como ocorreu no Município de São Paulo, que promulgou a lei 17.335, de 27 de março de 2020.

Ao fim e ao cabo, a decisão que ora se cogita envolve a alocação de escassos recursos públicos em momento de crise, com a preservação da continuidade das relações jurídicas com empresas fornecedoras de mão obra terceirizada, viabilizando a imediata retomada dos serviços públicos prestados presencialmente, após o relaxamento das medidas restritiva de circulação de pessoas. Essa é uma decisão que deve ser partilhada com o Poder Legislativo, especialmente no cenário de uma crise de proporções gigantescas.

Tais atos normativos podem contemplar as variadas possibilidades legais à disposição do gestor, tais como a revisão do contrato, a alteração unilateral supressiva e os balizamentos concretos para a sua suspensão provisória, inclusive com soluções no campo do Direito do Trabalho. Existem alternativas, sendo a suspensão da execução do contrato – com a manutenção do pagamento – uma das opções que se apresentam viáveis dadas as circunstâncias de excepcionalidade que decorrem da pandemia.

Além de conferir maior segurança à atuação administrativa, a edição de lei formal tem o condão de afastar o eventual descumprimento de normas de finanças públicas atinentes ao tema, mormente, no caso de entender-se viável o pagamento de subvenções aos contratados nos termos do art. 26 da Lei Complementar n.º 101/00²⁶:

Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

§ 1º O disposto no caput aplica-se a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, exceto, no exercício de suas atribuições precípua, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital.

Todavia, conforme já salientado, nem sempre o gestor poderá aguardar a normatização, pois existirão situações que exigirão atuação imediata do agente público. Alerta-se, porém, que todas as medidas atípicas adotadas e que acarretem dispêndio de recursos públicos – inevitavelmente – serão avaliadas posteriormente pelos órgãos de controle. Desta forma, a atuação do agente deve ser diligente, fundamentada, e buscar a maior eficiência e transparência possíveis nos negócios jurídicos firmados.

Ademais, a adoção de quaisquer medidas atípicas pelo agente público depende de fundamentação idônea que justifique as razões fáticas presentes no caso concreto a atraírem a necessidade de adoção de soluções singulares relativas ao contrato.

Diante do exposto, defende-se a viabilidade da adoção de mecanismos consensuais para tratamento das consequências oriundas dos efeitos deletérios causados aos contratos administrativos em razão das medidas sanitárias de combate à crise.

5. CONCLUSÃO

A pandemia do novo coronavírus atingiu plenamente os contratos administrativos. A inexistência de um panorama normativo apto a enfrentar o desafio da urgência sem precedentes na adoção de medidas de saúde e, paralelamente, na minoração dos impactos econômicos e sociais decorrentes das restrições sanitárias dificultou sobremaneira a atuação dos gestores públicos.

O presente ensaio buscou comentar algumas iniciativas adotadas pelos entes públicos, bem como expor a realização de acordos e ajustes – com lastro nas recentes alterações da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, introduzidas pela Lei n.º 13.655/2018 – como ferramentas úteis à superação das arestas existentes entre a Administração contratante e os contratados.

26 BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

Como visto, em momentos de emergência, a realidade supera a norma. Assim, a atuação dos gestores, desde que devidamente fundamentada e guiada pela boa-fé, deve ser objeto de deferência pelos órgãos de controle, pois, entre os vários pecados que o gestor poderia cometer na premência da pandemia, o da omissão, certamente, seria o mais condenável.

Embora não se desconheça que a atuação dos governantes – seja qual for – será alvo de críticas por parte dos agentes de fiscalização, a letargia administrativa é medida que não pode ser admitida.

Portanto, apesar da pandemia, o administrador público – que voluntariamente se candidatou para apontar os caminhos a serem percorridos e foi legitimado pelas urnas ou pela confiança dos políticos eleitos – tem, por imperativo lógico, o dever de agir, afinal, como anunciou Geraldo Vandré, “esperar não é saber, quem sabe faz a hora, não espera acontecer”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1989.

BRASIL. **Decreto n. 10.470, de 24 de agosto de 2020**. Prorroga os prazos para celebrar acordos de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e de suspensão temporária de contrato de trabalho e para efetuar o pagamento dos benefícios emergenciais de que trata a Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 24 ago. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10470.htm>. Acesso em: 6 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.992, de 22 de abril de 2020**. Suspende por 120 (cento e vinte) dias, a contar de 1º de março do corrente ano, a obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas pelos prestadores de serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: Senado Federal, 22 abr. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13992.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020**. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 6 jul 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, DF, 4 maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 22 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020.** Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, 13 maio 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CURITIBA. **Lei n. 15.634, de 14 de maio de 2020.** Autoriza medidas excepcionais no âmbito dos contratos administrativos, em face da situação de emergência decorrente do novo Coronavírus, autoriza o remanejamento de recursos de fundos especiais no âmbito do Município de Curitiba e dá outras providências. Curitiba, PR, 14 maio 2020. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/lei-ordinaria/2020/1563/15634/lei-ordinaria-n-15634-2020>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

DOMINGUES, João Luiz. **COVID-19 e os impactos nos contratos administrativos de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra.** 23 mar. 2020. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalle.html>. Acesso em: 26 maio 2020.

GARCIA, Flávio Amaral; ROCHA, Henrique Bastos. **Covid-19, contratos de serviços e shutdown administrativo.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324085/covid-19-contratos-de-servicos-e-shutdown-administrativo>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 140, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>>. Acesso em: 22 ago. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653>.

JUSTEN FILHO, Marçal. Um Novo Modelo de Licitações e Contratações Administrativas? In: JUSTEN FILHO, Marçal et al. **Covid-19 e o Direito Brasileiro.** Disponível em: <<https://amz.onl/bfMLr76>>. Acesso em: 20 set. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei Nº 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **O que fazer com os contratos administrativos em tempos de coronavírus?** Curitiba: Blog Zênite, 1º abr. 2020. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-que-fazer-com-os-contratos-administrativos-em-tempos-de-coronavirus/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

PAIM, Flavianna; TORRES, Ronny Charles de L. **Os reflexos da pandemia do coronavírus nos contratos terceirizados.** Disponível em: <<http://www.institutoprotege.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Ebook-Os-reflexos-da-Pandemia-do-Coronav%C3%ADrus-nos-Contratos-Terceirizados.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

PARANÁ. **Lei n. 20.170, de 7 de abril de 2020.** Autoriza o Poder Executivo, Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas a manter os pagamentos, durante estado de emergência nacional pelo coronavírus responsável pelo surto de 2019, a empresas que mantêm contratos para prestação de serviços continuados com a Administração Pública do Estado do Paraná. Curitiba, PR, 7 abr 2020. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=52174&tipo=L&tlei=0>. Acesso em: 24 ago. 2020.

SÃO PAULO. **Lei n. 17.335, de 27 de março de 2020.** Dispõe sobre autorização de medidas excepcionais no âmbito dos contratos administrativos de prestação de serviços, finanças públicas e outras medidas em face da situação de emergência e estado de calamidade pública decorrentes do coronavírus, no âmbito do Município de São Paulo. São Paulo, SP, 27 mar 2020. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2020/1734/17335/lei-ordinaria-n-17335-2020-dispoe-sobre-autorizacao-de-medidas-excepcionais-no-ambito-dos-contratos-administrativos-de-prestacao-de-servicos-financas-publicas-e-outras-medidas-em-face-da-situacao-de-emergencia-e-estado-de-calamidade-publica-decorrentes-do-coronavirus-no-ambito-do-municipio-de-sao-paulo>>. Acesso em: 24 ago 2020.

O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Nataniel Martins Manica¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Direitos Fundamentais; 2.1 Conceito de Direitos Fundamentais; 2.2 Dimensão histórica dos direitos fundamentais; 3 Do Direito à Moradia; 3.1 Conceituação do termo moradia; 3.2 O Direito à Moradia como Direito Fundamental; 4 Considerações finais; Referências bibliográficas .

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o direito à moradia à luz dos direitos fundamentais. O esboço inicia-se pela conceituação ampla de direitos fundamentais. Após, passa-se ao aprofundamento do direito à moradia e sua importância para a perpetuação da dignidade da pessoa humana. A partir do estudo realizado, propôs-se que a moradia deve ser tratada como direito fundamental garantido pelo Estado incluindo como forma de inclusão social e desenvolvimento de condições dignas de vida para todos os seres hoje e no futuro. A investigação foi orientada pelo método indutivo. No tratamento dos dados, empregou-se o método analítico. As técnicas de pesquisa foram as do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. O problema foi caracterizado e a hipótese confirmada.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o direito à moradia à luz dos direitos fundamentais.

Para atender os objetivos propostos, estruturou-se o presente trabalho da seguinte forma: a primeira parte está dedicada à conceituação e dimensão histórica dos direitos fundamentais, com referência aos principais documentos e eventos que propiciaram seu desenho ao longo do tempo; na segunda, destaca-se a conceituação de direito à moradia, como é dado seu tratamento pela doutrina, bem como buscar alicerces teóricos para justificar sua natureza de direito fundamental; e, na terceira, com apoio na doutrina indicada ao fim deste artigo, caminha-se no sentido da construção do direito à moradia como fundamental.

¹ O autor é Procurador do Estado de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2007). Especialista em Direito Penal e Processual Penal promovido pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público – ACMP (2009). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2019). Máster en Territorio , Urbanismo Y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular para la Universidad de Alicante/ES (2019). nata-niel@pge.sc.gov.br .

O método utilizado na investigação foi o indutivo e na fase de tratamento dos dados, o analítico. As técnicas de pesquisa utilizadas foram as do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento².

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em virtude do tema aqui tratado, de início necessitamos, antes de qualquer coisa, buscar um conceito de direitos fundamentais.

Sabemos da ausência de um consenso dentro da doutrina, tanto na esfera conceitual como terminológica de direito fundamental. Todavia, é importante iniciarmos com a tentativa de o conceituarmos, bem como de fazermos um pequeno apanhado histórico de como se deu o seu nascimento, para que possamos entender sua importância.

A análise do conceito, da sua origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos, por si só, já justificaria um artigo ou até mesmo um trabalho de dissertação inteiro. No entanto, nosso objetivo é bem mais simplório, sendo nossa intenção apenas referir alguns conceitos clássicos e aspectos mais relevantes a respeito desta temática, de modo especial para propiciar uma adequada compreensão da importância e da função dos direitos fundamentais.

2.1. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já mencionado anteriormente, no que concerne à terminologia e aos conceitos adotados pelos autores não há um consenso doutrinário.

Para a terminologia “*direitos fundamentais*”, conforme leciona Sarlet, tanto na doutrina, quanto no direito positivo são largamente utilizadas, outras expressões, tais como “*direitos humanos*”, “*direitos do homem*”, “*direitos subjetivos públicos*”, “*liberdades públicas*”, “*direitos individuais*”, “*liberdades fundamentais*” e “*direitos humanos fundamentais*”, entre outros³.

O doutrinador espanhol Peces-Barba tem preferido o uso do termo “*derechos fundamentales*” como forma “*lingüística más precisa y procedente*”, para isto justifica-se da seguinte forma:

“Las razones que entonces motivaro nesta decisión y que hoy no solo permanecen, sino que se han fortalecido ante el panorama lingüístico que acabo de presentar, sonlas siguientes:

Es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que está supone.

Puede abracarlas dos dimensiones em las que aparecen los derechos humanos, sin incurriren los reduccionismos ius naturalista o positivista.”⁴.

2 O presente artigo foi elaborado de acordo com: PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 5.ed.rev.atual. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

3 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.p. 17.

4 PECES-BARBA, Gregorio. Problemas generales. In: ____ **Curso de Derechos Fundamentales**: teoria general.Madrid:Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 36.

É bastante comum entre os doutrinadores abordem os direitos fundamentais e os direitos humanos como sinônimos, entendendo como tais aqueles direitos humanos positivados no ordenamento jurídico⁵.

Já para Romanelli, os direitos fundamentais e direitos humanos diferem por uma questão político-geográfica, ou seja, os direitos fundamentais se referem a um sistema constitucional de determinado Estado, ao passo que, em relação aos direitos humanos, trata-se da mesma realidade, porém, sob um prisma internacional⁶.

Quanto à conceituação, o clássico autor José Afonso da Silva qualifica os direitos como fundamentais quando:

[...] se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados⁷.

Também enfatizando os direitos fundamentais, Cunha Junior leciona que:

Os direitos humanos fundamentais não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõe-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes que obrigam e vinculam os Estados no plano interno e externo⁸.

O autor italiano Ferrajoli ao responder quais são os direitos fundamentais acaba por conceituá-los da seguinte forma:

“En el plano teórico-jurídico la definición mas fecunda de los derechos fundamentales es, desde mi punto de vista, la que los identifica com los derechos que está na discritivos universalmente a todos encuancto personas, o encuancto ciudadanos o personas com capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables. Esta respuesta no nos dice cuál esson, sino solamente qué son los derechos fundamentales.”⁹

Para Peces-Barba os direitos fundamentais são:

Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada em las ideas de libertad y igualdad, com los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional em la historia del mundo moderno, com las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.¹⁰

5 DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade**. Curitiba:Juruá, 2012. p.36.

6 ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 56.

7 SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 178.

8 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 223.

9 FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: _____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 42.

10 PECES-BARBA, Gregorio. **Problemas generales**. In: Curso de Derechos Fundamentales: teoría general. p. 109.

Para Alexy, os direitos fundamentais são, em essência, direitos do homem convertidos em direito positivo por meio da Constituição¹¹. Direitos do homem possuem, a princípio, uma validade exclusivamente moral, essa transformação não elimina a sua validade moral, mas acrescenta a ela uma jurídica positiva. Sobre o tema assim dispõem:

“Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem poder satisfazer as exigências a serem postas a eles, devem abarcar os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua posituação, validade universal. Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordenamento jurídico. Uma contribuição importante para a sua imposição mundial prestou e presta a declaração dos direitos do homem universal, de 10 de dezembro de 1948. Os direitos do homem tornaram-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional pelo pacto internacional sobre direitos civis e políticos, de 19 de dezembro de 1966. Uma peça paralela a ele é o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, do mesmo dia, que, certamente, está dotado com força de imposição muito menor. Ao lado deles e de outros pactos postos mundialmente colocam-se convenções regionais. Tudo isso cria comunidades substanciais¹²”.

Ainda segundo Alexy, quando alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isto já é duvidoso, pois ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos. O autor ainda aponta que tanto direitos como as normas de direitos fundamentais seriam, assim, sempre os dois lados da mesma moeda. No entanto, em se tratando de direito positivo tal caminho não é contudo, recomendável, uma vez que “às disposições do catálogo de direitos fundamentais são atribuídas normas às quais não corresponde diretamente nenhum direito subjetivo”¹³.

É possível ainda descrever os direitos fundamentais como o mínimo que uma pessoa necessita para viver, e os três pilares destes direitos seriam a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana¹⁴. Sendo que levar uma vida digna significa ter este conjunto de capacidades básicas. Como decorrência, o mínimo existencial deve contemplar os meios que assegurem aos indivíduos, no contexto da sociedade em que vivem essas capacidades, ou seja, que lhes propiciem realizar, caso assim o desejem-as, funcionalidades correspondentes¹⁵.

Essas capacidades básicas correspondem às necessidades humanas para que o ser humano possa sentir-se inserido na sociedade, pois dizem respeito ao mínimo existencial que lhe garante condições para sobreviver, sendo a moradia uma dessas necessidades.

Leivas tem a seguinte posição sobre o assunto:

11 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 95-96.

12 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. p. 55-56.

13 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50/51.

14 ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 55.

15 CORDEIRO, Karina da Silva. **Direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 215.

[...] o mínimo existencial corresponde ao direito às necessidades humanas intermediárias, o que compreende a necessidade de vida física, como alimentação, vestuário, moradia, assistência à saúde, etc. (mínimo existencial físico) e necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. (mínimo existencial cultural).¹⁶

Por fim, é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não assento na constituição formal¹⁷.

2.2. DIMENSÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No tocante a perspectiva histórica, é importante frisar que esta assume relevo não apenas como um mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do Estado constitucional moderno, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que se dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma, história da limitação do poder¹⁸.

Por este motivo que os direitos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Direitos fundamentais eficazes e democracia são conceitos que devem ser considerados indissociáveis uns dos outros¹⁹.

Ademais, os direitos fundamentais além de servirem para a limitação do poder alcançam a ideia de legitimação do poder estatal.

Sobre a origem do que denomina direitos humanos Nolasco assim escreve:

A respeito da origem dos direitos humanos, é interessante acrescentar a visão de Leford, para quem, à primeira vista, parece que os direitos do homem, principalmente os tutelados nas primeiras declarações, mascaram os liames sociais, ao mesmo tempo em que suscitam uma nova rede de relações entre os homens. Leford quis dizer que o desenvolvimento da democracia e das oportunidades para o exercício das liberdades cria condições de reconhecimento na instituição dos direitos do homem, sinalizando a emergência para um novo tipo de legitimidade e de um espaço público no qual os indivíduos são tanto produtores quanto instigadores de suas criações. Acrescenta que

16 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 126.

17 SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 281.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 24

19 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 104

os direitos do homem marcam o processo de ruptura do direito e do poder. O direito e o poder não se escondem no mesmo pólo; a legitimidade do poder deve estar em conformidade com o direito²⁰.

Pois bem, para se compreender os direitos fundamentais (direitos humanos) deve-se ter em mente que eles foram sendo reconhecidos em momentos históricos distintos.

Inicialmente os direitos fundamentais foram concebidos como direitos naturais do homem, inerentes à própria condição humana, sendo reconhecidos numa dimensão pré-estatal, com a integração gradativa pelo reconhecimento da ordem jurídica de determinado Estado²¹.

Não se pode deixar de mencionar, como um importante momento para o pré-nascimento dos direitos fundamentais, a *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, a qual contribuiu para o futuro desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições de diversos Estados nacionais.

Outro fator de grande importância foi a Reforma Protestante, que influenciou que diversos países da Europa optassem por uma liberdade religiosa.

No entanto, o nascimento dos direitos fundamentais, no sentido como hoje se atribui ao termo, ocorreu com a Declaração de Direitos do povo da Virgínea, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, onde se verificou a primeira marca efetiva de transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, incorporando virtualmente direitos e liberdades²².

Assim, tem-se que os direitos fundamentais surgem contemporaneamente ao surgimento do Estado Moderno. No século XVIII, com a opressão da monarquia contra os súditos, a classe burguesa lutou para que fossem reconhecidos determinados direitos eclodindo a Revolução Francesa (1789), movimento eminentemente burguês que tinha como idéias liberdade, igualdade e “propriedade”, desta forma surge o Estado Liberal, cunhado numa postura individualista abstrata e na primazia da liberdade, segurança e propriedade, que colocam em pauta os direitos fundamentais de primeira dimensão²³.

Também é importante mencionar que o processo de positivação das declarações de direitos nas constituições que se iniciaram no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, não desempenhou uma função estabilizadora (permanente e segura). Temos que até os dias de hoje, o elenco dos direitos fundamentais do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas.

20 NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008. p.129.

21 CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e Justiça Sustentável: efetividade do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.67.

22 CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e Justiça Sustentável: efetividade do processo civil brasileiro**. p.68.

23 DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade**. p.36.

Ocorre que, como bem colocado por Duarte, a liberdade sem freios da burguesia começou a gerar grandes problemas no campo social, tais como condições desumanas de trabalho e de saúde por grande parte da população, o que motivou o surgimento do Estado Social, no qual os direitos de liberdade (típicos do Estado Liberal) se vêem contrapostos aos direitos econômicos, sociais, culturais. Esses direitos fundamentais de segunda geração (ou sociais), que reclamam uma ação positiva do Estado objetivando a melhoria de vida dos cidadãos.²⁴

Para uma definição dos direitos fundamentais sociais no âmbito do constitucionalismo brasileiro, veja-se a lição de José Afonso da Silva:

“(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”²⁵

Tais direitos estão expressamente reconhecidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas de 1948.

Para Nolasco o processo de afirmação histórica dos direitos de primeira e segunda geração mostra que eles não são absolutos, mas podem ser vistos como razoáveis, no sentido de que existem bons argumentos para fundamentá-los eticamente²⁶.

Após a Segunda Guerra Mundial vê-se o surgimento do que a doutrina costuma nomear como direitos fundamentais de terceira geração.

Seriam estes direitos os que afetam a população como um todo, assuntos de interesse mundial, como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a qualidade de vida. Partindo do postulado da solidariedade social, é que colocam os direitos de terceira geração, cujos titulares não são indivíduos em si, mas a própria coletividade são direitos difusos e coletivos, tais como direito ao meio ambiente equilibrado dentre outros.

O Constitucionalista brasileiro Bonavides vai mais além, para ele é possível reconhecer, na história dos direitos fundamentais, um desenvolvimento em cinco gerações. Além dos já mencionados direitos fundamentais de primeira e segunda geração, para o autor os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles cuja principal característica reside em seu alto teor de universalidade, têm como destinatário não o indivíduo ou um grupo de indivíduos, mas o gênero humano como

24 DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade**. p.37/38.

25 SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 286/287.

26 NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. p.130.

um todo. Entre eles estão o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e a proteção ao patrimônio comum da humanidade. Já os direitos fundamentais da quarta geração são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, e por fim, como direito fundamental de quinta geração desponta o direito à paz.²⁷

No que tange ao direito à moradia sem dúvida este se insere nos direitos sociais, ou seja, direitos fundamentais de segunda geração que reclamam uma ação positiva do Estado. Ocorre que, esta moradia, como se verá adiante, é integrante do conteúdo do mínimo existencial, ao menos no que toca a garantia de uma moradia simples e digna.

Assim, exige-se do Estado uma atuação positiva, de prestação fática (material) ou normativa para sua garantia, caso contrário, corre-se o risco de se tornar um direito social vago.

3. DO DIREITO À MORADIA

Até aqui buscamos um conceito e um histórico da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos.

Após, dando continuidade ao trabalho aqui proposto nesta etapa passa-se a buscar uma conceituação de direito à moradia, como é dado seu tratamento pela doutrina, bem como buscar alicerces teóricos para justificar sua natureza de direito fundamental.

3.1. CONCEITUAÇÃO DO TERMO MORADIA

Da necessidade de fixar o lugar de alguém, surgem o domicílio e a residência. Romanelli descreve domicílio “*como a sede jurídica da pessoa natural, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou pratica, habitualmente, seus atos e negócios jurídicos*”²⁸. Já a residência é o lugar em que a pessoa natural habita, com intenção de permanecer, mesmo que dele se ausente temporariamente.

Por sua vez, no que se refere à noção de habitação, tem-se este como o direito ao exercício de uma faculdade humana conferida a alguém por norma jurídica ou por outrem, permitindo a fixação em um lugar determinado, não só física, como também onde se fixam os interesses naturais da vida cotidiana²⁹.

Para Souza a noção de “habitação” está relacionada a uma relação puramente de fato, sendo o local em que a pessoa permanece, acidentalmente. Para ele a habitação pode ser inicialmente conceituada “*como a permissão conferida a alguém para fixar-se em um lugar determinado, para atender aos seus interesses naturais da vida cotidiana,*

27 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 562-593

28 ROMANELLI, Luiz Claudio. *Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 56.

29 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46.

mas de forma temporária ou acidental”, trata-se, portanto de uma relação de fato entre sujeito e coisa, sendo objeto de direito.³⁰

Já no tocante à moradia sua conceituação é de um bem da personalidade, com proteção constitucional e civil.

Souza conceitua moradia da seguinte forma:

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido. O bem da moradia é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua proteção jurídica. Para nós, moradia é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. Residência é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da moradia sobre determinado bem imóvel. Assim, a moradia é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico, assim como ocorreu com o domicílio em relação à residência, na interpretação mencionada por Washington de Barros Monteiro. Dessa forma, a moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana.³¹

Deve-se ter cuidado ao se fazer referência ao direito à moradia e habitação, haja vista que aquela se relaciona com algo permanente, duradouro, enquanto esta é algo que não perdura para sempre, embora um não exista sem o outro.

Ambas as conceituações (habitação e moradia) são parecidas, porém, na habitação se tem o seu exercício de forma temporária, acidental, ainda que nela não se permaneça o ânimo. No caso de habitação, o enfoque é o local, o bem imóvel, ou seja, o objeto *verbi gratia*, porque se exerce a habitação numa hotelaria, numa casa de praia, etc. E no caso do conceito de moradia, concebe-se sob o enfoque subjetivo, pois pertence à pessoa o exercício da moradia, sendo-lhe inerente, havendo o dever de outrem possibilitar o exercício da moradia à coletividade, dever este não só do Estado, mas também de quem por ele atua, facilita ou representa.³²

3.2. O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à moradia é concebido como inerente ao ser humano, que faz jus à sua morada, ao seu local, à sua pousada, enfim, ao seu habitat. A moradia constitui-se como essência do indivíduo de modo que sem ela a existência digna de outros direitos, como o direito à vida e à própria liberdade, não é exercida de forma satisfatória e plena.

Importante também ter em vista que o direito à moradia, como direito fundamental, é integrante do conteúdo do mínimo existencial, ao menos no que toca a

³⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 43.

³¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 44.

³² SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 44/45.

garantia de uma moradia simples e digna. Ademais, para a concretização do direito à moradia digna, de forma constitucionalmente adequada, essa deve se dar em um local com condições ambientais compatíveis com uma vida humana saudável³³.

O direito à moradia, portanto, vai muito além de um simples lugar físico, e é neste sentido que Fensterseifer leciona:

“Com relação ao direito fundamental social à moradia, é importante destacar que tal, para a sua garantia em termos desejáveis constitucionalmente, em vista da sua vinculação direta com outros direitos fundamentais, e especialmente com a dignidade da pessoa humana, também exige um padrão mínimo de qualidade ambiental (acesso à água, saneamento básico, boa qualidade do ar e do solo, etc.) do local da moradia. O acesso à moradia em uma área contaminada (por exemplo, por poluentes químicos resultantes de atividade industrial) não garante ao seu titular um exercício adequado do seu direito fundamental, em razão de que a moradia implica muito mais do que apenas um teto sobre a cabeça, exigindo um espaço físico onde a vida humana possa se desenvolver de forma plena e em padrões dignos de existência.”³⁴

No mais, para que a moradia atenda sua função deve preencher certos padrões, de acordo com Novelino:

“Utilizando a expressão em seu sentido mais amplo possível, Ingo Sarlet (2010) sustenta que o direito abrange todo o conjunto de posições jurídicas vinculadas à garantia de uma moradia digna para a pessoa humana, dentre os quais se incluem os direitos de moradia (tutela e promoção da moradia), e o direito à habitação, os deveres fundamentais conexos e autônomos em matéria de moradia e os deveres de proteção. A plena garantia desse direito pressupõe uma moradia adequada em suas dimensões, condições de higiene, conforto e capaz de preservar a intimidade e privacidade das pessoas.”³⁵

Certamente que a moradia é um dos primeiros direitos que devem ser considerados na vida de uma pessoa, pois ter um lugar para viver configura-se como fundamental para o exercício dos demais direitos. Romanelli conceitua direito à moradia da seguinte forma:

“O direito à moradia, como ressaltam vários instrumentos internacionais, não se restringe apenas à presença de um abrigo ou um teto, mas engloba uma concepção mais ampla. Este direito se estende a todos e, assim, toda a sociedade e cada um de seus membros têm de ter acesso a uma habitação provida de infra-estrutura básica e outras facilidades, ou seja, acesso a uma habitação adequada.

A habitação adequada é condição fundamental para o homem exercer plenamente a sua cidadania, estando inserido na concepção de um padrão de vida adequado.”³⁶

Especificamente quanto à moradia, temos seu reconhecimento – como direito humano fundamental – em algumas declarações e tratados internacionais. Inicialmente

33 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. 86.

34 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. p. 84.

35 NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 466.

36 ROMANELLI, Luiz Claudio. *Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática*. p. 55.

reconhecido na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (art. XXV), o direito à moradia também está inserido no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que em seu art. 11, assim prescreve: “*Os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito a toda pessoa um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequada, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida*”.

Também se reconhece o direito humano à moradia na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968); na Convenção sobre a Eliminação das Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992).

Porém, como mencionado por Duarte, o Direito à Moradia adquire fundamental importância na Agenda Habitat, resultado da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II e consequente Declaração de Istambul (Turquia – 1996), em que o direito à moradia foi reafirmado como direito fundamental de realização progressiva (com remissão aos pactos internacionais anteriores), trazendo, em seu art. 43, uma minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão desse direito, bem como das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários.³⁷

Ademais, dos ensinamentos de Souza conclui-se que o direito à moradia, concebido como direito humano fundamental, é definido pelos documentos internacionais, tendo como características primordiais a universalidade, a indivisibilidade, a independência e a inter-relação, conforme dispões o art. 5, parte I, da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25.06.1993, devendo haver obrigação do Estado, no que diz respeito ao direito à moradia, com fundamento no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, constituir legislação, plano de ação habitacional de modo a garantir esses direitos a todos os indivíduos.³⁸

No direito constitucional pátrio, com o advento da Emenda Constitucional de nº 26, em 14 de fevereiro de 2000 (DOU 15.02.2000) passou-se a ter expressamente positivado o direito à moradia. Esta emenda tratou do reconhecimento da fundamentalidade do direito à moradia e sua introdução ao rol dos Direitos Sociais.

Outrossim, não se pode esquecer o caráter institucional dos direitos sociais consagrados neste dispositivo, o qual “expressa uma ordem dirigida ao Estado, no sentido de que a ele cabe sua concretização”³⁹. São direitos que requerem a implementação de políticas públicas para sua concretização.

Por sua vez Sarlet menciona que, muito embora o direito à moradia tenha sido incorporado ao texto da nossa constituição de forma expressa apenas com o advento da

37 DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade**. p.39/40.

38 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 70/71.

39 ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. p. 54.

Emenda Constitucional de nº 26, já havia menção à moradia na nossa carta Magna, seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “*promover programas de construção e moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*” (art. 24, inc. IX), seja quando o artigo 7º, inciso IV⁴⁰, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia.⁴¹

Sobre o Artigo 23, IX, da constituição Maia comenta que:

Esse dever de construir moradias certamente decorre de ter o Estado brasileiro, como fundamentos, “a dignidade da pessoa humana” (CF, art. 2º, III), e como objetivo “construir uma sociedade justa e solidária”, “erradicar a pobreza” e “promover o bem de todos” (CF, art. 3º, incs. I e III). Dito de outro modo, e mais específico, pela primeira vez a Constituição previu critérios para uma política urbana, a qual, segundo o artigo 182, objetiva ordenar o pleno desenvolvimento “das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes⁴².”

Neste mesmo sentido Novelino defende que mesmo antes da Emenda Constitucional nº 26/2000, que consagrou expressamente entre os direitos sociais o direito à moradia, este já era considerado por parte da doutrina como direito fundamental implícito “*com base no dispositivo que prevê a competência dos entes federativos para promover programas de construção de moradias, assim, como a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (CF, art. 23, IX)*.”⁴³

Também sobre o direito à moradia como fundamental em nosso ordenamento transcreve-se Fensterseifer:

“O levante da doutrina do Direito Civil-Constitucional contra a hipertrofia da dimensão patrimonial (de índole liberal-individualista) da titularidade, em defesa de um maior comprometimento da ordem civilista com a dimensão existencial do ser humano (ou seja, resgatando o “ser” do aprisionamento onde lhe havia confinado o “ter”), também fortalece a leitura constitucional do direito fundamental à moradia, pois aí está consubstanciada toda a nova esfera de valores e princípios constitucionais à modelar a ordem jurídica contemporânea, a qual traz especial ênfase para o seu comprometimento com a dignidade humana. Tal consideração passa, necessariamente, pela garantia do acesso a uma (e não qualquer) moradia que atenda a um padrão adequado de qualidade ambiental (como, por exemplo, com acesso a serviços públicos como saneamento, água potável, etc.), bem como situada em área com segurança ambiental, não sujeita a desastres naturais, como, por exemplo, enchentes, deslizamentos de terra, etc.”⁴⁴.

40 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direitos Fundamentais a Moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBCE. Ano 2008, nº 8. p.58

42 MAIA, Luciano Mariz. **O Cotidiano dos Direitos Humanos.** João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 1999. p. 111.

43 NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** p. 466.

44 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito.** p. 85/86.

De qualquer modo, sempre há como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º. inciso III, da Constituição Federal de Brasil) já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade.

Os direitos fundamentais são direitos interdependentes, não devem ser interpretados isoladamente, mas sempre de uma forma conjunta, principalmente quando se trata de direitos humanos. Existe um liame entre o direito à moradia e o direito à vida, à integridade física, à assistência, à inviolabilidade do domicílio, etc., demonstrando que é um direito interdependente, não isolado dos demais direitos fundamentais⁴⁵.

Como direito humano, a moradia está calcada na dignidade humana (cerne dos direitos fundamentais) cuja base é autonomia, liberdade, participação política e acesso a recursos materiais, bem como a proteção contra o tratamento desumano e degradante a qualquer pessoa. Da mesma forma, o direito à moradia corresponde tanto aos direitos civis e políticos como aos direitos econômicos e sociais.

Assim, como afirma Inácio “*os direitos fundamentais almejam criar e assegurar a existência de vida na liberdade e dignidade, sendo que a moradia, necessidade básica, integrando o direito à subsistência do ser humano, que no seu aspecto físico, moral e emocional, traduz, em última análise, em direito à vida*”⁴⁶

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o que foi exposto, resta claro que direito à moradia certamente deve ser um dos primeiros direitos considerados na vida digna de uma pessoa, pois ter um lugar adequado para viver é fundamental para o exercício dos demais direitos.

Não é de se olvidar, ainda, que o direito à moradia, por se constituir em direito essencial de todos os seres humanos, está protegido como decorrência da dignidade da pessoa humana positivado no texto constitucional, como verdadeira consequência da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ainda, podemos afirmar que inúmeros instrumentos internacionais destacam que o direito à moradia não se limita à presença de um abrigo ou um teto, mas engloba uma concepção muito mais ampla. O direito à moradia se estende a todos e, assim, toda a sociedade, incluindo cada um de seus membros, têm o direito a ter acesso a uma habitação provida de infraestrutura básica e outras facilidades, ou seja, acesso a uma habitação minimamente adequada.

O direito à moradia faz com que vários outros direitos possam ser assegurados. Ademais, como defende Barbosa, sua efetivação garante um verdadeiro substrato físico para que todos os direitos sociais alicerçados no artigo 6º do texto constitucional possam

45 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 118.

46 INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 37.

ser assegurados pelo poder público, verificando-se assim, a necessidade de priorização da política habitacional como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.⁴⁷

Ademais, se já não bastasse o direito à moradia ser assentado como fundamental pelo próprio direito natural, ter sido reconhecido pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (art. XXV) e inserido no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), no direito constitucional pátrio, com o advento da Emenda Constitucional de nº 26, em 14 de fevereiro de 2000 passou-se a ter expressamente positivado este direito.

Concluindo, como muito bem salienta Sarlet, com a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais, a possível controvérsia quanto ao seu reconhecimento inequívoco no plano constitucional pátrio resta superada, sendo assim, sem sombra de dúvidas, o direito à moradia um direito fundamental⁴⁸. Salienta-se ainda que o *“Estado bem como particulares têm o dever jurídico de respeitar e não afetar a moradia das pessoas”*, ao mesmo tempo em que *“exige-se dele uma atuação positiva, de prestação fática (material) ou normativa”*, isto é, o direito à moradia *“terá por objeto a criação e estruturação de órgãos, a edição de normas que estabeleçam procedimentos de tutela e promoção dos direitos, o fornecimento de bens e serviços ou outras ações comissivas”*⁴⁹.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e Justiça Sustentável: efetividade do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CORDEIRO, Karina da Silva. **Direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

47 BARBOSA, Lucília Goulart Cerqueira Camargo. **A tutela do Direito à moradia como forma de promover a dignidade da pessoa humana em face do Direito ambiental brasileiro**. In: Revista Brasileira de Direito Ambiental, São Paulo: Editora Fiuza, volume 32, 2012. p. 142

48 SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direitos Fundamentais à Moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal**. p.60

49 SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da constituição federal de 1988**. In: Fernandes, E; Alfonsin, B. (Coords.). **Direito à Moradia Adequada – o que é, para quem serve, como defender e efetivar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 274/276.

- FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.
- INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo**. Curitiba: Juruá, 2002.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermeneútica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: Juspodium, 2016.
- NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 5.ed.rev.atual. Florianópolis: OAB/SC, 2001.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. Curitiba: Juruá, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- 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.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direitos Fundamentais à Moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Ano 2008, nº 8. p.55-92.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da constituição federal de 1988**. In: Fernandes, E; Alfonsin, B. (Coords.). **Direito à Moradia Adequada – o que é, para quem serve, como defender e efetivar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

O DIREITO E A TRANSDISCIPLINARIDADE: REFLEXÕES ACERCA DA EPISTEMOLOGIA AMBIENTAL¹

Paulo Roney Ávila Fagúndez²

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A disciplinaridade: a visão newtoniana-cartesiana; 3 A interdisciplinaridade; 4 A pluridisciplinaridade; 5 A transdisciplinaridade; 6 O Direito Novo é o Direito Sustentável ou Integral; 7 Os desafios: a importância para a lógica do terceiro incluído (Nicolescu); 8 Considerações finais; Referências bibliográficas

RESUMO: A epistemologia cartesiana prega a ideia de que o conhecimento para ser científico demanda uma relação racional entre o homem e natureza, de modo que esse seja capaz de dominá-la e controlá-la. O direito ambiental, ao buscar proteger juridicamente a natureza, desafia o conhecimento cartesiano no âmbito da ciência jurídica, impondo o diálogo com outras áreas de conhecimento. A partir da necessidade de um direito capaz de responder aos fenômenos ambientais e do conhecimento de que existem diferentes epistemologias multidisciplinares, o trabalho demonstra, através de reflexões filosóficas, que a transdisciplinaridade é aquela capaz de dimensionar o paradigma ecológico ao direito. Ademais, propõe-se a discutir os desafios práticos à realização da epistemologia ambiental no âmbito jurídico.

“O saber ambiental é afim com a incerteza e a desordem, com campo do inédito, do virtual e dos futuros possíveis, incorporando a pluralidade axiológica e a diversidade cultural na formação do conhecimento e na transformação da realidade”.

Henrique Leff

¹ Advertência: Não se trata de um texto linear, porquanto a epistemologia ambiental visa questionar a metodologia tradicional. São apontamentos feitos pelo autor e que resultaram de suas reflexões.

² Paulo Roney Ávila Fagúndez é Pós-Doutor em Direitos Especiais pelas Universidades Lusíada de Lisboa e do Porto. Doutor em Direito pelo CPGD/UFSC. Procurador do Estado de Santa Catarina aposentado. Poeta, com obras publicadas. Autor de Direito e holismo – introdução a uma visão jurídica de integridade, São Paulo: LTr, 2000, Direito e hipercomplexidade, São Paulo: LTr, 2003, A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do direito contemporâneo, Brasília: OAB, 2004, Direito e Taoísmo, São Paulo: LTr, 2004, dentre outros livros e artigos.

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento da disciplina de Direito Ambiental impôs uma série de desafios à Ciência Jurídica, que, calcada na epistemologia mecanicista, tem dificuldades de lidar com os fenômenos ambientais, os quais desafiam a visão unidimensional do direito, através, por exemplo, da demanda de direitos difusos e coletivos, que requerem uma ruptura com a visão atômica do sujeito de direitos.

Ademais, o tratamento jurídico dos fenômenos ambientais exige o diálogo com outras disciplinas que estão fora das fronteiras do Direito, como a Bioética, a Medicina, a Agronomia, a Arquitetura, a Engenharia Ambiental, entre outras. Essa relação com as demais disciplinas também desafia a visão normativa do conhecimento jurídico, tensionando sua estrutura disciplinar. Os diálogos, entretanto, podem ser interdisciplinares, pluridisciplinares ou transdisciplinares, tendo cada qual epistemologias e, portanto, consequências diferentes ao conhecimento e a prática jurídicas.

A partir das problemáticas apresentadas, esse artigo se propõe a refletir qual dessas relações entre disciplinas, no âmbito do Direito Ambiental, é capaz de dimensionar uma visão ecológica ao Direito. Para isso, busca discutir a relação entre o homem e a natureza para além dos ditames do paradigma moderno que, através do método cartesiano, atrelou o conhecimento científico à dominação do objeto de estudo pelo sujeito conhecedor, entendendo que o homem seria capaz de se emancipar da natureza através da razão.

No primeiro capítulo do trabalho, se explicará a partir da filosofia como a visão newtoniana-cartesiana se estruturou e como ela ainda opera epistemologicamente. Já nos segundo, terceiro e quarto capítulos se apresentará respectivamente as visões interdisciplinares, pluridisciplinares e transdisciplinares do conhecimento. No quinto capítulo, se discutirá a necessidade de um direito sustentável ou integral tendo em vista a urgência em se estabelecer uma legislação que proteja a natureza e um sistema judiciário que priorize a questão ambiental, para então, na última seção do trabalho, refletir-se sobre práticas jurídicas e paradigmas que precisam ser repensados e modificados para que tenhamos um direito epistemologicamente ecológico.

2. A DISCIPLINARIDADE: A VISÃO NEWTONIANA-CARTESIANA

Para os taoístas, a natureza é mais importante que Deus, conforme Marcel Granet³, em sua obra *O Pensamento Chinês*. Os pré-socráticos construíram o seu pensamento a partir das reflexões dos taoístas. O taoísmo não é religião ou ciência, muito embora tenha um pouco de ambas. A visão cartesiana, alicerçada na tradição judaico-cristã, é anti-ecológica. A primeira grande fragmentação ocorreu com a superação do pensamento dos pré-socráticos, especialmente da percepção apresentada

3 GRANET, Marcel. *O pensamento chinês*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

por Heráclito, que tinha uma concepção dialética dos fenômenos. E ele percebia movimento em tudo, ao afirmar que o homem não se banha duas vezes no mesmo rio porque não é o mesmo rio que ali está nem a mesma pessoa que ali está⁴. A fragmentação dos saberes começa com Parmênides, que estabelece com clareza uma visão maniqueísta. Em Sócrates, Platão e, especialmente, em Aristóteles, verifica-se a construção de um conhecimento racional e objetivo a respeito dos fatos da natureza. Não se vislumbra a cidadania nem das mulheres nem dos escravos nem dos estrangeiros. Há uma verdadeira coisificação da natureza. A metáfora da máquina, que vai se consolidar na modernidade, começa a se delinear a partir da filosofia dos gregos⁵. A cultura disciplinar aparece por volta dos séculos XVI ou XVII, com o advento do método científico. O nascimento da ciência se dá por uma rebelião contra a opressão que se operou no período medieval. A cultura ocidental é separatista. Com a organização política separam-se as questões de Estado das questões consideradas religiosas, muito embora a religião tenha orientado politicamente os governantes. O maior exemplo advém das monarquias absolutistas. Luiz XIV (1638-1715) afirmava que “o Estado sou eu”. Com o advento do princípio do poder divino sobrenatural passa-se a pensar num grande contrato social, especialmente a partir da obra de Rousseau⁶. O conhecimento não é apenas religioso. Pode ser obtido racionalmente, através de métodos experimentais. É possível que se dê o domínio da natureza pelo homem. Primeiramente surge o método indutivo de Bacon. Após o método dedutivo de Descartes, o método dialético hegeliano, na mesma linha do pensamento dos pré-socráticos. Cada ciência quis constituir sua área própria do conhecimento, com um objeto próprio e um princípio peculiar. A ciência jurídica somente foi reconhecida como tal no século XX, com o enorme esforço de Kelsen⁷ para detectar um objeto próprio de conhecimento do Direito.

A Medicina só há duzentos anos foi reconhecida como ciência, muito embora haja relatos de sua existência há 2.500 anos no Ocidente ou de mais de 5000 anos no Extremo-Oriente. Transformar o corpo humano numa máquina, vale dizer, aplicar-lhe a metáfora da máquina foi uma tarefa difícil, tendo em vista a complexidade do corpo humano. Também para Kelsen houve muita dificuldade para diagnosticar um objeto próprio de estudo e um princípio aplicável à ciência jurídica. Cada campo do conhecimento, para se transformar em ciência e, conseqüentemente, ganhar credibilidade, precisava reconhecer uma metodologia peculiar. A universidade foi construída para retratar esse estado de coisas, todo o progresso do conhecimento humano. Houve, sem dúvida, um grande avanço, caso contrário, ainda hoje, estaríamos culpando apenas Deus pelos nossos infortúnios. Desvendar a natureza foi a grande meta da ciência. Bacon chegou a afirmar que ela poderia até mesmo torturada para desvendar toda a verdade.

4 CHAUI, Marilena. **Introdução da história da filosofia**: dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

5 Ibidem.

6 ROUSSEAU, J.-J. O contrato social. In: **Oeuvres complètes**, tome III. Collection “Pléiade”. Paris: Gallimard, 1757.

7 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Na visão disciplinar os sistemas são mecânicos e permanecem incomunicáveis. Cada área do conhecimento apresenta respostas para todas as questões. Não há a necessidade de um sistema, regido pelo código binário, recorrer a outro sistema para responder às suas questões, haja vista que todos eles são regidos pelo princípio da completude. Os sistemas têm a pretensão de oferecer soluções para tudo. Um sistema tem vida independente em relação aos demais. Cada um tem vida própria.

A cultura disciplinar é paradoxal. Ao mesmo tempo que houve um grande avanço com o surgimento do método científico, com a sedimentação das denominadas ciências duras que estariam dispostas, a partir da análise dos elementos, de dar conta de toda realidade. A cultura científica instituiu o observador humano. Não é mais Deus o detentor do conhecimento sobre a natureza. O homem pode obter o conhecimento através do domínio da técnica. O surgimento do método científico foi, sem dúvida, um marco para a humanidade. Mas o que houve, efetivamente, foi o endeusamento da técnica, o enaltecimento do método para que se atingisse o desenvolvimento científico. É como se a dinamicidade da vida pudesse ser contida em compartimentos estanques. Foi, sem dúvida, um trabalho grande desenvolvido pelo cientista de promover a fragmentação da natureza, tendo em vista a sua unidade. A separação dos elementos para sua compreensão foi um passo decisivo para construção do pensamento simples, para a estruturação da ciência, através da adoção de toda uma metodologia. Assim, concebe-se a tecnociência. A disciplinaridade não surge distante da Política, divorciada da Economia, porém, necessariamente, afastada da ética. A moral, após a separação de Estado e Igreja, no Ocidente, passou para o domínio da religião. Todavia, trata-se de uma religião mais alicerçada numa ideologia política do que no restabelecimento de um elo entre todos os seres. A disciplinaridade foi um marco extremamente importante para a construção de uma cultura científica no Ocidente. A ciência parte do pressuposto de que a vida pode ser inserida em determinados compartimentos, e de que somente assim ela pode ser compreendida. A visão disciplinar aprisiona. Reproduz toda uma cultura que tem por objetivo a dominação. A cultura disciplinar tem o respaldo da lei. Cada detentor do saber, em determinada área do conhecimento, goza do amparo jurídico. O conhecimento científico é o conhecimento que goza de credibilidade. Tem o amparo da norma. Há um movimento de lei e ordem que está em todo lugar. A cultura da modernidade consolida-se com o domínio do conhecimento, que expressa a nível em todas as esferas políticas. Foi criado um mundo à parte. O homem ocidental fugiu da natureza. Toda solução viria através do controle da natureza pela ciência, que desvendaria o mistério. Ou os problemas seriam resolvidos mediante o emprego da tecnologia. Se for necessário, órgãos artificiais podem ser utilizados para recuperar seres mais artificiais. O homem não se considera parte da natureza, mas seu observador. O ser humano, à medida que ele se distancia da natureza, considera-se dono da vida e com a capacidade infinita de produzir vida através da ciência. No entanto, a par de todo o avanço científico, não consegue produzir uma ameba em laboratório. A cultura disciplinar é reflexo de um modelo epistemológico calcado na ordem e no progresso, extraído do positivismo, cujas raízes se perdem no tempo,

muito embora relacionamos com o exercício do poder pelo saber que se sedimenta especialmente a partir do século XVIII, com o fortalecimento das instituições que abrigam loucos, doentes e marginais. Trata-se de uma tentativa de desvendamento da realidade e de se manter um controle sobre os fenômenos naturais. A cultura disciplinar caracteriza-se pelos sistemas fechados, que não se comunicam, e que dão respostas para todas as questões apresentadas. A disciplinaridade é o reflexo de uma cultura epistemológica compartimentada, fragmentada, que se inaugura após a Idade Média. Ao Estado compete a resolução dos problemas políticos, sendo que a Igreja fica com o monopólio da moral. O conhecimento científico, que começa a se estruturar a partir do método, instaura-se tanto no plano político como no plano epistemológico a racionalidade. Só é válido o conhecimento científico. Somente tem credibilidade o conhecimento racional. Não se pode consolidar a cultura disciplinar como algo negativo. É fundamental compreendermos sua filosofia para que possamos construir algo novo. A disciplinaridade foi imprescindível para o progresso científico da humanidade. A partir do surgimento do método científico são estruturadas as disciplinas, faz-se a distinção entre o conhecimento racional e os demais saberes. O conhecimento científico ganha a confiança do poder político, especialmente com o surgimento das Universidades. As questões da Igreja são tratadas pela instituição, enquanto que as científicas são tratadas e reproduzidas pela Universidade.

A cultura disciplinar caracteriza-se pelo conhecimento objetivo, tendo sido a consciência afastada do meio acadêmico, como atesta Morin, em sua obra *Ciência com Consciência*⁸.

Para Waldo Vieira⁹, o paradigma consciencial vai de encontro o modelo cartesiano, que aplica a metáfora da máquina a tudo e a todos.

Segundo o paradigma consciencial, na pesquisa participante são observadas, pelo menos, estas 10 ocorrências específicas, aqui listadas na ordem funcional:

- a) **Humanização.** É alcançada a humanização ou autoconscientização da investigação racional.
- b) **Hibridismo.** Na duplicidade de papéis, nasce o *autopesquisador-autocobaia* muito mais consciente, de resto, o mesmo *experimentador-sensitivo e filósofo-filólogo*.
- c) **Atuação.** O pesquisador atua, ao mesmo tempo, na condição de objeto e sujeito da pesquisa.
- d) **Relatório.** Surge o *personagem-relator* da pesquisa para enfrentar diretamente as refutações dos achados.
- e) **Introspecção.** A introspecção, esvaziada há séculos no universo da Ciência é reconduzida ao campo de investigações e às câmeras de auto-reflexão.
- f) **Antipreconceito.** Sobrevêm, assim, o experimentalismo evoluído contra o preconceito científico secular.

8 MORIN, Edgard. *Ciência com consciência*. Tradução Maria Gabriela de Bragança. Lisboa: Publicações Europa-América, 1982.

9 VIEIRA, Waldo. *Homo sapiens reurbanisatus*. Foz de Iguaçu: CEAC, 2003.

- g) **Quebra.** É quebrado o círculo vicioso reducionista das velhas vanguardas técnicas
- h) **Neoparadigma.** O neoparadigma consciencial evidencia a integralidade da personalidade humana contra o paradigma newtoniano-cartesiano fiscalista, convencional, ultrapassado.
- i) **Valorização.** A personalidade humana é, por fim, valorizada e priorizada acima da matéria, dos elétrons e do carbono.
- j) **Personalidade.** A personalidade integral do próprio cientista, homem ou mulher, é descoberta por ele depois de séculos de cegueira ou de falta de cosmovisão ultralógica das realidades multidimensionais.

Para Boaventura, na *Crítica da Razão Indolente*¹⁰, a epistemologia da emancipação tem por objetivo superar a epistemologia da cegueira.

Segundo Perelman¹¹,

Para os racionalistas do século XVII, Deus é um ser perfeito, portanto racional, e o mundo – criação ou emanção divina – só pode ser racional. A filosofia de Spinoza se inspirou nesse ideal de racionalidade universal e Leibniz é o autor da frase *Cum Deus calculat, fit mundus* (o mundo se realiza conforme os cálculos divinos). Se Deus é matemático, e o mundo se amolda a um projeto de feitio matemático, o papel dos homens de ciência é descobrir as equações divinas segundo as quais são formuladas as leis da natureza. O papel dos filósofos é salientar o caráter confuso e incerto de todas as nossas opiniões e idéias que não podem ser reduzidas a grandezas quantificáveis. Os desacordos entre os homens resultam de que, em vez de serem guiados pelas idéias claras e distintas de sua razão, faculdade comum a todos os homens, fraco reflexo da razão divina, eles se deixam levar por suas paixões e seus interesses, por seus preconceitos e sua imaginação.

Só é válido o conhecimento racional ou passível de racionalização. Dá-se respaldo político ao conhecimento científico. O conhecimento científico é objetivo. Há um sujeito que detém o poder sobre determinado objeto. Tudo se torna objeto, inclusive a natureza.

O homem não é parte integrante da natureza, mas observador dela. Ela é inferior a Deus e, por ter sido o homem criado a imagem e semelhança de Deus, pode ser submetida a seus domínios.

Para Perelman¹²,

O racionalismo clássico, o de Descartes e o de Espinoza, que estuda as relações entre a razão e a vontade, inspirou-se, em suas considerações, em um modelo absoluto; com isso, falseou as relações efetivas que existem entre essas faculdades, eliminando, no final das contas, uma delas em proveito da outra.

Com efeito, se partimos da idéia de que existe uma vontade perfeita, esta basta como fundamento de uma ordem racional e de uma e de uma justiça absoluta; o que

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

¹¹ PERELMAN, Chaim. Ética e direito. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹² Ibidem.

Deus decide, pelo fato mesmo de tê-lo decidido, é verdade e justiça; sua vontade é criadora do real e fundamento de todas as normas, pois nada lhe pode limitar nem a onipotência nem a perfeição; se detectamos uma ordem na natureza, é porque a sabedoria divina só varia para manifestar, por meio de milagres, seu poder ilimitado e, pela graça, a imensidão do seu amor. Na perspectiva cartesiana, em que a vontade divina se torna o critério da razão, apenas Deus é livre e criador e nela nenhum valor é conferido à vontade humana que, quando é guiada pela evidência, só pode soçobrar no erro e no mal. Para agir como ser da razão, o homem, após haver purgado seu espírito de todos os obstáculos de origem individual e social, deve submeter-se à vontade divina, cuja manifestação é uma ordem que se impõe pela sua evidência à intuição. Descartes nos diz com toda clareza, na segunda parte do *Discurso do Método*, que uma legislação que é obra de um só vale mais do que a que foi elaborada por vários através das transformações da história, pois é mais fácil um só seguir um plano racional e apartar-se das contingências[...].

A construção de um conhecimento racional foi um passo para o reconhecimento dos determinismos. A ciência não só explica como prevê os comportamentos. Para Marx, o mundo caminharia inexoravelmente para o socialismo. E hoje vislumbra-se um determinismo neurogenético, tendo a Genética a possibilidade de prever as doenças. Surge uma Medicina preocupada com o futuro.¹³ Em vez de tratar as doenças contraídas, volta-se para o futuro, prevenindo-as. Contudo, o que se vislumbra é a instalação de uma ditadura da ciência sem precedentes. As liberdades fundamentais passaram a ser amordaçadas pelo exercício do poder político pelo cientista, com o respaldo do Estado. Assim, passamos a ver a natureza como fragmentos e substituímos Deus pelo Estado. Os elementos naturais passaram a ser considerados objetos passíveis de apropriação. A questão central, pois, repousa no conhecimento que, em vez de nos libertar, nos aprisiona em compartimentos estanques.

A disciplinaridade reduz o universo à matéria. As chamadas disciplinas reflexivas e sociais somente mais tarde foram reconhecidas. Só é conhecimento científico o saber passível de comprovação, de quantificação ou de mensuração. A percepção dá-se através dos sentidos ou dos equipamentos para a observação dos fenômenos. A fragmentação justifica-se pela necessidade de se promover a separação para melhor compreender os fenômenos.

Para se tornar possível o conhecimento fragmentado houve a necessidade de se empregar a metáfora da máquina para todos os elementos da natureza. No processo judicial recorre-se a uma lógica peculiar e busca-se atingir uma verdade através de uma linguagem precisa. Pode-se afirmar que se quer atingir uma verdade convencional, partindo-se do pressuposto de que o Direito é um grande redutor de complexidade. Essa visão mecanicista torna difícil – ou praticamente impossível – a compreensão dos problemas ecológicos pelo operador do direito. Uma coisa é a

13 Ver ROSE, Steven. A perturbadora ascensão do determinismo neurogenético. *Ciência hoje*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 126, p. 18, 1997. Assim, tem-se uma Medicina que prevê moléstias mas que, ao mesmo tempo, discrimina os que têm a probabilidade de contraí-las. A Genética não pode afirmar que o sujeito vai desenvolver determinada doença, haja vista que os fatores ambientais e nutricionais são determinantes para que se possa contrair uma determinada patologia.

natureza outra é a imitação dela. A ciência estabelece mecanismos mas as tecnologias não se confundem com a complexidade das estruturas e dos fenômenos naturais. Em vez do paradigma newtoniano-cartesiano, o paradigma da complexidade. A cultura disciplinar traz à baila um conhecimento puro. A pureza é a marca de uma epistemologia que define *a priori* os seus objetos de estudo e seus campos de atuação.

3. A INTERDISCIPLINARIDADE

As questões ambientais são interdisciplinares ou transdisciplinares? São, indiscutivelmente, como veremos após, transdisciplinares, sendo que o homem e natureza estão integrados. Na década de 70, a preocupação, no Ocidente, com um Direito Ambiental, promoveu a reflexão a respeito da necessidade da existência de uma disciplina nova, e, bem mais tarde, de sua inserção na grade curricular dos cursos de Direito. Muito embora tenhamos sedimentado no Ocidente a separação dos sistemas, as ciências relacionam-se. Todas elas. Não há nenhuma ciência dissociada da outra. O Direito é uma ciência social e apresenta uma dimensão política. A interdisciplinaridade, como projeto pedagógico, apresenta o diálogo entre as diferentes disciplinas. Todas as ciências relacionam-se com todas. E mais: com todos os saberes que não são categorizados pelo saber científico. Na visão interdisciplinar cada área do conhecimento mantém a sua autonomia. Porém, a interdisciplinaridade pode ser um passo efetivo para a concretização de um diálogo real entre as diferentes disciplinas. E, ademais, surgem, cadeiras que apresentam — e são estudados nos cursos jurídicos, como a Criminologia, Bioética, Biodireito, etc. A matriz interdisciplinar é da essência dos estudos levados a termo pelos pós-modernos. A interdisciplinaridade, fundamentalmente, consiste no diálogo entre os diferentes sistemas e subsistemas. Ela trata das relações entre as variadas disciplinas. Como projeto pedagógico, a interdisciplinaridade pressupõe um trabalho conjunto entre os professores responsáveis pelas diferentes disciplinas, permitindo uma integração entre as diferentes matérias. A interdisciplinaridade requer uma prática efetiva. Almeja estabelecer conexões e os diálogos entre áreas que foram separadas indevidamente. Uma abordagem interdisciplinar não busca romper com a estrutura de poder que há na ciência, mas reconhecer o elo entre as diferentes disciplinas. São extremamente importantes as pontes entre as disciplinas, numa cultura em que se busca edificar muros, reconhecer distinções entre os diferentes saberes. A interdisciplinaridade cruza informações que, *a priori*, parecem antinômicas. Aproxima conhecimentos que julgam consolidar verdades absolutas. O trabalho profissional interdisciplinar encontra sérios obstáculos para sua real implementação¹⁴.

Para Nicolescu¹⁵,

A interdisciplinaridade tem uma ambição diferente daquela da pluridisciplinaridade. Ela diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina para outra. Podemos

14 VASCONCELOS, Eduardo Mourão. **Complexidade e pesquisa interdisciplinar**: epistemologia e metodologia operativa. Petrópolis: Vozes, 2000.

15 NICOLESCU, Basarab. **La Transdisciplinarité**, Paris: Rocher, 1996, p.02.

distinguir três graus de interdisciplinaridade: a) um grau de aplicação. Por exemplo, os métodos da física nuclear transferidos para a medicina levam ao aparecimento de novos tratamentos para o câncer; b) um grau epistemológico. Por exemplo, a transferência de métodos da lógica formal para o campo do direito. Por exemplo, a transferência dos métodos da lógica formal para o campo do direito produz análises interessantes na epistemologia do direito; c) um grau de geração de novas disciplinas. Por exemplo, a transferência dos métodos da matemática para o campo da física gerou a física matemática; os da física de partículas para a astrofísica, a cosmologia quântica; os da matemática para os fenômenos meteorológicos ou para os da bolsa, a teoria do caos; os da informática para a arte, arte informática. Como a pluridisciplinaridade, a interdisciplinaridade ultrapassa as disciplinas, mas sua finalidade também permanece inscrita na pesquisa disciplinar. Pelo seu terceiro grau, a interdisciplinaridade chega a contribuir para o big-bang disciplinar.

A interdisciplinaridade tem por objetivo mitigar a inflexibilidade da cultura disciplinar e almeja a integração das disciplinas, sem contudo desconsiderar a cultura científica disciplinar. A interdisciplinaridade busca a unidade do conhecimento. E unir o conhecimento racional e o conhecimento intuitivo. Contribuiu para desencadear uma grande teoria do conhecimento.

A interdisciplinaridade, assim, rompe com a visão disciplinar, com a cultura que separa os saberes para melhor compreender os fenômenos. E dá origem a novos saberes, promovendo, inclusive, uma reformulação das grades curriculares. A cadeira de Bioética, por exemplo, vem promover uma mudança importante na grade curricular de ensino. A Bioética apresenta uma matriz interdisciplinar. Contudo, verifica-se que tem por objetivo colocar a vida como uma questão central. Critica-se a visão biocêntrica, porque o importante não é colocar a vida como centro, haja vista que a vida tem múltiplas manifestações, muitas das quais até desconhecemos. No entanto, almeja-se superar a percepção judaico-cristã que vê o homem como razão da história.

É imprescindível que vejamos a interdisciplinaridade como pontes indispensáveis para a compreensão da vida. A cultura disciplinar, por seu turno, edificou muros. A interdisciplinaridade, de alguma forma, rompeu com as barreiras que impediam a comunicação entre os diferentes saberes. E novas disciplinas, resultantes da fusão de dois ou mais áreas, surgiram. Foi um passo importante e que contribuiu para a atual reflexão levada a cabo a respeito da necessidade de estabelecer um saber transdisciplinar.

A interdisciplinaridade permite o diálogo, pelo menos, entre as diferentes áreas do conhecimento. Pode ser um conhecimento útil para o magistrado para que possa ter uma noção mais clara das questões ambientais. As questões ambientais vêm o mundo como aldeia global e o universo como nossa casa. Com o advento da interdisciplinaridade, passa-se a reconhecer a conexão entre os saberes e de que um conhecimento puro não é possível. Há a necessidade de comunicação entre os diferentes saberes para que determinado problema possa ser compreendido.

4. A PLURIDISCIPLINARIDADE

A pluridisciplinariedade consiste no estudo de um tema, normalmente objeto de preocupação de uma única disciplina, por várias disciplinas. Não se vislumbra, contudo, na multidisciplinaridade, uma conexão verdadeira entre os diferentes discursos. Cada objeto de estudo é respeitado. Água e óleo não se misturam. Porém, um determinado objeto de estudo interessa a mais de uma área do conhecimento. A pluridisciplinaridade pode contribuir também para que ocorra a comunicação entre as diferentes disciplinas. A multidisciplinaridade trata de uma emergência. Há a necessidade de se compreender a vida. A Medicina Psicossomática avança a passos largos. A saúde é uma questão que é objeto de preocupação de todas as áreas do conhecimento. A pluridisciplinaridade apresenta numa determina disciplina enfoque de mais uma disciplina. Contribui, também, par a compreensão dos fenômenos humanos. Na verdade, a pluridisciplinaridade não vai de encontro à cultura disciplinar, ao contrário da transdisciplinaridade, porque vislumbra-se uma comunicação mais efetiva entre as disciplinas. Tanto na pluridisciplinaridade quanto na interdisciplinaridade não há a desconstrução da cultura disciplinar. O ajuntamento de disciplinas ou a invocação de outra disciplina estranha, dentro de determinado caso concreto, servem para a resolução de problemas que se apresentam cotidianamente. Já, como veremos a seguir, na transdisciplinaridade, o que se busca é uma ruptura do modelo epistemológico calcado na fragmentação dos saberes.

Numa abordagem multidisciplinar as disciplinas permanecem autônomas, contudo auxiliam a compreensão de um determinado fenômeno sob diferentes aspectos. A pluridisciplinaridade contribui para o desencadeamento de um pensamento complexo. Passamos a vislumbrar relações entre os fenômenos. A pluridisciplinaridade vê várias disciplinas justapostas. Elas são invocadas mas não significa que haja propriamente uma visão de unidade, uma percepção do holograma em cada elemento da natureza. Um mesmo fenômeno pode apresentar várias leituras, à luz de diferentes disciplinas.

O reconhecimento do Direito Ambiental como uma disciplina autônoma foi um passo muito importante para que a conscientização a respeito da questão ambiental. Ademais, a disciplina veio demonstrar a fragilidade do conhecimento jurídico que necessita dos demais saberes para que se possa efetivamente ter uma noção dos fenômenos jurídicos, que são substancialmente políticos e essencialmente sociais.

O recurso às demais disciplinas é a proposta da pluridisciplinaridade. E de que cada disciplina é um elemento importante para a composição do grande mosaico do conhecimento, muito embora tenhamos uma noção equivocada de as disciplinas sejam verdadeiros tijolos do muro do saber.

A ecologia jurídica surge como um setor do sistema do Direito preocupado com a questão ambiental. E o Direito, de maneira geral, requer uma leitura ecológica, porquanto se vislumbra no campo jurídico apenas uma formação dogmático-positivista, sem qualquer preocupação com a questão ambiental.

5. A TRANSDISCIPLINARIDADE

A transdisciplinaridade, antes de tudo, é um desafio que se lança à ciência. Não deixa de se constituir também respeito ao que se chama indevidamente de senso comum. Quem afirma que o conhecimento científico é superior aos demais? Quem pode assegurar que a ciência detém o monopólio da verdade? A compartimentalização do conhecimento científico teve por objetivo formar pequenos-grandes ditadores. A disciplinaridade é uma mordaca imposta pelo método para a descoberta da verdade. Que verdade é essa? Ademais, convencionou-se uma verdade formal, no processo civil, e uma verdade real no processo penal. Obviamente que não se trata de uma verdade verdadeira, mas, fundamentalmente, fruto da convenção. A interdisciplinaridade é louvável, especialmente no campo do Direito, em que cada profissional se considera dono do saber na sua seara. O estudo interdisciplinar, no campo jurídico, foi o responsável pelo surgimento de várias outras “disciplinas”, como a Bioética, o Biodireito. A transdisciplinaridade é, sobretudo, expressão da própria vida na sua multidimensionalidade, vale dizer, é a vida vista na sua integralidade. Todos os fenômenos são multidimensionais.

A cultura disciplinar tem por objetivo sedimentar a cultura dogmática, vale dizer, estabelecer um Direito normal, que tem por objetivo traçar um padrão de conduta a todos, indistintamente, sem respeitar as individualidades. Não há um ser igual ao outro sobre a face da terra. Todos os seres são diferentes. A transdisciplinaridade busca estabelecer mais do que pontes. Afirma que há uma unidade do conhecimento. Os orientais, e especialmente os taoístas, tinham uma visão de unidade da vida. Também os pré-socráticos a tinham, até Parmênides. A ciência é uma construção do Ocidente. A arquitetura tem as bases lançadas pela ciência política, responsável pelo estudo de um Estado divorciado do jugo de Deus. A divindade é substituída pelo Estado e, finalmente, pela ciência. Só tem respaldo da lei o conhecimento científico, que goza de credibilidade política e que a todos é imposto como verdade. O que a transdisciplinaridade quer é superar as relações de causalidade simples. Ir além do modelo disciplinar. Incorporar conceitos e princípios das demais áreas do conhecimento. Assim, a epistemologia ambiental é essencialmente transdisciplinar.

A questão ambiental, pelo viés da sustentabilidade, entra na discussão acadêmica, exigindo uma economia sustentável, um desenvolvimento sustentável, enfim, a adoção de políticas públicas que respeitem o meio ambiente. A sustentabilidade não é apenas uma proposta intelectual. Constitui, sobretudo, numa filosofia prática que coloca a questão ambiental em toda e qualquer discussão humana. O homem tem um compromisso com a natureza. A disciplinaridade criou uma ilusão de ótica de que é possível a solução dos problemas dentro de diferentes sistemas que permanecem incomunicáveis. A ciência construiu um mundo de fantasia.

A transdisciplinaridade rompe com o modelo tradicional de ciência. E apresenta uma visão de ecologia profunda, ao contrário da visão de ecologia rasa que tem preocupação com a preservação da natureza, como se ela fosse mais um bem ou um objeto passível de avaliação econômica.

A transdisciplinaridade não vê os setores, ignora os muros e apresenta uma visão de unidade da vida. O conhecimento não é puro. Precisa-se de sensibilidade e intuição. Os saberes estão integrados. As mentes intuitiva e racional contribuem igualmente para desvendar o mistério.

6. O DIREITO NOVO É O DIREITO SUSTENTÁVEL OU INTEGRAL

O Direito novo é um Direito centrado na sustentabilidade? De que trata o Direito? Da vida na sua magnitude, na sua riqueza. Dizer que o objeto de estudo do Direito é a norma é torná-lo uma excrescência. A norma só existe em função do fato social, do drama humano que busca regular, enfim, da sociedade. O Direito relaciona-se com todas as disciplinas. Deixar que apenas um juiz, com uma visão unidimensional do fenômeno jurídico, decida uma questão complexa, que deverá ser, sobretudo, num sistema de ensino disciplinar, submetida a um código binário, é uma medida que traz, sem dúvida, sérias conseqüências. Vale dizer, a decisão, além de não resolver o problema submetido ao Judiciário, traz outras questões correlatas. A justiça que demora para ser feita não é justiça.

A educação no Direito estimula o conflito. Não há uma educação para a paz, para a vida. Deve-se considerar todos os seres integrados, uns dentro dos outros. Devemos aprender com todos, com tudo, inclusive com os animais. A educação jurídica deve ser libertadora. Ou seja, a educação jurídica deve ser desescolarizada. Para isso precisa-se desescolarizar o Direito, a sociedade, a vida....

O Direito novo não deve se constituir em instrumento de amordaçamento das minorias. Deve estimular condutas positivas, construtivas e de contribuir para a comunicação entre os diferentes saberes. O Direito novo tem capacidade de dialogar com os demais saberes. E procura, sobretudo, a mediação para a gestão dos conflitos

O Direito Penal tem que passar necessariamente por uma grande reformulação. Quando ele trata do direito à vida, tem que ser a tutela da vida em toda sua expressão. Urge a inserção nele dos animais não-humanos. Por que o não proteger todos os animais, sejam eles humanos ou não?

O Direito Ambiental requer um Estado Ambiental, preocupado em estabelecer uma legislação que proteja a natureza e um sistema judiciário que priorize a questão ambiental. O Direito normal, fruto do velho direito romano, é patrimonialista, individualista e vê a natureza como uma coisa passível de apropriação.

Para Boaventura¹⁶ o que se necessita é de uma ecologia de saberes, que efetivamente vá de encontro à monocultura do saber e rigor científicos, como a primeira lógica de produção de ausência. Não se pode afirmar que haja uma ignorância que seja geral e nem um saber que dê conta de toda realidade. Por seu turno, a ecologia

16 Op.cit.

das temporalidades que busca questionar a lógica da monocultura do tempo linear. A ecologia dos reconhecimentos, como a terceira lógica da produção de ausências, traz a lógica da classificação social. Sempre que separamos hierarquizamos, vale dizer, distinguimos o bem do mal, o masculino do feminino etc. A ecologia da produtividade, por seu turno, quer a valorização os sistemas alternativos de produção e de uma economia solidária. Enfim, o que se almeja é o reconhecimento da cultura local e o respeito a todos os pensamentos.

Boaventura¹⁷ sustenta que em cada um dos seus domínios

o objectivo da sociologia das ausências é revelar a diversidade e multiplicidade das práticas sociais e credibilizar esse conjunto por contraposição à credibilidade exclusivista das práticas hegemônicas. A idéia de multiplicidade e de relações não destrutivas entre os agentes que a compõem é dada pelo conceito de ecologia: ecologia de saberes, ecologia de temporalidades, ecologia de reconhecimentos e ecologia de produções e distribuições sociais. Comum a todas essas ecologias é a idéia de que a realidade não pode ser reduzida ao que existe. Trata-se de uma versão ampla de realismo, que inclui as realidades ausentes por meio do silenciamento, da supressão e da marginalização, isto é, as realidades que são activamente produzidas como não existentes.

Tal visão de mundo vai de encontro ao senso comum dos cientistas e também, no campo do Direito, ao denominado senso comum teórico dos juristas.

Atentemos, mais uma vez, ao pensamento de Boaventura¹⁸, “*verbis*”:

Em conclusão, o exercício da sociologia das ausências é contrafactual e tem lugar através de uma confrontação com o senso comum científico tradicional. Para ser levado a cabo, exige imaginação sociológica. Distingo dois tipos de imaginação: a imaginação epistemológica e a imaginação democrática. A imaginação epistemológica permite diversificar os saberes, as perspectivas e as escalas de identificação, análise e avaliação das práticas. A imaginação democrática permite o reconhecimento de diferentes práticas e actores sociais. Tanto a imaginação epistemológica como a imaginação democrática têm uma dimensão reconstrutiva. A desconstrução assume cinco formas, correspondentes à crítica das cinco lógicas da razão metonímica, ou seja, dispensar, desresidualizar, desracializar, deslocalizar e desproduzir. A reconstrução é constituída pelas cinco ecologias acima referidas.

A epistemologia ambiental quer acabar com a visão maniqueísta e substituí-la por uma visão dialéctica. E a totalidade não consiste apenas na junção das partes. Mas na interação entre todos os elementos que dialogam permanentemente. E reconhecer que há distinção entre um gato e um relógio.¹⁹ O novo Direito está preocupado com uma justiça vital.²⁰

17 Ibidem.

18 Ibidem.

19 Ver FAGÜNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTr, 2003. O gato, uma vez separado em partes, não pode ser recomposto. O relógio pode ter suas peças separadas e após recomposto, sem afetar o seu funcionamento normal.

20 Ver FAGÜNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e taísmo: elementos para a compreensão do sistema jurídico á luz do Princípio Único Universal**. São Paulo: LTr, 2004. (prelo).

7. OS DESAFIOS: A IMPORTÂNCIA PARA LÓGICA DO TERCEIRO INCLUÍDO (NICOLESCU)

São muitos os desafios. E surgem a cada dia novos desafios, novas questões. É por isso que a ciência avança. A ciência somente progride diante das dificuldades. A crise é fundamental para que possa haver uma mudança de paradigma. A transdisciplinaridade, antes de ser uma proposta pedagógica, é um desafio que busca estabelecer um conhecimento que reconheça a conexão os saberes. O modelo pedagógico, calcado na cultura disciplinar, busca reproduzir verdades estabelecidas. A educação para a incerteza é fundamental. Vale dizer, temos que aprender com os erros, com os acertos e com as tentativas. É fundamental — e esse é o desafio maior — temos que aprender a dialogar. Aprende-se muito com os conflitos e dificuldades. O conhecimento não pode ser considerado algo posto, mas, fundamentalmente, trata-se de uma questão desafiadora. O conhecimento é sempre transitório. A ciência está em permanente construção. As verdades científicas estão sendo sempre questionadas – ou deveriam ser questionadas – porque este é o papel de uma filosofia da ciência comprometida com os interesses sociais. A modernidade ecológica, denominada por alguns autores como pós-modernidade, considera a natureza o centro ou ponto de partida para a construção do novo conhecimento. A ciência racional, que apresenta respostas prontas, não contribui para o crescimento pessoal nem coletivo da sociedade.

A ciência normal, respaldada num Direito normal, defende os interesses dos detentores do poder político e econômico. A ciência normal, como o Direito, quer controlar a vida. Traz valores absolutos e conhecimentos objetivos a respeito da vida.

A nova ciência, muito próxima da arte, nasce da crise. A violação ao meio ambiente desperta consciências e contribui uma nova realidade. O homem é a natureza. Respeitando-a, respeita a si próprio. Os animais devem ser respeitados, e sabe-se que os cereais integrais suprem as necessidades nutritivas do ser humano. Não há necessidade de se promover uma criminoso matança dos animais não-humanos para saciar a fome da população. As leguminosas proporcionam proteínas de qualidade superior. E sequer do ponto de vista econômico se justifica a atividade pecuária. Com ela não há um real aproveitamento do solo para produzir alimentos, sendo que o aproveitamento dos grãos para produzir carne não contribui em nada para a melhoria da nutrição de grande parte da população²¹. A parte nobre dos cereais – fibras, vitaminas e minerais – vai para o alimento dos animais destinados ao abate. Ademais, a própria Medicina reconhece que a carne vermelha, por exemplo, é a responsável pelo desencadeamento de doenças degenerativas e cárdio-vasculares. A nova ciência não quer dominar a natureza, mas respeitá-la. Tem consciência dos limites do conhecimento e de que a metodologia científica é apenas um caminho.

Há necessidade, assim, do próprio processo judicial fugir da lógica cartesiana e afastarmos, definitivamente, do campo do Direito as verdades sejam elas reais

21 Ver SINGER, Peter. Ética prática. Trad. Álvaro Augusto Fernandes. São Paulo : Gradiva, 1999

ou formais.

Precisamos de uma ciência holística, que tenha sensibilidade e que veja a natureza como uma totalidade, conforme Wandelli²².

É fundamental que se promova a inclusão, porque a nossa cultura, segundo Nicolescu²³ consagrou a lógica do terceiro excluído.

A lógica do terceiro incluído não aboli a lógica do terceiro excluído: ela apenas limita a sua área de validade. A lógica do terceiro excluído é certamente validada em situações relativamente simples, como, por exemplo, a circulação de veículos numa estrada: ninguém pensa em introduzir, numa estrada, um terceiro sentido em relação ao sentido permitido e ao proibido. Por outro lado, a lógica do terceiro excluído é nociva nos casos complexos, como, por exemplo, o campo social ou político. Ela age, nestes casos, como uma verdadeira lógica de exclusão: bem ou mal, direita ou esquerda, mulheres ou homens, ricos ou pobres, brancos ou negros. Seria revelador fazer uma análise da xenofobia, do racismo, do anti-semitismo ou do nacionalismo à luz da lógica do terceiro incluído.

Conforme Nicolescu²⁴, a tríade do terceiro incluído tem a capacidade de conciliar os opostos, ao contrário da dialética hegeliana em que os elementos sucedem-se no tempo. Para o autor²⁵,

sem uma metodologia a transdisciplinaridade seria uma proposta vazia. Os Níveis de Realidade, a Complexidade e a Lógica do Terceiro Incluído, definem a metodologia da transdisciplinaridade. Só se nos apoiarmos nesses três pilares metodológicos poderemos inventar os métodos e modelos transdisciplinares adequados a situações particulares e práticas.

A epistemologia ambiental traz o novo, promove uma mudança na visão objetiva estabelecida pela ciência e vê a vida na sua integridade.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disciplinaridade, instaurada pela ciência da modernidade foi um passo importante dado pela ciência, a fim de que os fenômenos pudessem ser apreendidos em compartimentos estanques. A multidisciplinaridade permite a abordagem, por várias disciplinas, de um mesmo tema. A interdisciplinaridade contribui para que se estabeleça o diálogo entre as diversas disciplinas. Busca a aproximação entre saberes antes considerados antinômicos. Na verdade, todos os saberes são complementares. A visão transdisciplinar propõe uma ruptura com a disciplinaridade, vale dizer, com a compartimentalização dos saberes. A transdisciplinaridade não quer se tornar o novo paradigma do pensamento científico, sendo que seu papel é de apontar a crise que vive

22 WANDELLI, Álvaro. Ciência holística, direito e misticismo. In: **A crise do conhecimento jurídico**. FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila, org. Brasília: Editora da OAB, 2004.

23 NICOLESCU, Basarab. **Um novo tipo de conhecimento – transdisciplinaridade**, 2003. Disponível em: http://www.cetrans.futuro.usp.br/encontros/catalisador/1encontro_.../c_basarab_novo_tipo_conhecimento.htm

24 Ibidem.

25 Ibidem.

o paradigma newtoniano-cartesiano. O diagnóstico de crise é fundamental para que se possa ir ao encontro de novos saberes. A ciência que não se questiona não pode ser denominada ciência. Por isso é fundamental o resgate de uma filosofia da ciência, de um conhecimento poético, um reencontro com a sensibilidade perdida pela sociedade mecanicista. Por derradeiro, e acompanhando Capra, pode-se afirmar que a há uma crise de percepção na humanidade. A natureza existe. Não se trata de um objeto muito menos de uma máquina. Nós estamos inseridos nela como ela está dentro de nós. A disciplinaridade traz um conhecimento anti-ecológico a respeito da vida. A cultura disciplinar trouxe uma série de empecilhos para a concretização das descobertas científicas. A epistemologia transdisciplinar é ecológica porque apresenta uma visão de unidade da vida. Enfim, o ser humano insere-se na natureza e passa a se ver como parte integrante da grande teia da vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAUÍ, Marilena. **Introdução da história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e holismo — introdução a uma visão jurídica de integridade**. São Paulo: LTr, 2000.

GRANET, Marcel. **O pensamento chinês**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEFF, Enrique. **A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do direito contemporâneo**. Brasília: Editora da OAB, 2004.

_____. A ética integral do profissional do direito. **Revista da OAB**, Santa Catarina, n. 92, p. 18-19, abr./ jun. 1999.

_____. **As raízes da violência**. Disponível na internet. Desde 10 abr. de 1999. Disponível em: <http://www.iaccess.com.br/Roney>

_____. **Direito e taoísmo: elementos para a compreensão do sistema jurídico à luz do princípio único universal**. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Direito e Sexualidade. In: SILVA, Reinaldo Pereira e, org. **Direitos de Família : Uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Epistemologia ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. MONDARDO, Dilsa, organizadores. **Ética holística aplicada ao direito**. 2ª. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

_____. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo : LTr, 2003.

_____. In: SILVA, Reinaldo Pereira e, org. **Holismo e a garantia dos direitos fundamentais. Os direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Holismo, direito e ética. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina**. Porto Alegre : Síntese, v. 1., p. 157, 1998.

MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Tradução Maria Gabriela de Bragança. Lisboa: Publicações Europa-América, 1982.

NICOLESCU, Basarab. **La Transdisciplinarité**, Paris: Rocher, 1996.

_____. **Um novo tipo de conhecimento – transdisciplinaridade**, 2003. Disponível em: http://www.cetrans.futuro.usp.br/encontros/catalisador/1encontro_.../c_basarab_novo_tipo_conhecimento.htm

PERELMAN, Chaim. Ética e direito. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROSE, Steven. A perturbadora ascensão do determinismo neurogenético. **Ciência hoje**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 126, p. 18, 1997.

ROUSSEAU, J.-J. O contrato social. In: **Oeuvres complètes**, tome III. Collection "Pléiade". Paris: Gallimard, 1757.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. (org.) **O conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre ciências revisitado**. São Paulo: Cortez, 2004.

SINGER, Peter. Ética prática. Trad. Álvaro Augusto Fernandes. São Paulo : Gradiva, 1999

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. **Complexidade e pesquisa interdisciplinar**: epistemologia e metodologia operativa. Petrópolis: Vozes, 2000.

VIEIRA, Waldo. **Homo sapiens reurbanisatus**. Foz de Iguaçu: CEAC, 2003.

WANDELLI, Álvaro. Ciência holística, direito e misticismo. In: **A crise do conhecimento jurídico**.

FAGÜNDEZ, Paulo Roney Ávila, org. Brasília: Editora da OAB, 2004.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A DECISÃO JUDICIAL E A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ronaldo Nunes Ferreira¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Análise Econômica do Direito – AeD; 3 Premissas da Análise Econômica do Direito – AeD; 3.1 O Postulado da Escolha Racional e a Estrutura de Incentivos; 4 A Ciência Econômica – Objeto, Método, Categorias; 4.1 Finalidade: Eficiência Alocativa; 4.2 Objeto e Método; 4.3 A Economia Poder Ser Útil ao Direito?; 4.4 Categorias Econômicas; 4.4.1 Custos de Transação; 4.4.2 Escassez; 4.4.3 Equilíbrio; 4.4.4 Eficiência; 4.5 Economia Comportamental: Aspectos Gerais; 4.5.1 Erros Previsíveis e Sistemáticos nas Decisões e Julgamento sob Risco e Incerteza; 4.5.2 Decisões e Julgamentos sob Risco e Incerteza; 4.5.3 Heurísticas e Vieses; 5 As Decisões Judiciais e os Efeitos de Segunda Ordem; 5.1 As Decisões Judiciais das Escolhas Trágicas; 6 A Apropriação das Leis e Instrumentos da AeD pela Administração Pública; 7 Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: Trata-se de uma abordagem teórica, mas de alcance prático, fundada na metodologia da Análise Econômica do Direito-AeD, voltada à interação entre a Ciência Jurídica e a Ciência Econômica, especialmente na aplicação dos métodos, postulados e ferramentas da Economia à Ciência do Direito. A decisão judicial e a atuação judicial da Administração Pública.

1. INTRODUÇÃO

A Análise Econômica do Direito (AeD) é uma escola ou movimento com proposta de aplicação de ferramentas, postulados e leis da Ciência Econômica, em especial da microeconomia e da economia comportamental, na ciência jurídica, com o objetivo de fazer diagnóstico e prognose do comportamento humano, a partir dos incentivos conferidos pelas normas jurídicas e decisões judiciais.

A utilidade em se apropriar dos argumentos e categorias econômicas em prol da ciência jurídica pode ser vista sob diversas perspectivas.

A aplicação mais trivial seria a apropriação do conceito de determinado instituto da Economia para solucionar uma questão jurídica, como exemplo entender o termo

¹ Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Católica do Salvador/BA, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Excelência (JUSPODIVM), Procurador do Estado da Bahia.

“mercado relevante”, “monopólio”, visando solucionar uma questão de concorrência ou antitruste.

Outra utilidade é a de se interpretar e aplicar o Direito adotando o argumento econômico e sua racionalidade para mensurar as consequências da decisão judicial ou do arranjo normativo a ser adotado. Decidir não somente com base na análise do conteúdo da norma, mas fazer um exercício de prognose para mensurar as consequências tal como se procede nas questões da Economia.

Também é possível a adoção dos diversos institutos e categorias da economia comportamental, campo da Ciência Economia, para diagnosticar e propor políticas de gestão do Poder Judiciário e racionalização dos processos. Exemplo é a teoria da perspectiva², a qual rendeu ao psicólogo Daniel Kahneman, o prêmio Nobel de economia em 2002. A descoberta pode ajudar a desenvolver mecanismos de racionalização do acesso ao Poder Judiciário ou definir critérios mais eficientes de inibição da litigância de má-fé e procrastinatória.

Numa primeira análise as Ciências da Economia e do Direito parecem inconciliáveis. No Direito se busca, a partir da crítica da legalidade e da interpretação da norma, o valor da justiça. A Economia parte da crítica dos custos e da escassez tendo como norte a eficiência e almeja ser científica. As categorias jurídicas são diversas em uma e outra. São categorias jurídicas do Direito: a norma como objeto, as classificações dicotômicas entre direito público e privado, civil e penal. A Economia estuda as categorias jurídicas da escassez, da maximização do bem-estar e o postulado da escolha racional, o equilíbrio e a lógica do uso de meios visando melhores resultados.

A aparente incomunicabilidade entre esses campos do saber é tratada pela doutrina de Bruno Salama. Por sua eloquência, merece destaque:

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.³

Apesar da diferença de método e objeto entre as disciplinas, a partir dos estudos de Ronald Coase, Richard Posner, Gary Becker, Aaron Director e Guido Calabresi, ganhou força a disciplina ou Escola de “Direito e Economia” ou “Análise Econômica do Direito – AED”. O movimento teve sua origem nos Estados Unidos e hoje atinge os países que adotam o *civil law*.

As ferramentas, leis e postulados econômicos têm ampla e irrestrita aplicação à seara do Direito, em especial à disciplina dos contratos, de responsabilidade civil, no

² Teoria que concluiu que as pessoas valorizam as perdas certas duas vezes mais que o ganho de igual valor. (Prospect Theory – Daniel Kahneman)

³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia. *Revista EALR*. v. 9, n. 3, p. 208-228, set-dez 2018, p. 208.

estudo do direito de propriedade, direito societário e empresarial, na análise econômica da tributação, da concorrência e até no campo do direito penal.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED

Conforme lecionam Ejan Mackaay e Stéfhane Rousseau (Rachel Sztajn, 2015, p. 8), a ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o Direito não é nova. Essa proposição remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke. Adam Smith, em 1776, na sua célebre obra “A riqueza das nações” tratou da relação entre as duas ciências e de estabelecer a importância da interdisciplinaridade no tratamento de suas leis.

Modernamente, a visão trazida pela AED tem sua contribuição a partir de 1937, quando Ronald Coase, um dos expoentes da Escola, inaugura modernamente esse movimento, tendo como epicentro os Estados Unidos da América. Na ocasião, publicou o artigo “The Nature of Firm”. Ainda incipiente, a AED ganhou força nas décadas seguintes com Richard Posner, Gary Becker, Aaron Director e Guido Calabresi.

Há um consenso de que quando se fala em Economia associa-se à ideia de dinheiro. O dinheiro não tem valor em si. É meio de facilitar trocas, intercambiar. Segundo Alexandre Versignassi⁴, o dinheiro serve para a manicure comprar pão sem necessariamente ter que fazer as unhas do padeiro. Também não se resume a Economia a tratar de juros, emprego e renda. Economia trata de preferências, de utilidades. A economia mensura consequências a partir da decisão (escolha) comportamental em um contexto de mercado. Daí ser chamada de ciência das escolhas ou da escassez.

São consideradas questões econômicas: Porque a taxa de juros no Brasil é alta? Qual a carga tributária ideal para se fazer justiça distributiva no país? No entanto, perguntar: Porque estupradores costumam atacar entre 5h da manhã e 8h30min da manhã ou à noite? Porque os advogados juntam cópia integral dos autos para instruir um agravo de instrumento quando a lei elenca algumas peças específicas? Quais as regras de licitação e do contrato poderiam gerar um alinhamento de vontades entre prestador e tomador de serviços, na relação contratual de terceirização? Essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e podem ser objeto de estudo da AED por economistas e cientistas sociais, incluindo juristas.

Assim, a Escola tem a proposta de ajudar a resolver problemas como: reduzir a ocorrência de estupro, compreender porque algumas leis são aceitas e cumpridas pela sociedade e outras não. Pode também auxiliar na concreção dos direitos fundamentais, que requerem decisões sobre recursos escassos e que sempre são decisões disjuntivas. A aplicação da metodologia econômica ao campo jurídico tem amplo escopo e pode ser útil a todas as áreas do Direito, do direito da responsabilidade civil até penal.

4 VERSIGNASSI, Alexandre. *Crash: uma breve história da economia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Harper Collins Brasil, 2019, p. 23.

A abordagem do Direito a partir de postulados econômicos divide-se em dois níveis, a saber:

- 1) análise dos efeitos das normas (**descritiva**), que se relaciona ao impacto das leis, decisões e regulamentos no comportamento dos indivíduos no que se refere às suas escolhas e comportamentos; e
- 2) abordagem normativa (**prescritiva**) em que se busca identificar os efeitos das normas e, fazendo juízo de valor, comparar estes efeitos com aqueles provenientes de outras possíveis normas, visando identificar qual seria a norma ou atuação jurídica mais eficiente comparativamente.

A análise descritiva aponta os efeitos, incentivos e resultados dos arranjos legais do ordenamento jurídico e tenta responder: Quais as consequências da aplicação dessa norma ou decisão? A abordagem prescritiva atua na perspectiva que enfatiza a comparação entre as normas e arranjos possíveis, e, fazendo **juízo de valor**, busca identificar melhores resultados possíveis, responder: Qual o melhor arranjo ou arquitetura do direito para esse caso concreto específico?

3. PREMISSAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED

3.1. O POSTULADO DA ESCOLHA RACIONAL E A ESTRUTURA DE INCENTIVOS

Racionalidade, para AED, é conceito técnico. Dizer que o agente econômico é racional significa que cada pessoa possui gostos específicos chamados de preferências.

Como destaca Ivo Gico Jr.⁵, essas preferências são consideradas completas, transitivas e estáveis. Ter preferências completas significa que não importam as escolhas disponíveis, os indivíduos serão sempre capazes de decidir. A transitividade significa que se o agente prefere A a B e B a C, então ele deve preferir A a C. É uma questão de coerência. Por fim, as preferências são consideradas estáveis para que a teoria tenha validade. A estabilidade das preferências impõe que se as pessoas mudam de comportamento é porque alguma coisa ao seu redor mudou e não suas preferências.

A escolha racional enuncia que o indivíduo se comporta na busca da maximização de sua satisfação e bem-estar, procurando aumentar sua utilidade e minimizar seu sofrimento/prejuízo. A racionalidade do agente econômico aperfeiçoa-se nas suas escolhas quando, munido de informações, decide entre um bem e outro, entre pagar um preço ou incorrer em um custo em prol de um valor ou utilidade. Nesse exercício de escolha, os valores são aferidos por vezes em aspectos de ordem material ou subjetiva, sempre numa relação custo-benefício.

Há uma racionalidade intrínseca que se espera do indivíduo quando se vê frente a uma escolha/decisão. Esse é o personagem principal da economia e do mercado livre.

5 GICO Jr., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 24.

A escassez, oposta à noção de abundância, é um fato econômico inexorável e essa contingência da vida gera diversos efeitos, positivos e negativos, na vida do homem enquanto inserido no mercado, em sentido amplo, e na sociedade. Se a escassez impõe escolhas, o ser humano, que possui uma intrínseca racionalidade, vai usar esta ferramenta em prol da melhoria de sua satisfação, de seu bem-estar.

Partindo da ideia de que os indivíduos são sensíveis a incentivos, a racionalidade humana caminha na direção de buscar melhorar sua condição ou evitar a piora do *status quo*. Assim, tende a se mover em busca de melhorias de sua condição de vida material, social, emocional e espiritual, sempre estimulado por incentivos e prêmios.

Essa constatação da racionalidade intrínseca conecta a Ciência Econômica e a Ciência Jurídica, uma vez que as normas jurídicas e as decisões judiciais funcionam como verdadeiros incentivos (preços implícitos) aos destinatários das normas, que diante das injunções legais exercem a racionalidade intrínseca em busca da melhor condição e vantagem, sempre vislumbrando a maximização de sua satisfação.

A arquitetura do Direito inexoravelmente induz ou inibe determinados tipos de comportamentos, que podem ser no sentido de aceitar e se conformar às normas ou negá-las e assumir subterfúgios.

4. A CIÊNCIA ECONÔMICA – OBJETO, MÉTODO, CATEGORIAS

4.1. FINALIDADE: EFICIÊNCIA ALOCATIVA

A ciência econômica tem como dilema e missão a alocação ótima de recursos, que são limitados, em prol da satisfação das necessidades ilimitadas das pessoas. É conhecida como a ciência da escassez.

Sabe-se que na vida o ser humano convive com a escassez dia a dia, o que demanda decisões e escolhas. A escassez é fato econômico inexorável e a economia tem a difícil e principal missão de alocar, da melhor maneira possível, os escassos recursos existentes em prol das necessidades crescentes do ser humano. É a busca da eficiência alocativa, que se traduz na maximização da satisfação frente ao menor custo possível.

Toda vez que se impõem decisões ou escolhas aos indivíduos, surgem condutas passíveis de análise econômica. Daí se dizer que a moderna economia abrange o estudo de toda forma de comportamento em contexto de tomada de decisões.

4.2. OBJETO E MÉTODO

A ciência econômica tem como objeto a atividade humana em um ambiente de mercado⁶ e se utiliza do método de investigação do comportamento humano, enquanto em interação e deliberação nesse espaço de mercado.

⁶ Espaço onde ocorrem negócios livremente, espontâneo, não sujeito a hierarquias e amarras. O sistema de preços é autorregulável.

Por conta dessa abordagem, a Economia alcançou considerável avanço no campo da deliberação humana e atua no estudo da teoria dos jogos, da *public choice*, nos fenômenos como “o efeito manada”, “a carona” e o “bastião” e outros.

4.3. A ECONOMIA PODER SER ÚTIL AO DIREITO?

E porque o Direito deve dialogar e se aproximar da Economia?

Luciano Benetti Timm⁷ sintetiza a resposta:

- 1) Porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento do ser humano em interação no mercado;
- 2) Porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos.
- 3) Porque a ciência econômica se preocupa com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender às necessidades ilimitadas.

Esse diálogo interdisciplinar se torna mais profícuo se levar em conta que as ciências sociais adquiriram, no último século, elevado grau de desenvolvimento no estudo do comportamento humano, ao contrário do Direito, que embora tenha a função de regular comportamentos, carente de estudos na área comportamental.

Algumas ferramentas conceituais podem ser apropriadas da Economia e se prestam a orientar as reflexões jurídicas e as decisões. Modelos e conceitos econômicos desenvolvidos são úteis para prever comportamentos e podem ser adotados pelo operador do Direito que decide, pelo gestor que escolhe a política pública e pelo legislador que cria a lei. É a busca da melhor interpretação e aplicação da norma jurídica pelo uso do “Argumento Econômico”.

4.4. CATEGORIAS ECONÔMICAS

4.4.1. Custos de transação

A crítica econômica se inicia pela análise dos custos. A frase popular “tudo tem seu custo” é verdadeira e aponta para o custo de oportunidade, que é o custo de “não fazer algo”. Se eu decidir comprar um automóvel, optei por não me utilizar de táxi ou de fazer uma assinatura anual de um veículo. Participar de um congresso traz o custo de diminuir a convivência familiar e social. Este custo se torna agudo nas decisões profissionais e deve ser levado em conta.

Os custos de transação são todos os custos que se incorrem o agente econômico nas trocas e nos acordos seja na pesquisa de informação, na celebração dos acordos, na fiscalização do cumprimento contratual. Cooter e Ulen⁸ definem custos

7 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 57.

8 COOTER, Robert e THOMAS, Ulen. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105.

de transação como custos das trocas ou comércio. Os autores orientam que uma transação comercial possui três elementos. O primeiro é localizar um parceiro comercial. Ou seja, isto requer achar alguém que queira comprar o que determinado indivíduo está vendendo ou vender o que este pretende comprar. No segundo momento, uma negociação tem de ser fechada entre os parceiros comerciais e poderá resultar na redação de um acordo. Por fim, depois de se ter alcançado uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida.

Abaixo apresentam-se algumas contingências relativa aos custos de transação:

Custos de transação mais baixos	Custos de transação mais elevados
Bem ou serviço padronizado	Bem ou serviço único
Direitos claros ou simples	Direitos incertos e complexos
Poucas partes	Muitas partes
Partes amistosas	Partes hostis
Partes que se conhecem	Partes que não se conhecem
Comportamento sensato	Comportamento insensato
Intercâmbio instantâneo	Intercâmbio retardado
Sem contingências	Contingências numerosas
Baixos custos de monitoramento	Altos custos de monitoramento
Penalidades baratas	Penalidades dispendiosas

Da análise se percebe a importância do comportamento humano para compor as transações e definir o grau de dificuldade do acerto, de modo que a organização da Economia e os arranjos legais do Direito devem coordenar as ações dos indivíduos para buscar reduzir os custos de transação e garantir uma situação ótima de negociação. Eis o papel do Direito de adotar cláusulas jurídico-persuasivas de modo a induzir o comportamento harmonioso e eficiente que se deseja.

A Análise Econômica do Direito tem essa ambição de facilitar a operação do livre-mercado e, a de “mimetizar o mercado” por meio da determinação, mediante a norma ou decisão judicial, do desfecho que seria mais provável caso as transações de mercado fossem viáveis. Trata-se de valorizar o papel funcional do Direito de diminuir os custos de transação, buscando arranjos jurídico-legais mais eficientes, maximizadores de bem-estar.

4.4.2. Escassez

Os indivíduos vivem em um mundo de recursos escassos. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem. Mas num mundo de recursos escassos os indivíduos precisam realizar escolhas.

4.4.3. Equilíbrio

O equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Uma lei, por exemplo, é o resultado que surge – é um ponto de equilíbrio, portanto – quando todos os agentes políticos estão maximizando seus interesses através do processo político. O ponto de equilíbrio é interessante à medida em que tem como característica ser uma posição sem desperdício, portanto, eficiente.

4.4.4. Eficiência

O termo “eficiência” tem diversas acepções. A eficiência aqui mencionada diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos e prejuízos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Trata-se da eficiência sob o critério do “ótimo de Pareto”⁹.

4.5. ECONOMIA COMPORTAMENTAL: ASPECTOS GERAIS

4.5.1. Erros previsíveis e sistemáticos nas decisões e julgamento sob risco e incerteza

A aferição do grau de racionalidade de uma escolha se dá no momento em que a decisão é tomada, entre as alternativas disponíveis, dada uma carga de informação e de conhecimento disponível ao agente. No entanto, o modelo da escolha racional tem uma variável chave, que é a informação. Essa variável possui duas faces, que são **o grau de ignorância** e a **natureza do viés informacional**.

Exatamente por conta dessa variável, a informação necessária/completa a gerar uma decisão racional, é que o modelo da escolha racional precisa ser entendido como uma aproximação da realidade, como um modelo teórico útil, que serve como ferramenta de análise comportamental, mas com limitações de ordem informacional.

Assim, é possível a constatação de escolhas aparentemente irracionais entre os indivíduos, no mercado de transações e que são explicadas pela forma, quantidade e qualidade das informações que o indivíduo possui, no momento da escolha, e ainda dependente da natureza dessa informação.

A par das limitações de escolha, Herbert Simon¹⁰ construiu sua crítica denominada “Racionalidade Limitada”.

Simon¹¹ pesquisou o comportamento e as decisões humanas e defendeu que o postulado da racionalidade intrínseca é irrealista como descrição das decisões humanas, uma vez que depende do tratamento da informação e quase sempre os seres

⁹ Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico.

¹⁰ SIMON, Herbert. APUD MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32-33.

¹¹ *Ibidem*, p. 35.

humanos não dispõem de informações em situações mais complexas, pela incapacidade de inventariar e tratar corretamente todas as opções disponíveis. Assinalou que a teoria da limitação racional também sugere que os seres humanos tendem a tratar com simplificação as situações que demandem escolhas e adotam sistemas e regras simplificados (psicologia heurística) diante de questões complexas e inéditas, que demandam escolhas mais sofisticadas.

A racionalidade está impregnada nas decisões e escolhas que fazemos a todo momento. No entanto, pesquisas demonstram que em determinadas situações como aquelas que envolvem incerteza e risco, o indivíduo não se comporta de maneira racional, como esperado. Os erros sistemáticos em que incorrem as pessoas, nas decisões complexas e arriscadas, foram objeto de pesquisa por psicólogos e cientistas sociais, entre eles os psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky e o economista Richard H. Thaler. É o campo da economia comportamental.

4.5.2. Decisões e julgamentos sob risco e incerteza

O conceito econômico de racionalidade do ser humano é um padrão teórico. Estudos comportamentais das últimas 4 décadas colocam em dúvida a ideia de racionalidade humana e apontam no sentido de que os indivíduos cometem erros previsíveis e sistemáticos¹².

Como ciência comportamental por excelência, a ciência econômica ganhou impulso especial na área do comportamento humano nas últimas décadas. São protagonistas deste avanço os psicólogos israelenses Daniel Kahneman e Amos Tversky, que em suas pesquisas na área da psicologia comportamental descobriram e mapearam o modo como pensamos e fazemos nossas escolhas e julgamentos. Os estudos de Kahneman, voltados ao modo de pensar e decidir, renderam ao autor o prêmio Nobel de Economia, em 2002. Também merece destaque as pesquisas do economista Richard H. Thaler na área comportamental, que mereceu o prêmio Nobel de economia em 2017.

Kahneman¹³ através de suas pesquisas no campo da psicologia comportamental, concluiu que o indivíduo pensa de dois modos: um rápido, que é intuitivo e automático, e outro modo devagar, que é reflexivo e consciente. Trata-se respectivamente do sistema 1 (automático) e do sistema 2 (reflexivo).

O sistema 1 opera sem esforço mental e é rápido e intuitivo, enquanto o sistema 2 age com atividades mentais profundas, incluindo cálculos complexos. Quando pensamos em nós mesmos estamos nos identificando com o sistema 2, que raciocina e tem crenças, faz escolhas e decide, mas é do sistema 1 intuitivo que se originam as sensações e impressões que são as fontes das crenças e escolhas deliberadas do sistema 2 reflexivo. O sistema impulsivo/intuitivo pode gerar padrões de ideias complexas, mas somente o sistema 2 mais lento pode construir pensamentos ordenados.

12 THALER, Richard H. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 16.

13 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

Algumas atividades automáticas exercidas pelo sistema 1 são: detectar se um objeto está mais distante que outro; detectar hostilidade ao ouvir uma voz; ler palavras em grandes cartazes; orientar em relação à fonte de um som repentino. As operações do sistema 2 reflexivo são diversificadas, geralmente exigem atenção e são interrompidas quando a atenção é desviada para outra atividade. Exemplo de atividade: Dizer a alguém seu número de telefone; concentrar-se na voz de uma determinada pessoa dentro de uma sala cheia e barulhenta; comparar dois equipamentos complexos e decidir qual tem o custo benefício eficiente.

Os autores Kahneman e Tversky¹⁴ concluíram que em geral decidimos e julgamos por regras gerais, em consequência da interação desses dois modos de pensar, o intuitivo e o reflexivo. E os pesquisadores identificaram três heurísticas, regras gerais de pensamento, e os vieses associados a cada uma dessas heurísticas.

A partir da descoberta e mapeamento dessas regras gerais de pensamento, foi possível entender que quando pensamos, decidimos e julgamos sob incerteza, especialmente em situações mais complexas e inéditas, os indivíduos cometem erros e falhas sistemáticos, induzidos por estas regras de heurística e vieses comportamentais.

4.5.3. Heurísticas e Vieses

Muitas decisões e julgamentos estão baseados em crenças relativas à probabilidade de eventos incertos, como a culpa de um réu ou a cotação futura do dólar. Normalmente as pessoas decidem com base em regras gerais do tipo “é provável que”; apoiando-se em um número limitado de princípios que reduzem as tarefas complexas de avaliar probabilidades e predizer valores ou associações. Essas são as heurísticas.

Daniel Kahneman e Amos Tversky publicaram em 1974 o artigo “Julgamento sob incerteza: Heurísticas e Vieses”¹⁵. O trabalho descreveu as três heurísticas que são empregadas no julgamento sob incerteza: a) A **representatividade**, que é empregada quando se pede às pessoas para julgar a probabilidade de que um objeto ou evento A pertença à classe ou processo B; b) **Disponibilidade** de ocorrências ou situações, que é muitas vezes empregada quando se pede às pessoas para estimar a frequência de um evento ou a plausibilidade de um acontecimento particular; c) **Ancoragem**, que é o ajuste a partir de uma âncora ou referência, e é normalmente empregada na previsão numérica quando um valor relevante encontra-se disponível. Essas três regras gerais (heurísticas) são muito utilizadas e eficazes, mas levam a erros sistemáticos e previsíveis no julgamento.

14 KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. Julgamento sob incerteza: heurísticas e vieses. In: KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p 524-539.

15 *Ibidem*.

5. AS DECISÕES JUDICIAIS E OS EFEITOS DE SEGUNDA ORDEM

As decisões judiciais possuem um efeito de segunda ordem que afeta a toda a sociedade. Gera precedente, sinaliza uma posição do Poder Judiciário, incentiva ou inibe a conciliação, caso a jurisprudência seja de entendimentos flexíveis. Afeta especialmente a segurança jurídica, que é artigo de primeira necessidade numa sociedade que gera riqueza e expectativas a partir de um contrato.

O Poder Judiciário cada vez mais tem sido chamado a ocupar uma posição de orientador de política pública e legislador. Isso se deve a alguns motivos, a saber: passa-se por tempos de políticas progressistas com ações afirmativas, de concreção de princípios constitucionais, de transformações no Direito com o neoconstitucionalismo e com a funcionalidade do direito civil.

5.1. DECISÕES JUDICIAIS DAS ESCOLHAS TRÁGICAS

Um campo fértil do Direito para a análise sob o prisma da AeD é o caso das escolhas trágicas das decisões judiciais de fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde.

Considerando que a decisão judicial faz escolhas sobre a vida dos outros e o Estado impõe a obediência, é preciso que esta “microjustiça” – seja eficiente à luz de suas consequências. Sob essa nova perspectiva, a AeD vai exigir, além da fundamentação da decisão judicial, a prova empírica de suas consequências.

Conforme observa Gustavo Amaral¹⁶, quando se trata da decisão judicial de fornecimento de remédios a um autor enfermo, a tendência é negar a escassez como fato inexorável e deferir. Tomada a decisão individualmente, não há situação em que não haja recursos disponíveis. Mas a escassez é realidade e as decisões deste tipo são alocativas e disjuntivas, no sentido de que a alocação de um valor na compra de medicamentos de alto custo implica na falta de outros remédios para tratamento de outras pessoas acometidas de outras doenças.

As decisões alocativas são de duas ordens: a primeira ordem é quanto disponibilizar? A segunda a quem atender.¹⁷ Assim, a ausência de critérios de alocação nas decisões judiciais, tais como devem ser nas políticas públicas (campo orçamentário e político-democrático), decisões judiciais sofrem da síndrome do paradoxo da suficiência da primeira ordem, sob a ilusória visão de que as decisões de primeira ordem não determinam escolhas trágicas. Trata-se de uma ótica equivocada, pois a escolha é disjuntiva e tem efeitos de negativa de vida. A situação deve ser vista sob a percepção de que a discussão gira em torno do direito à vida de um indivíduo face ao direito à vida de outros tantos pacientes e não uma lógica de direito à vida *versus* reserva do possível orçamento.

16 AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 80.

17 *Ibidem*, p. 81.

Os critérios alocativos para as decisões de políticas públicas baseiam-se em diversas variáveis, combinadas entre si. A discricionariedade é marca da decisão alocativa de recursos públicos, devendo ser submetido ao controle político, inclusive pela atuação da sociedade civil organizada. O Poder Legislativo e o Poder Executivo são os atores principais das decisões alocativas.

A contingência mais aguda que se observa na decisão alocativa de política pública de fornecimento de medicamento, é a escassez, oposta à noção de abundância. É um fato econômico inexorável e essa contingência da vida gera diversos efeitos, positivos e negativos, na vida do homem enquanto inserido no mercado, em sentido amplo, e na sociedade. Influencia a formação do sistema de preços das mercadorias e alerta para a necessidade de usos alternativos, amplia a pesquisa e o empreendedorismo em busca de substitutos para atingir a mesma utilidade ou suprir a vontade, impõe escolhas e usos alternativos.

Além da escassez, que impõe escolhas e gera conflitos, o campo médico guarda uma complexidade impossível de ser prevista exaustivamente na lei, mas tal fato não justifica a intromissão da decisão judicial numa seara de escolhas trágicas, sem a possibilidade de controle social.

Justiça distributiva implica adoção de critérios como a necessidade, merecimento e livre troca, diversos quando adotada a microjustiça da decisão judicial frente à macrojustiça da decisão de política pública.

Uma análise das decisões judiciais demonstra que na alocação de bens escassos, como os remédios, adota-se um critério misto de merecimento com o primeiro a chegar ou primeiro a obter a liminar. Trata-se de uma conduta alocativa falha e ineficiente, que pode gerar distorções e injustiças. Nesse sentido, Gustavo Amaral¹⁸ adverte que o conflito de critérios adotados na ótica da microjustiça e na macrojustiça pode gerar uma soma de escolhas que produz um resultado coletivo irracional ou ineficiente. Muito embora uma decisão judicial de escolha trágica decida pela vida, também elege aqueles que não terão acesso ao recurso.

6. A APROPRIAÇÃO DAS LEIS E INSTRUMENTOS DA AED PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como discutido anteriormente, o modelo da escolha racional tem uma variável chave, que é a informação. Dito de outra forma: a informação é uma condicionante de eficiência nas decisões e escolhas. Essa variável possui duas faces, que são **o grau de ignorância** e a **natureza do viés informacional**. Essas condicionantes vão definir o grau de absorção das informações.

A informação transformada em dados autonomiza e garante melhores decisões em contexto de deliberação e escolha. *Vide* a experiência do arranjo legal de mercado

18 AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 102.

de capitais, surgida nos Estados Unidos no início do século XX. As chamadas *Blue Sky Laws*¹⁹, o *Securities Act em 1933* e o *Securities and Exchanges, em 1934*, se tornaram a base das regulações contemporâneas do mercado de capitais, modelando uma estrutura fundada na transparência, visando a garantir que os investidores tenham toda a informação, tempestiva e ampla, para a tomada de decisões. São exemplos de que informação e transparência podem garantir autonomia e capacidade de decisão mais eficiente.

Além da informação como utilidade geradora de eficiência, outro valor que se obtém em se apropriar das ferramentas da economia, sob o prisma da AeD, é a ênfase nas consequências.

O gestor, o procurador de estado, o administrador público, orientadores de política pública, devem atentar a esses dois eixos de atuação – informação e ênfase nas consequências – como forma de buscar eficiência nas decisões e escolhas.

Em se tratando do contencioso judicial, uma gestão correta, abrangente e tempestiva de informações, com tratamento de dados, previne litígios e assegura melhores resultados em ações judiciais. A gestão da informação vai demandar infraestrutura de sistema informatizado, com velocidade e capacidade de armazenamento e transmissão, integrando órgão e unidades administrativas com a Procuradoria do Estado, com órgãos de gestão de arquivo de documentos, que em última instância se transformarão em subsídios ao juiz para decidir mais eficientemente.

No que respeita à análise das consequências, pode-se utilizar da abordagem **descritiva**, que se relaciona ao estudo do impacto das leis, decisões e regulamentos no comportamento dos indivíduos e a abordagem **prescritiva**, em que se busca identificar os efeitos das normas e, fazendo juízo de valor, comparar estes efeitos com aqueles provenientes de outras possíveis normas, visando identificar qual seria a norma ou atuação jurídica mais eficiente.

Criar fluxos e regras que estabeleçam procedimento de análise prévia das consequências e riscos das leis e atos normativos, de efeitos abstratos, não somente quanto à análise tradicional voltada a aspectos legais e constitucionais, mas estudos de risco e consequências, em um exercício de prognose, de curto, médio e longo prazo, antes que a norma *in abstracto* alcance o mundo dos fatos e surta seus efeitos. Tal postura de análise prévia mitiga ou evita efeitos negativos que resultam em judicialização.

Essa abordagem rasa vem reforçar a ideia de que o conhecimento interdisciplinar pode ser útil no enfrentamento das perplexidades que se apresentam à administração pública. A relação entre administração pública e concessionários e prestadores de serviços, relação entre advogados públicos e magistrados em juízo ou em contexto de conciliação, relação entre administração e administrados e sociedade como todo trazem ínsitas questões que demandam conhecimento em diversos campos do saber, como forma de decidir eficientemente.

19 MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, 619.

7. CONCLUSÃO

Não se trata esse trabalho de defesa da cooptação da ciência jurídica pela ciência econômica. As leis econômicas são inexoráveis, mas o desenho jurídico das instituições e regras contratuais são determinantes à eficiência das instituições e contratos.

Ronald Coase²⁰, um dos representantes mais proeminentes da AeD, em seu famoso artigo “The nature of firm”, demonstrou a supremacia da arquitetura jurídica sobre os institutos econômicos, como forma de garantir eficiência.

Como discorrido, a moderna economia abrange o estudo de toda forma de comportamento em contexto de tomada de decisões. Conquanto a ciência jurídica regule comportamentos, sofre da ausência de estudos no campo comportamental, o que explica a utilidade do diálogo entre essas ciências.

A informação, a análise consequencialista, estudos qualitativo e quantitativo de comportamento, em contexto de escolha e decisão, podem auxiliar a solução de grande parte dos problemas e perplexidades que se confrontam os operadores do Direito, juristas e gestores públicos.

Cabe ao Direito criar arquiteturas jurídicas visando diminuir custos de transação dos negócios jurídicos. O estudo do comportamento humano é tão necessário quanto se deseja diminuir custos de transação nos contratos públicos e privados firmados pela administração. A área da administração pública é campo fértil para esse mister, por conter contingências que oneram custos, a exemplo dos contratos de terceirização, com características de “contratos longos”, “Direitos incertos e complexos”, “Muitas partes”, “contingências numerosas”, “relação hostil”, “Intercâmbio retardado”, “Altos custos de monitoramento” e “penalidades dispendiosas”.

A informação como protagonista na busca da eficiência deve ser pensada quando do enfrentamento das questões judiciais. As decisões judiciais têm efeitos de segunda ordem, que causam insegurança jurídica e trazem custos de transação e oneram contratos. A completude de informações pode mitigar ou evitar prejuízos à Administração pública, além de garantir mais eficiência nas decisões judiciais. A gestão de informações é essencial numa firma, como é na Administração Pública, que congrega contratos de natureza privada e pública.

Destaque-se, por fim, a área da economia comportamental, que tem trazido novas teorias e tem sido agraciada pelo prêmio Nobel, nas duas últimas décadas, trouxe aspectos multidisciplinares de vanguarda, envolvendo psicologia, economia e sociologia. Tem ampla aplicação no campo das decisões judiciais, na orientação da política pública e outros usos. Estudos comportamentais têm ampla aplicação nas decisões de políticas públicas que envolvem a multidisciplinaridade.

20 COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 35.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- COOTER, Robert e THOMAS, Ulen. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 14. ed, São Paulo: Atlas, 2008.
- GICO Jr., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 1-32.
- KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. Julgamento sob incerteza: heurísticas e vieses. In: KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p 524-539.
- LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.
- MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia. **Revista EALR**. v. 9, n. 3, p. 208-228, set-dez 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.
- THALER, Richard H. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
- TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 55-68.
- TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.
- VERSIGNASSI, Alexandre. **Crash: uma breve história da economia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Harper Collins Brasil, 2019.
- WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil. Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

A INVESTIGAÇÃO PATRIMONIAL PRÉVIA COMO ESTRATÉGIA À LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR NA PROCURADORIA GERAL DO ESPÍRITO SANTO

Vanessa Moreira Silva Regly ¹

José Alexandre Belotti ²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Gestão Estratégica: Conceitos, Características e Impactos na Gestão Pública com nfase à Execução Fiscal; 3. A Tecnologia Aliada ao Tempo e à Gestão Estratégica: Reflexões Acerca da Relação Entre Tempo Útil, Necessário e Tempo Morto; 4. Estudo de Caso com Execuções Fiscais na Procuradoria Geral do Espírito Santo; 5. A Criação de uma Fase Pré Investigativa para Recuperação Fiscal 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O alto índice de congestionamento das execuções fiscais, aliado às dificuldades vivenciadas pelo Estado quanto à expropriação patrimonial na recuperação do crédito fiscal são problemáticas que merecem atenção. Considerando esta realidade, o presente Artigo pretende discutir os possíveis impactos gerados pela otimização do tempo na recuperação do crédito fiscal na Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, por meio da implementação de uma fase investigativa patrimonial prévia dos bens do devedor, que indicaria a existência – ou indícios – de bens aptos ao saneamento da dívida fiscal. Sendo assim, com este Artigo, discute-se, como proposta estratégica, a eficácia da implementação de uma investigação executável em uma fase anterior ao ajuizamento da Ação Fiscal com o propósito de otimização do tempo útil da execução fiscal, causando não somente um possível descongestionamento das execuções fiscais, mas também economia dos gastos públicos com a diminuição de processos em massa. Neste sentido, com base em dados coletados em pesquisa bibliográfica e, após o desenvolvimento de um estudo de caso com processos reais vivenciados na Procuradoria Fiscal da PGE/ES, o presente trabalho visa responder o seguinte questionamento “como a implementação de uma investigação patrimonial prévia pode auxiliar na otimização do tempo e na localização de bens do devedor do crédito fiscal nas Procuradorias Estaduais?” A resposta desta pergunta une conceitos de gestão estratégica com ferramentas tecnológicas capazes de acelerar o processo de localização patrimonial do devedor, resultantes da necessidade de diagnósticos concretos que possam contribuir para a

¹ Residente Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. Advogada, pós-graduanda em Direito Processual Civil e Direito Tributário.

² Orientador do Artigo Científico. Procurador-chefe Adjunto da Procuradoria Fiscal (PFI) da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.

formulação de políticas voltadas à recuperação do crédito fiscal. Portanto, pretende-se concluir que estudos como esse abrem caminhos para uma mudança no trâmite da execução fiscal, com a criação de novos mecanismos capazes de otimizar o trabalho do Estado, enfatizando a importância da execução fiscal para o saneamento da dívida pública, e da gerência do melhor tempo nas execuções fiscais, com o propósito primordial de fazer com que apenas as execuções fiscais viáveis cheguem ao Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

A morosidade e a crise da Justiça brasileira têm sido objeto de inúmeras tentativas de reforma nas últimas décadas, comumente baseadas na alteração das leis que regulam os procedimentos judiciais.³ Com a intensificação das pesquisas empíricas e práticas sobre o funcionamento da Justiça, este ponto de estudo assumiu um posto de destaque nas análises de tais fenômenos, visto que se tornou especialmente relevante compreender se a gestão e o funcionamento do Poder Judiciário contribuem para a intensificação desta morosidade.

Os dados do relatório “Justiça em Números” realizado em 2020 pelo CNJ evidenciam esta realidade, já que constataram que os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%.⁴ Este alto índice de congestionamento das execuções fiscais, aliado às dificuldades vivenciadas pelo Estado na expropriação patrimonial para a recuperação do crédito fiscal são problemáticas que merecem atenção e discussão.

De uma perspectiva mais ampla, estudos atuais desenvolvidos sobre este tema questionam se a gestão da coisa pública pelos órgãos do Estado, judiciais e não judiciais, da forma como tem sido realizada, tornou-se um fator determinante em relação à morosidade e aos conflitos de interesse e direitos na sociedade.

Se isto fosse verídico, as mudanças e tentativas de combate à morosidade e à crise precisariam migrar a atenção para o aprimoramento da organização, repensando o funcionamento das instituições, no redesenho da articulação entre as instituições públicas e não somente em reformas de normas e procedimentos. Apesar de inéditas e pouco discutidas, estas ideias convidam a uma reflexão imediata. Mais do que isto: merecem provocar mudanças.⁵

Deste modo, com base nestes apontamentos, bem como em face à necessidade de diagnósticos concretos que possam contribuir para a formulação de políticas voltadas à recuperação do crédito fiscal, com o objetivo de repensar a forma como se dá a recuperação patrimonial dos valores do Estado, este Artigo Científico justifica-se pela importância da discussão desta temática, com o intuito de promover ferramentas

3 CUNHA, Alexandre dos Santos. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União. Brasília: Ipea, 2013.

4 CNJ. Relatório Justiça em Números. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/download/33/3/>>. Acesso em 06 set. 2020.

5 CUNHA, Alexandre dos Santos. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União. Brasília: Ipea, 2013.

capazes de fomentar a efetivação da recuperação destes créditos e atender, efetivamente, os interesses da Máquina Pública.

Com a premissa de que, além dos fatores já citados, o transcorrer do tempo interfere, efetivamente, na recuperação fiscal, este Artigo abordará também a importância da utilização da tecnologia no processo executivo fiscal com o objetivo de aprimorar o tempo utilizado nos procedimentos executivos, pois “a duração temporal do processo está relacionada diretamente com sua efetividade, em vetores diretamente proporcionais – vale dizer, quanto mais célere for o processo, mais efetivo será”⁶

Deste modo, o presente Artigo visa unir conceitos de gestão estratégica e tecnologia visando acelerar o processo de localização patrimonial do devedor pela implementação de uma fase pré investigativa capaz de localizar os bens do devedor.

Possui uma metodologia baseada na análise exploratória que desenvolve um estudo de caso com processos reais da PGE/ES, selecionados por amostragem e de modo aleatório, com o objetivo de avaliar, dentre outros parâmetros, a importância do fator tempo na recuperação patrimonial do crédito fiscal, o sucesso das execuções fiscais da forma como estão sendo desenvolvidas e demais dados e taxas que possam corroborar com o objeto deste estudo.

Em um primeiro momento serão abordadas temáticas sobre a gestão estratégica na execução fiscal, partindo para o estudo da tecnologia aliada ao tempo, com reflexões acerca da relação entre tempo útil, necessário e tempo morto. Será, por fim, realizado um estudo de caso com execuções fiscais na Procuradoria Geral do Espírito Santo, discutindo-se e propondo-se, no último capítulo, a criação de uma fase pré investigativa para recuperação fiscal como solução plausível para acelerar e efetivar o processo de localização patrimonial do devedor.

2. GESTÃO ESTRATÉGICA: CONCEITOS, CARACTERÍSTICAS E IMPACTOS NA GESTÃO PÚBLICA COM ÊNFASE À EXECUÇÃO FISCAL

A gestão estratégica vem sendo destaque na agenda de várias organizações públicas em diversos países, tornando-se cada vez mais relevante na prática administrativa, tendo em vista o atual contexto das organizações públicas demandarem, cada vez mais, programas de qualidade mais adequados às necessidades dos Estados, visando a diminuição de custos e o crescimento dos resultados positivos em suas demandas.

A tendência de modernização das organizações públicas pode ser associada às pressões econômicas, sociais e ambientais que as forcem a se ajustarem quanto à transparência de suas ações e à geração de seus resultados junto aos usuários e cidadãos.

Nada obstante, por vezes, é latente a percepção do vácuo entre as demandas da sociedade e os resultados que as organizações públicas tem oferecido. Este desequilíbrio

⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União. Brasília: Ipea, 2013, p. 121.

se deve, quase sempre, a práticas de gestão inadequadas, cultura organizacional resistente a mudanças e adaptações e a comunicação institucional de baixa qualidade.⁷

Por outro lado, são muitos os modelos, ferramentas e metodologias que visam mitigar os problemas discutidos anteriormente. Grande parte desses mecanismos propõem formas robustas de planejamento e organização funcional, mas que, na maioria dos casos, deixam a desejar na implantação.⁸

Em que pese o imediatismo da geração de resultados e a grande resistência às mudanças das organizações, muitas metodologias vêm se desgastando no ambiente organizacional por demandarem um grande esforço inicial de elaboração e necessitarem de um grande período para isso.

A morosidade na entrega de resultados palpáveis leva, inevitavelmente, à descrença e ao abandono desses modelos, fazendo com que muitas organizações possuam bons planejamentos que nunca foram executados. Dado esse fato, pode-se propor um dilema: como simplificar os modelos de gestão e planejamento institucional considerando o alto nível de complexidade das organizações e os grandes desafios que elas enfrentam? Em verdade, o desenvolvimento desta competência sofre, a cada dia, transformações, e são gerados aprendizados que tornam vivo este conteúdo.⁹

Nada obstante, neste Artigo, apesar das muitas controvérsias, discute-se e defende-se a utilização da gestão estratégica com a junção de vários conceitos desta metodologia, justamente por estar associada a uma comunicação interna e externa que busca reunir as virtudes e os conhecimentos de quatro grandes abordagens de gestão: o Planejamento Estratégico Organizacional tradicional, o BPM – *Business Process Management* que se apresenta como uma solução que busca “a integração entre processos, pessoas, e tecnologia, utilizando os recursos disponíveis na organização para prover resultados objetivos aos seus clientes”¹⁰, a PMI – *Project Management Institute*, que gerencia ciclos do processo de desenvolvimento de resultados por meio de uma transparência ao processo, com definição clara das atividades, tarefas e prazos, e os responsáveis pela realização do projeto e a metodologia *Balanced Scorecard* (BSC) que se baseia na busca por melhores resultados nas organizações através do monitoramento contínuo das estratégias, buscando agregar maior valor ao negócio ao longo do tempo

Todas essas metodologias, utilizadas de forma isolada ou conjunta, buscam impactar o ambiente gerencial da organização por focar nos seguintes princípios: Transformação, comunicação, humanização, alinhamento e responsabilização, podendo ser

7 Ibidem, p. 15.

8 CNMP. Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público. 2011. Disponível em: http://portalantigo.mpba.mp.br/cge/publicacoes/planosestrategicos/Planejamento_Estrategico_Nacional_do_Ministerio_Publico_CNMP.pdf Acesso em 15 de fev. de 2020.

9 CORREA, Izabela M. Planejamento estratégico e gestão pública por resultados no processo de reforma administrativa do estado de Minas Gerais. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 41, n. 3, p. 487-504, maio/jun. 2007.

10 OLIVEIRA, Alessandro Marcus Afonso de; CARVALHO, Rodrigo Baroni de; JAMIL, George Leal e CARVALHO, Juliana Amaral Baroni. Avaliação de ferramentas de Business Process Management (BPMS) pela ótica da gestão do conhecimento. Perspect. Ciênc. inf. [online]. 2010, vol.15, n.1, p. 212.

extremamente positivas para o ambiente organizacional dos Estados, os quais poderão se beneficiar fortemente pela implementação destes conceitos.¹¹

A aplicabilidade destes conceitos por parte das organizações requer um eficaz gerenciamento estratégico que vise a otimização de seus processos essenciais e que promovam melhores resultados, por meio de inovações que desenvolvam programas de qualidade capazes de potencializar sua atuação.

Segundo a Coordenação do Programa Gestão Estratégica da Procuradoria-Geral do Estado, “a gestão estratégica se refere ao planejamento contínuo, monitoramento, análise e avaliação das necessidades da organização para cumprir as suas metas e objetivos com sucesso”.¹²

Neste sentido, pode-se afirmar que o planejamento estratégico é um dos mais importantes instrumentos de gestão utilizados pelas organizações atuais. através dele que o gestor estabelece os parâmetros que vão nortear uma organização durante um período no aspecto de direção, condução e controle de suas atividades, transformando a gestão em realidade.

A utilização de conceitos de gestão estratégica por parte dos Estados pode promover melhores resultados para as demandas estatais, por meio de acertadas práticas capazes de transformar a realidade dos processos, com a institucionalização da resolução de problemas de forma organizada, estratégica e específica.

Deste modo, pode-se afirmar que a aplicabilidade destes conceitos pode, claramente, se adequar à realidade das execuções fiscais nos Estados, pois é capaz de promover o aprimoramento do modelo de gestão das execuções fiscais com a implementação de iniciativas que possibilitem solucionar o congestionamento de ações relacionadas a dívidas fiscais ativas, permitindo, ainda, o alcance do efetivo acesso à justiça, já que a gestão estratégica permite a utilização de instrumentos de planejamento de forma coerente, adaptando-os à realidade de cada local, bem como às suas necessidades.

Para tanto, é necessário ter conhecimento sobre cada um dos elementos do planejamento e suas funções, assim como realizar o acompanhamento das mudanças que podem ocorrer no decurso do tempo, capazes de influenciar a prática do planejamento, lançando desafios e soluções até então imprevisíveis e desconhecidos.¹³

Desta forma, pode-se afirmar que um modelo de gestão robusto é capaz de promover uma nova forma de enxergar e dirigir uma determinada organização, com a realização de uma gestão estratégica que, em muitos casos, desenvolverá a escolha por mudanças acertadas, com a desacomodação das pessoas e com resultados positivos

11 FONTES FILHO, Joaquim R.; PICOLIN, Lidice M. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 42, n. 6, p. 1163-1188, 2008.

12 ASCOM/PGE. Portaria que institui a Gestão Estratégica na Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Disponível em: <http://www2.pge.ba.gov.br/portaria-institui-gestao-estrategica-na-procuradoria-geral-do-estado/>

13 ASCOM/PGE. Portaria que institui a Gestão Estratégica na Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Disponível em: <http://www2.pge.ba.gov.br/portaria-institui-gestao-estrategica-na-procuradoria-geral-do-estado/>

em curtos prazos, objetivando a transformação da forma de pensar das equipes e do processo de tomada de decisões da organização.

Importa salientar que, na gestão estratégica, a organização e as equipes devem restringir a atenção aos processos e às atividades, focando, sobretudo, em resultados, ou seja, caminhando para uma entrega de resultados que atendam aos anseios e expectativas dos beneficiários da organização com um foco em maior rentabilidade, menores custos e menor tempo de execução dos projetos.

A comunicação e a liderança também são peças fundamentais na transformação e na integração das pessoas que participam de projetos que envolvem a gestão estratégica. A liderança deve ser compreendida não como processo auxiliar da gestão, mas como um fator promotor da mudança, enquanto que a liderança deve ancorar uma alta gerência que administre os caminhos a serem trilhados, bem como as ansiedades, descrenças e conflitos, a fim de conduzir a organização ao futuro desejado.¹⁴

A humanização também faz parte dos conceitos básicos da gestão estratégica, tendo em vista propor o respeito pela equipe, por meio de um comportamento ético que promova prioridade ao princípio de vida da organização, uma vez que ser ético é também preocupar-se com a felicidade coletiva, gerando melhores resultados práticos e eficazes.

Por fim, o alinhamento é considerado uma das mais importantes premissas da gestão estratégica tendo em vista gerar equilíbrio no ambiente organizacional, tratando-se da coordenação de pessoas e partes interessadas, capacitando novos multiplicadores e definindo diretrizes que visem assegurar que o painel estratégico seja implantado e utilizado de forma consistente com responsabilização, a qual é entendida como uma forma coletiva de participação e apoio ao processo de gestão e aprendizagem, desenvolvida simultaneamente por todas as partes envolvidas.¹⁵

Deste modo, conhecidas as premissas do planejamento estratégico, pode-se afirmar que o objetivo deste modelo de gestão é avaliar as implicações futuras das decisões tomadas no presente, para que as decisões estratégicas sejam definidas com mais rapidez, segurança e eficácia gerem melhores resultados. Sistematizando-se o planejamento, reduz-se a incerteza que caracteriza qualquer processo decisório, aumentando as possibilidades de alcance dos objetivos, dos desafios e das metas estabelecidos pela organização.

Nas palavras de Correa:¹⁶

14 RODRIGUES, Claudio Alves. Governança para resultados: Estudo de caso em uma empresa pública de Tecnologia da Informação. Dissertação de Mestrado apresentado à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. 2015.

15 MEDEIROS, Anny Karine de; CRANTSCHANINOV, Tamara Ilinsky and SILVA, Fernanda Cristina da. Estudos sobre accountability no Brasil: meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de administração, administração pública, ciência política e ciências sociais. Rev. Adm. Pública [online]. 2013, vol.47, n.3.

16 CORREA, Izabela M. Planejamento estratégico e gestão pública por resultados no processo de reforma administrativa do estado de Minas Gerais. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 41, n. 3, p. 487-504, maio/jun. 2007, p. 13

Os projetos e programas de governo devem estar em consonância com o planejamento estratégico, bem como com os objetivos de governo, para que eles não venham a perder sua prioridade em detrimento de outras ações integradas ao planejamento estratégico, ou mesmo pelo fato de, apesar de gerar produtos satisfatórios, não gerar resultados eficientes.

Deste modo, o planejamento estratégico é a função que determina um meio sistemático para a melhor tomada de decisões por parte dos Estados, visando garantir o sucesso dos projetos em seu ambiente atual e futuro. Alinhar estes conceitos de planejamento com tecnologia e gestão de tempo, podem promover aos Estados a capacidade de antecipação de fatos futuros, o aumento da probabilidade de alcance dos objetivos, desafios e metas preestabelecidos e melhores resultados ante às complexidades da execução fiscal vivenciadas pelas Procuradorias do Estado no país.

3. A TECNOLOGIA ALIADA AO TEMPO E À GESTÃO ESTRATÉGICA: REFLEXÕES ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE TEMPO ÚTIL, NECESSÁRIO E TEMPO MORTO NA EXECUÇÃO FISCAL

De acordo com o Relatório final da pesquisa Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal da União realizado em 2011 pela Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest), pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apesar de não haver dados precisos sobre o tempo de duração dos processos judiciais no Brasil, há uma sensação generalizada de que a Justiça brasileira é lenta, por conta da grande morosidade processual no país.¹⁷

Por este motivo, o fator tempo torna-se essencial em estudos que pretendam criar diagnósticos relacionados à execução fiscal no país, sendo necessário discutir a respeito um binômio aqui denominado, de um lado, tempo útil e necessário, e de outro, tempo morto.

Importa salientar que o tempo total dos processos judiciais oculta três diferentes categorias: o tempo da relação jurídica processual (atos do juiz e das partes); o tempo das atividades administrativas que dão corpo aos atos processuais (a cargo, principalmente, dos serventuários); e os tempos de espera, que podem ser legítimos (em virtude dos tempos legais), mas que em geral decorrem de disfuncionalidade organizacional da Justiça (causas pendentes de julgamento, filas de expediente, pilhas de autos para cumprimento, entre outros).¹⁸

Ao passo que contribuem para o fluxo processual, estes diferentes tempos podem ser agrupados nas categorias tempos úteis ou tempos necessários. Neste sentido, alguns tempos se sobrepõem uns aos outros, o que antepara a simples

¹⁷ IPEA. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862>. Acesso em: 07 jul. 2020.

¹⁸ IPEA. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União. V.9. Brasília: 2013.

decomposição aritmética do tempo total e dificulta sobremaneira a contagem. Como exemplo, cita-se a juntada de uma petição que espera o cumprimento de um prazo previsto legalmente; ou a apresentação de nova petição por uma das partes enquanto se aguarda uma decisão

Por outro lado, a expressão ‘tempo morto’ do processo é muito difusa no âmbito processual, sendo empregada usualmente para designar o lapso temporal em que os autos não são submetidos a nenhuma espécie de ato processual, permanecendo em estado de inércia mesmo que a relação jurídico-processual possa estar ativa.¹⁹

Como exemplos de tempo morto, cita-se a espera dos autos no escaninho ou sobre a mesa do servidor ou do juiz aguardando despacho ou decisão; ou o tempo que o recurso permanece no tribunal aguardando distribuição e, depois disto, para relatoria e voto, entre outras diversas situações absolutamente comuns no dia a dia forense.

Outra classe de tempo merece atenção, a qual é denominada lapso temporal, considerada indispensável para a regular tramitação do processo, desde o início da propositura da demanda até a realização do último ato processual nos autos, uma vez que, ao longo do *iter procedimental*, o que se tem são prazos processuais ditados pela lei para que as partes realizem os atos que lhes cabem, bem como o tempo para que os servidores que atuam no processo desempenhem suas atividades e cumpram os atos processuais indispensáveis. Este tempo é útil e necessário para que o processo se desenvolva e possa alcançar um resultado justo e efetivo.

A ideia de tempo útil e necessário não significa tão somente o tempo legal – ou seja, aquele que decorre da lei e é imposto basicamente para as partes (exemplos: prazo para o executado pagar ou apresentar bens que segurem o juízo; prazos para apresentar os diversos recursos etc.) – mas engloba também a noção de lapso temporal, no qual, diferentemente do tempo legal, é efetivamente realizado ou cumprido um ato processual (exemplos: cumprimento de mandado de citação por oficial de justiça, redação de um despacho ou decisão etc.). Enfim, compreende os tempos relacionados com a mão de obra dos servidores empregada no processo.²⁰

Vê-se, portanto, que todo processo tem, obviamente, uma duração mínima indispensável, inerente ao desenvolvimento da relação processual e do exercício do direito de defesa, à qual é sempre acrescida uma duração temporal, que, ao contrário, não é dispensável ao regular desenvolvimento do feito e ainda acarreta sérios malefícios para as partes e também para todo o sistema de justiça.

Em outras palavras, na relação dialógica que se estabelece nesse binômio, o lapso temporal que excede aquele tempo útil e necessário para o desenvolvimento da relação processual e o exercício do contraditório é um tempo morto, que não contribui em nada para o bom desenvolvimento do feito.

Com foco na importância destes conceitos, compreendendo que quando o

19 IPEA. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União. V.9. Brasília: 2013.

20 Ibidem, p.267.

tempo morto é excessivamente superior ao razoável que se possa esperar e em quais fases ou atos a perda de tempo é maior.²¹

Especificamente no campo da execução fiscal, a duração excessiva do processo pode acarretar consequências indesejáveis para o próprio Estado, de forma direta – como a ocorrência da prescrição intercorrente, que atingirá o direito de crédito executado, a qual se revelou, aliás, um dado considerável, pois equivale a mais de um quarto do total de extinções das execuções fiscais da União – e de forma indireta, com custos mais elevados para a cobrança das dívidas ativas, uma vez que o sistema de justiça é “usado” por mais tempo.²²

Neste sentido, com base nestas informações, a tecnologia pode ser uma grande aliada no processo de diminuição deste tempo morto, pois pode promover ao processo judicial uma duração temporal mínima, que consista em uma forma de permitir que garantias processuais sejam exercidas por meio da junção de conceitos de Tecnologia da Informação capazes de acelerar procedimentos que demandam tempo, tais como busca por bens executáveis, sendo um meio capaz de garantir uma maior celeridade das tramitações judiciais.

A tecnologia, por meio do uso de softwares especializados e de ferramentas inovadoras próprias, pode permitir que o profissional responsável pela gestão possua seu tempo otimizado, com melhores resultados e grandes economias, em face ao gerenciamento mais veloz e completo que a tecnologia permite.

O crescimento da tecnologia no Brasil, dentro das instituições públicas, é regulamentada pela Política de Governança Digital, instituída no início do ano de 2016, possuindo os seguintes princípios e diretrizes: a) priorização e oferta de serviços públicos disponibilizados em meio digital para o maior número possível de dispositivos e plataformas; b) autosserviço como a forma prioritária de prestação de serviços públicos disponibilizados; c) disponibilização de dados em formato aberto, amplamente acessível e utilizável por pessoas e máquinas; d) garantia à segurança e à privacidade.²³

A inter-relação entre as atividades estatais administrativas ou judiciais e a tecnologia já vem demonstrado inúmeros resultados positivos, tais como a informatização do Judiciário, com a implementação do processo digital, o qual trouxe retornos significativos no que se refere à celeridade dos processos de Execução Fiscal, bem como a adoção de sistemas de gestão automatizados para procuradorias, os quais viabilizaram a aceleração dos processos de Execução Fiscal em muitos municípios brasileiros, tal como ocorrido na Prefeitura de Florianópolis (SC), que conseguiu, com o uso do sistema de gestão, reduzir o tempo médio de ajuizamento dos processos de Execução

21 Ibidem, p.270.

22 Ibidem, p.269.

23 BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Decreto n. 8.638, de 15 de janeiro de 2016. Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-018/2016/Decreto/D8638.htm>; Acesso em: 15 de jun. de 2020.

Fiscal, que normalmente era de 276 dias para 58 horas.²⁴

Deste modo, tendo em vista a tecnologia se alinhar às necessidades das organizações, observa-se que a criação e implementação de sistemas capazes de otimizar o tempo das execuções fiscais promoveu, não somente a aceleração das resoluções dos processos de execução fiscal, mas promove a economia no tempo dos profissionais, que passaram a realizar o ajuizamento em lote dos processos de Execução Fiscal.

Fatos como esses refletem os benefícios promovidos pela tecnologia, quando aliada às necessidades das Procuradorias Fiscais. Com ênfase à realidade vivenciada pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, este Artigo discute a respeito da corre-lação entre tecnologia e otimização de tempo especificamente na recuperação de bens na execução fiscal, com o objetivo de apresentar, por meio do desenvolvimento e criação de softwares específicos que reúnam informações de bancos de dados variados, a criação de um índice que promova a aceleração do processo de localização patrimonial do devedor pela implementação de uma fase pré-investigativa capaz de localizar os bens do devedor, fazendo com que apenas as execuções fiscais viáveis cheguem ao Poder Judiciário.

Para avaliar a realidade em que se passa o contexto deste Artigo, com o propósito de observar se a duração excessiva do processo na fase de busca de bens executáveis do devedor tem acarretar consequências indesejáveis para o próprio Estado, de forma direta – como a ocorrência da prescrição intercorrente, o próximo capítulo apresentará um estudo de caso com algumas execuções fiscais que refletem a realidade da PGE/ES, objetivando constatar se, de fato, a duração temporal do processo está relacionada diretamente com sua efetividade.

4. ESTUDO DE CASO COM EXECUÇÕES FISCAIS NA PROCURADORIA GERAL DO ESPÍRITO SANTO

A pesquisa de estudo de caso é uma modalidade de investigação científica amplamente utilizada em ciências sociais, possibilitando amplo e detalhado conhecimento do objeto tomado para estudo – neste caso, a avaliação de processos reais vivenciados na Procuradoria Fiscal executados na Procuradoria Geral do Espírito Santo, em face à necessidade de diagnósticos concretos que possam concluir ou não se a duração temporal do processo está relacionada diretamente com sua efetividade.

Para Martinelli,²⁵ o estudo de caso possui como característica a exploração e o aprofundamento dos dados obtidos, o que permite obtenção de uma visão ampla do objeto de pesquisa. Por proporcionar a obtenção de informações relevantes sobre o fenômeno em estudo, revela uma potencial contribuição para a realização de medidas de natureza prática e política.

²⁴ INSAJ. Como a tecnologia pode acelerar os processos de Execução Fiscal? Disponível em <https://insaj.jusbrasil.com.br/artigos/469082679/como-a-tecnologia-pode-acelerar-os-processos-de-execucao-fiscal> Acesso em: 15 de jun. de 2020.

²⁵ MARTINELLI, Maria Lúcia. Pesquisa qualitativa: um instigante desafio. São Paulo: Veras, 1999.

Segundo Gil,²⁶ estudo de caso é atualmente considerado como um delineamento bastante adequado para a investigação de um fenômeno contemporâneo em seu contexto real, onde os limites entre o fenômeno e o contexto não são claramente percebidos, constituindo-se um método científico útil para descrever e explicar a vida social. Já, para Diniz, “[...] o estudo de caso é usado quando se deseja analisar situações concretas”.²⁷

Gil²⁸ pontua, ainda, que o Estudo de Caso pode ser desenvolvido tanto em estudos exploratórios como em descritivos. Em relação ao presente estudo, será de característica exploratória e englobará um caso, por meio de amostragem.

Deste modo, foram selecionadas 10 (dez) execuções fiscais ocorridas na Procuradoria Fiscal da PGE/ES para serem avaliadas com especial ênfase à busca de bens executáveis, promovendo-se uma análise factual quanto aos seguintes fatores: a) tempo de duração e valor do crédito; b) encontro de bens executáveis; c) efetiva penhora de bens; d) recuperação do crédito fiscal ou e) ocorrência de prescrição intercorrente sem saneamento do crédito fiscal – enfatizando em que época este crédito foi prescrito.

Esta análise poderá promover uma melhor compreensão quanto ao tempo útil, tempo morto e sobre a eficácia dos procedimentos tradicionais utilizados, discutindo-se, ao final, as possíveis consequências de uma interligação entre processos tecnológicos úteis para a melhora da satisfação do crédito estatal.

Para uma visualização didática mais completa, os dados obtidos e coletados serão apresentados por meio de tabelas que demonstram não somente as informações coletadas, mas a realidade destas execuções selecionadas.

Tabela 1 – Processos selecionados para pesquisa por amostragem

Número do Processo e valor do crédito fiscal	Duração do processo	Tempo transcorrido desde a determinação de busca de bens penhoráveis	Ocorrência de penhora de bens	Recuperação do crédito fiscal	Ocorrência de prescrição intercorrente
0 8 0 2 2 4 3 - 76.2001.8.08.0024	19 anos	17 anos	Não houve	Não houve	Sim
0 0 0 0 7 7 7 - 56.2005.8.08.0019	15 anos	13 anos	Não houve	Não houve	Sim
0 0 0 0 1 3 1 - 33.1992.8.08.0009	28 anos	20 anos	Não houve	Não houve	Sim

26 GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

27 DINIZ, Tânia Maria Ramos Godói. O estudo de caso: suas implicações metodológicas na pesquisa em serviço social. In: MARTINELLI, Maria Lúcia (Org.). Pesquisa qualitativa: um instigante desafio. São Paulo: Veras, 1999. (Série Núcleo de Pesquisa, n1). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec-6f888b383f6c3de40c32167.pdf> Acesso em 06 jun. 2020.

28 GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

0 0 1 8 8 5 5 - 44.2009.8.08.0024	11 anos	09 anos	Não houve	Não houve	Sim
0 0 2 3 9 8 5 - 54.2005.8.08.0024	15 anos	11 anos	Não houve	Não houve	Sim
0 0 4 5 7 4 1 - 37.2000.8.08.0011	20 anos	19 anos	Não houve	Não houve	Não
0 0 1 5 8 6 4 - 32.2008.8.08.0024	12 anos	12 anos	Sim	Não houve	Não
0 0 3 5 1 2 6 - 94.2010.8.08.0024	10 anos	10 anos	Não houve	Não houve	Não
0 0 2 3 6 7 7 - 71.2012.8.08.0024	08 anos	08 anos	Não houve	Não houve	Sim
0 0 3 1 7 5 2 - 41.2008.8.08.0024	12 anos	12 anos	Não houve	Não houve	Sim

Fonte: (Autora, 2020).

Deste modo, constata-se que, dos 10 (dez) casos selecionados de maneira aleatória no sistema PGE.net da PGE/ES, foi possível constatar que somente 01 (um) processo obteve resultado positivo quanto à efetividade da penhora de bens, tendo havido, em contrapartida, um número alto de prescrições intercorrentes, já que 07 (sete) das execuções foram prescritas, sem que tenham sequer encontrado bens penhoráveis.

Dos processos selecionados para este estudo de caso, constata-se que, de forma unânime, o tempo transcorrido desde a determinação de busca de bens penhoráveis foi superior a 8 (oito) anos, com prazos exorbitantes que superam 20 (vinte) anos transcorridos entre a determinação de busca de bens penhoráveis e o resultado das buscas e/ou determinação da prescrição intercorrente.

Também é importante salientar que, dos dados coletados, 8 (oito) dos processos deste estudo não obtiveram êxito na busca de bens penhoráveis, contribuindo para a morosidade dos processos e gerando altos gastos, já que todos estes obtiveram sentença de prescrição intercorrente decretada.

Observa-se, de forma prática, a identificação da fase processual em que há maior dispêndio de tempo inútil, qual seja, a busca por bens executáveis. Esta amostragem reflete uma realidade prática de uma grande maioria de processos judiciais vivenciados na Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Neste sentido, estes números refletem, mesmo que de forma singela, a realidade vivenciada não somente pela PGE/ES, mas por inúmeras Procuradorias do Estado no Brasil, tendo em vista constatarem que a busca por bens executáveis demanda um tempo exaustivo no processo judicial, no qual, por vezes, por inúmeros motivos, permanecem em tempo morto como resultado da incapacidade do Poder Judiciário de investigar bens penhoráveis aliada à grande demanda de execuções fiscais no país.

Objetivando promover avanços neste sentido, discute-se neste Artigo a criação de uma fase pré processual na execução fiscal, por meio da qual permita-se a implementação de uma investigação patrimonial prévia capaz de auxiliar e otimização o tempo na localização de bens do devedor do crédito fiscal nas Procuradorias Estaduais, conforme será abordado no próximo subcapítulo.

5. A CRIAÇÃO DE UMA FASE PRÉ INVESTIGATIVA PARA RECUPERAÇÃO FISCAL

O relatório de pesquisa Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal, elaborado pelo Ipea, indica, entre outras importantes conclusões, que a ação de execução fiscal no Brasil (ao menos na Justiça Federal), em regra, não completa o trajeto que lhe é previsto por lei. A frequência dos atos realizados neste procedimento é geralmente menor que um inteiro.²⁹

Ou seja, muitos atos que, segundo a lei (vale dizer, a Lei de Execuções Fiscais – LEF, e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil – CPC), compõem o seu procedimento, simplesmente não se realizam: a) o devedor é encontrado e citado em pouco mais da metade dos casos (56,5%); b) os mandados de penhora são cumpridos somente em 22,4% dos casos; e c) os leilões são raros e em apenas 0,2% dos casos satisfazem a obrigação.³⁰

Com estes dados, que refletem os dados coletados na amostragem deste trabalho, pode-se afirmar que as causas desse fenômeno, segundo juízes e servidores entrevistados na pesquisa do IPEA, não são novidade: a não localização do devedor e, em menor grau, a não localização dos bens do devedor.

As informações de que dispõe a Fazenda Nacional para a cobrança de seus créditos não são fiéis. O endereço do devedor não é o local em que o devedor pode ser encontrado. O fato é que, ao contrair o débito fiscal, o contribuinte forneceu um endereço incorreto ou hoje não mais válido e que a Fazenda Nacional não dispõe ou não tem acesso aos dados corretos ou atuais.

É bem possível que estas formas estejam ultrapassadas e seja preciso aprimorá-las tecnicamente ou variar os seus tipos. Entretanto, o problema aqui, segundo as justificativas dadas nas entrevistas, não é de forma processual, mas de qualidade da informação disponível pelo credor. Independentemente de sua forma, faltaria o local em que a citação seria realizada, uma vez que a Fazenda não dispõe de informações suficientes sobre o devedor.³¹

Neste sentido, os dados da pesquisa do Ipea revelaram que um dos elementos-chave para os resultados do processo de execução fiscal é a eficácia do procedimento administrativo de inscrição do débito, estando condicionado a duas

²⁹ IPEA. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862>. Acesso em: 07 jul. 2020.

³⁰ Ibidem, p. 32.

³¹ Ibidem, p. 33.

verificações que o credor deve realizar neste momento da inscrição do débito: a acuidade dos dados referentes à localização do devedor e de seus bens; e uma análise da qualidade do crédito exequendo.

Segundo esta mesma pesquisa, a localização do devedor e de seus bens é feita, algumas vezes, com a busca em sistemas de informação compartilhados com outros órgãos, como departamentos de trânsito e tribunais regionais eleitorais. Porém, na maioria dos casos, entretanto, ela se dá através de demoradas expedições de ofícios a estes órgãos ou de incansáveis diligências frustradas de oficiais de justiça aos supostos endereços fornecidos.

Neste cenário, portanto, a criação de uma fase pré investigativa na recuperação judicial seria uma estratégia que não somente aliaria conceitos de gestão estratégica com ferramentas tecnológicas capazes de acelerar o processo de localização patrimonial, mas, sobretudo abre caminhos para uma mudança no trâmite da execução fiscal, com a criação de novos mecanismos capazes de otimizar o trabalho do Estado, com o propósito de gerir melhor o tempo e otimizar as execuções fiscais para que somente as viáveis cheguem ao Poder Judiciário.

A implementação de uma fase investigativa pré processual poderia minimizar os efeitos do congestionamento judiciário nas execuções fiscais, já que poderia promover o exame da qualidade e solvabilidade do crédito antes da sua judicialização. A partir desta classificação prévia será possível decidir qual o melhor destino a se dar ao crédito – e muitas vezes este não será a cobrança judicial.

Nesta fase, uma vez localizado o devedor e sendo exequível o crédito, os dados indicariam, previamente, a viabilidade da execução, demonstrando, por exemplo se o devedor costuma apostar nos mecanismos existentes de incentivo ao pagamento, como os frequentes programas de parcelamento, que, ao contrário do que se imaginava, obtém taxas relevantes de sucesso, ou se aposta na morosidade e no insucesso da cobrança e permanecer inerte ao longo do processo, sem sequer constituir defesa, apresentar exceções ou embargos e aguardar que sobrevenha a prescrição.

Parece fundamental, portanto, que alternativas como a aqui proposta sejam discutidas e consideradas, especialmente por se propor a aprimorar os mecanismos de busca do Estado, promovendo possíveis diminuições de custos e melhora nos resultados da execução fiscal, com a utilização de ferramentas tecnológicas que auxiliem o processo de forma efetiva.

6. CONCLUSÃO

Compreendendo que o alto índice de congestionamento das execuções fiscais é resultante de, dentre outros fatores, dificuldades vivenciadas pelo Estado na expropriação patrimonial dos bens do executado, em face às constantes dificuldades vivenciadas pelo Exequente na tentativa de recuperação fiscal, especialmente no que se refere ao encontro de bens penhoráveis ao longo do decurso processual, por meio

deste Artigo pretendeu-se fomentar uma reflexão sobre a relação temporal existente entre o desenvolvimento do processo de execução fiscal médio na busca por bens e pela efetiva recuperação patrimonial do crédito público pela expropriação.

Não somente foram abordados os temas propostos, mas, ainda se discutiu, de forma prática, a identificação da fase processual em que há maior dispêndio de tempo inútil, qual seja, a busca por bens executáveis.

Para auxiliar neste processo de aprimoramento da execução fiscal, o Artigo abordou o planejamento estratégico, como uma ferramenta gerencial já utilizada com sucesso por organizações públicas e privadas no Brasil e em outros países, mostrando-se eficaz na reorganização das prioridades, no gerenciamento de propósitos e na busca por melhores resultados nas organizações por adaptar-se naturalmente às características distintas de todo tipo de demanda.

Trata-se de um processo dinâmico que pode trazer resultados eficazes para a atuação das gestões fiscais do país, com ênfase aos processos de execução fiscal, pois promove caminhos em que o Estado poderá trilhar a partir de um comportamento proativo que considera uma análise mais completa e detalhada de seu ambiente, em consonância com a sua razão de existir, a fim de construir o seu futuro desejado e consolidar os resultados aguardados.

Discutiu-se aqui a respeito das vantagens de se aliar conceitos de gestão estratégica com conceitos de tecnologia, com foco na otimização do tempo nas execuções fiscais e na utilização de ferramentas tecnológicas que podem melhorar esta realidade, tendo sido este tema central da discussão deste Artigo Científico.

Foi ainda proposta uma possível alternativa para esta problemática, qual seja, a implementação de uma fase investigativa patrimonial prévia dos bens do devedor, a qual permita ao Estado avaliar as execuções fiscais de acordo com a efetiva viabilidade da recuperação, por meio de dados coletados por softwares de gestão e informações preliminares capazes de indicar a existência ou, tão somente, indícios de bens do devedor aptos ao saneamento da dívida fiscal.

Por meio da análise dos dados aqui coletados, conclui-se que otimizar o tempo das execuções fiscais pode promover, não somente a aceleração das resoluções dos processos de execução fiscal, mas a economia no tempo dos profissionais, que realizam o ajuizamento em lote dos processos de Execução Fiscal.

O propósito deste Artigo foi, por meio de análises teóricas e práticas, instigar interessados para um exercício de diálogo acadêmico sobre a execução fiscal e seus métodos tradicionais, objetivando promover novos modelos de recuperação e expropriação patrimonial interdisciplinarmente, unindo conceitos de gestão estratégica, tecnologia, direito tributário e financeiro, direito processual e administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCOM/PGE. **Portaria que institui a Gestão Estratégica na Procuradoria Geral do Estado da Bahia**. Disponível em: <<http://www2.pge.ba.gov.br/portaria-institui-gestao-estrategica-na-procuradoria-geral-do-estado/>>. Acesso em 20 ago. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Decreto n. 8.638, de 15 de janeiro de 2016. **Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-018/2016/Decreto/D8638.htm>; Acesso em: 15 de abril de 2020.

CNJ. **Relatório Justiça em Números**. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf> Acesso em 06 jun. 2020.

CNMP. **Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público**. 2011. Disponível em: http://portalantigo.mpba.mp.br/cge/publicacoes/planoestrategicos/Planejamento_Estrategico_Nacional_do_Ministerio_Publico_CNMP.pdf Acesso em 15 de fev. de 2020.

CORREA, Izabela M. **Planejamento estratégico e gestão pública por resultados no processo de reforma administrativa do estado de Minas Gerais**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 41, n. 3, p. 487-504, maio/jun. 2007.

CUNHA, Alexandre dos Santos. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União**. Brasília: Ipea, 2013.

DINIZ, Tânia Maria Ramos Godói. **O estudo de caso: suas implicações metodológicas na pesquisa em serviço social**. In: MARTINELLI, Maria Lúcia (Org.). **Pesquisa qualitativa: um instigante desafio**. São Paulo: Veras, 1999. (Série Núcleo de Pesquisa, n1). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf> Acesso em 06 fev. 2020.

FONTES FILHO, Joaquim R.; PICOLIN, Lidice M. **Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 42, n. 6, p. 1163-1188, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

INSAJ. **Como a tecnologia pode acelerar os processos de Execução Fiscal?** Disponível em <https://insaj.jusbrasil.com.br/artigos/469082679/como-a-tecnologia-pode-acelerar-os-processos-de-execucao-fiscal> Acesso em: 15 de abril de 2020.

IPEA. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. **Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União**. V. 9. Brasília: 2013.

MARTINELLI, Maria Lúcia. **Pesquisa qualitativa: um instigante desafio**. São Paulo: Veras, 1999.

MEDEIROS, Anny Karine de; CRANTSCHANINOV, Tamara Ilinsky and SILVA, Fernanda Cristina da. **Estudos sobre accountability no Brasil: meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de administração, administração pública, ciência política e ciências sociais**. Rev. Adm. Pública [online]. 2013, vol.47, n.3.

OLIVEIRA, Alessandro Marcus Afonso de; CARVALHO, Rodrigo Baroni de; JAMIL, George Leal e CARVALHO, Juliana Amaral Baroni. **Avaliação de ferramentas de Business Process Management (BPMS) pela ótica da gestão do conhecimento**. Perspect. Ciênc. inf. [online]. 2010, vol.15, n.1.

PMI. **Um guia do conhecimento em Gestao de Projetos (Guia PMBOK)**. 5 ed. EUA: Project Management Institute, 2013.

RODRIGUES, Claudio Alves. **Governança para resultados: Estudo de caso em uma empresa pública de Tecnologia da Informação**. Dissertação de Mestrado apresentado à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. 2015.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Weber Luiz de Oliveira¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; 2.1 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) *versus* Incidente de Assunção de Competência (IAC); 3 IRDR no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; 3.1 Regulamentação no Regimento Interno do TJSC; 3.2 IRDRs instaurados: contextualização; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O artigo trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sua disciplina no Código de Processo Civil e regulamentação e aplicabilidade no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. São expostas as diferenças entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competências. Após apresentar particularidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, são analisados, panoramicamente e em uma perspectiva empírica, os temas instaurados e teses já definidas nesse tribunal. Conclui-se pelo uso adequado do instrumento processual, para o fim de dotar a jurisdição catarinense de isonomia e segurança jurídicas.

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem como objeto o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC). Seu objetivo é demonstrar como foi regulamentado o incidente no Regimento Interno deste Tribunal, em uma perspectiva crítico-descritiva, como, igualmente, em uma perspectiva empírica, expor os IRDR's até então instaurados pelo Tribunal catarinense e o modo pelo qual estão sendo procedimentalizados.

É destacado o regime jurídico desse incidente, incluído como um dos Casos Repetitivos regulamentados pelo Código de Processo Civil de 2015, no sentido de também ser caracterizado como um dos precedentes vinculantes estabelecidos na nova legislação processual.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali/SC), com dupla titulação com a Universidade de Alicante, Espanha. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul/LFG. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP. Professor de Direito Processual Civil, graduação e pós-graduação *lato sensu*. Procurador do Estado de Santa Catarina, com atuação nos Tribunais Superiores. Lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/0265753096355749>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5897-3866>.

Conclui-se que o IRDR é um importante instrumento para a resolução das demandas que se massificam na jurisdição, tendo o TJSC lhe dado aplicação, na grande maioria em que foi instaurado, de forma adequada e em consonância com as disposições do Código de Processo Civil de 2015.

2. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS²

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, “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

A exposição de motivos do novo CPC³ justificou a criação do IRDR ao fundamento de 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 e dar uniformidade às teses jurídicas, visando a concretização do princípio da isonomia.

O IRDR acresce-se à proteção então existente dos direitos coletivos, como a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e o 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*”.⁴

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, consoante art. 928, parágrafo único, do CPC/2015.⁵

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 à propositura de novas ações ou à interposição de novos recursos, pois já se sabe o resultado final, qual seja, aquele moldado pelo julgamento do IRDR.

2 Seção extraída, com adaptações, de OLIVEIRA, Weber Luiz de. Alcance panprocessual do julgamento de casos repetitivos – Inconstitucionalidades, *In, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina*, n. 6, Florianópolis: DIOESC, 2017, p. 221-248.

3 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 28 ago. 2019.

4 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**, Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 38 (grifos no original).

5 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”.

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”⁶

A aplicação da tese jurídica está disposta no art. 985 do Código de Processo Civil, alcançando os processos individuais e coletivos pendentes de julgamento, além de casos futuros.

O IRDR está incluído no rol dos *casos repetitivos*, juntamente com os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, conforme o art. 928 do Código de Processo Civil.

O princípio do devido processo legal, inicialmente, fundamenta a regulamentação de Casos Repetitivos, porquanto 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”.⁷ 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”.⁸

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 n. 345, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, 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”.⁹

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

6 **Incidente de resolução de demandas repetitivas**, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 39.

7 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.

8 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 Búril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire, Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 321.

9 Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (3.: 2015: Curitiba, PR). **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**: de 01, 02 e 03 de maio de 2015; coords., Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini. ... [et. al], Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 74.

jurídica, considerando que a vinculação desses julgamentos, imposta pelo Código de Processo Civil, estabelece o seguimento pelos órgãos jurisdicionais da tese então assentada.

Com efeito, em diversos dispositivos do Código de Processo Civil 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, “*deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional*”.¹⁰

No que tange aos Casos Repetitivos, o tempo do processo não é um elemento acidental, 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”.¹¹

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 Especiais Repetitivos, e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, vinculando os órgãos jurisdicionais no sentido de aplicar o entendimento delimitado.

A contextualização eleita no presente trabalho, relativamente ao IRDR, é adstrita à forma pela qual o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina disciplinou o procedimento e como estão sendo instaurados e julgados os IRDRs no âmbito do destacado Tribunal local.

2.1. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) VERSUS INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC)

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência têm objetivos e pressupostos de admissibilidade diversos.

Enquanto no IRDR são pressupostos a *efetiva repetição de processos* sobre questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, como já ressaltado, no IAC é pressuposto de admissibilidade a relevância de “*questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos*” (CPC, art. 947, *caput*, grifos nossos).

¹⁰ **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 17ª ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p.96 (grifos no original).

¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu), *In*, **Revista de Processo**, vol. 153, nov. 2007, p. 100.

Cabível também o IAC, a teor do § 4º do art. 947 do Código de Processo Civil, “quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a *prevenção* ou a *composição* de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal” (grifos nossos).

Assim, o IAC, no âmbito dos tribunais locais, além de objetivar prevenir a divergência, faz o papel de composição de divergência entre órgãos julgadores fracionários do mesmo tribunal, que é realizado pelos embargos de divergência no âmbito dos Tribunais Superiores, conforme disposições dos arts. 1.043 a 1.044, do Código de Processo Civil.

A propósito do tema, em trabalho de escol, Luiza Silva Rodrigues doutrina:

Aqui, exsurge a importância do debate, da divergência jurisprudencial na evolução do direito: é no confronto de teses antagônicas, na consideração de variados argumentos que se desenvolvem as reflexões necessárias para definir, com contornos mais nítidos, qual a configuração jurídica deve ser dada a determinada situação de fato. [...].

Portanto, ao contrário do que se pode inferir, em um primeiro momento, a divergência jurisprudencial é bastante profícua e, diga-se, essencial para o que o direito não permaneça estagnado, alheio às modificações inerentes à sociedade. [...].

Há casos, no entanto, em que esse caráter salutar da divergência jurisprudencial resta desfigurado. A depender da situação em exame, as distinções se tornam ilegítimas e a dissidência interpretativa assume feição extremamente perniciosa, convolvendo-se em ameaça ao princípio da segurança jurídica e à própria coerência do ordenamento jurídico¹².

Muito embora os pressupostos sejam diferentes, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em algumas situações, instaurou IAC's quando eram casos de IRDR's, fazendo, a tempo e modo, a conversão de um incidente pelo outro.

Tal situação se pode constatar nos Temas de IRDR's ns. 4¹³, 6¹⁴, 7¹⁵, 10¹⁶, 12¹⁷, 14¹⁸ e 15¹⁹. Colhe-se da ementa, a título ilustrativo, as razões da conversão do IAC em

12 **Embargos de divergência no CPC 2015**, Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 93-95.

13 “Cabimento de honorários advocatícios da fase de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública, visando a satisfação de valores sujeitos à Requisição de Pequeno Valor – RPV”.

14 “Possibilidade de o Memorando-Circular Conjunto n. 21/DIRBEN/PFEINSS ser considerado um marco interruptivo da prescrição, nos termos dos art. 202, VI, do Código Civil”.

15 “a) se o reajuste paritário também foi abolido em relação às pensões por morte oriundas de extintos militares com o advento da EC 41/2003; b) em caso positivo, se o seu restabelecimento depende do cumprimento da regra de transição imposta pelo art. 3º da EC 47/2005, não obstante possuírem os militares regras próprias de passagem à reserva remunerada; e c) se o Tema 396/STF, a partir de sua *ratio decidendi*, pode ser aplicado às pensões por morte oriundas de extintos militares”.

16 “Possibilidade do creditamento do ICMS, com fundamento na LC nº 87/96, sobre os produtos intermediários que não se integram fisicamente ao produto, mas são bens de consumo do estabelecimento ou do ativo fixo”.

17 “Possibilidade de prestação dos serviços de transporte individual privado por meio de aplicativos, de acordo com o que dispõe a Lei n. 12.587/12, até efetiva regulação do serviço pelo Município”.

18 “Necessidade (ou não) de previsão em lei municipal da complementação dos proventos de aposentadoria concedida a servidor público filiado, após a EC n. 20/1998, ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS”.

19 “Pertinência da extinção do processo, sem resolução do mérito, pelo reconhecimento da coisa julgada, nos termos dos arts. 485, inciso V, c/c art. 337, inciso VII e §§ 2º e 4º do NCPC, em decorrência do ajuizamento anterior de ação previdenciária, pelo mesmo segurado, em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, perante a Justiça Federal, em que se discutiu sobre a existência de incapacidade laborativa causada pela (s) mesma (s) pato-

IRDR, assentadas no julgamento do Tema n. 7:

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA – IAC. PENSÃO POR MORTE DE EXTINTO MILITAR. REAJUSTE PARITÁRIO ÀS PENSÕES POR MORTE. INCIDÊNCIA, OU NÃO, DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA EC 47/2005. TEMA 396/STF. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO E DISSENSO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTES TRIBUNAL. EXISTÊNCIA, TODAVIA, DE MULTIPLICIDADE DE DEMANDAS CONTENDO A MESMA CONTROVÉRSIA DE DIREITO, IMPLICANDO MANIFESTADO RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. NÃO PREENCHIMENTO, VIA DE CONSEQUÊNCIA, DOS REQUISITOS ESTAMPADOS NO ART. 947 DO NCP. VIABILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR, NA FORMA DO ART. 976 DO NCP. INSTRUMENTO MAIS AMPLO DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS. CONVERSÃO DO IAC EM IRDR ADMITIDO²⁰.

O procedimento de ambos, contudo, nada obstante o Código de Processo Civil de 2015 não delimitar um procedimento mais pormenorizado sobre o IAC em relação ao que foi estatuído a respeito do IRDR, é pertinente que se adote e se uniformize o procedimento desse último incidente para aquele, considerando a inexistência de disciplina quanto ao IAC. Notadamente sobre a pluralização e democratização do debate que é disposto no IRDR, no sentido de que, nos termos do art. 983, *caput*, o “relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo”.

Afinal, com Pedro Manoel de Abreu se pode afirmar que a “par do enfoque jurídico, notadamente do processo civil como instrumento de resolução de conflitos, avulta a repercussão política e social do tema, essencial no esquema mais amplo da democracia e do Estado Democrático de Direito”²¹

Em tal conjectura, considerando que em ambos os incidentes haverá vinculação da tese definida, demonstrando, portanto, a aludida repercussão política e social, é que se visualiza processualmente adequado aplicar o procedimento do IRDR – com uma regulamentação que possibilita a participação e os exercícios da cidadania e da democracia através do processo –, no trâmite do IAC.

3. IRDR NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Essa seção objetiva expor a disciplina do IRDR no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no que concerne tanto ao que foi estatuído no seu Regimento Interno

logia (s) objeto da segunda ação aforada na Justiça Estadual”.

²⁰ TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0329745-15.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 23-08-2017.

²¹ *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*, São Paulo: Editora Conceito Editorial, 2011.

(perspectiva descritiva), quanto à prática adotada no processamento do incidente e em seus julgamentos (perspectiva empírica).

A explanação da normatividade do IRDR no RITJSC, contudo, não será apenas descritiva; buscar-se-á tecer considerações críticas que se reputam relevantes sobre o que foi incluído no recente Regimento do Tribunal catarinense, de modo a demonstrar a existência de algumas particularidades em relação ao que dispõe o Código de Processo Civil de 2015 a respeito do incidente em análise.

3.1. REGULAMENTAÇÃO NO REGIMENTO INTERNO DO TJSC

Inicialmente, ressalta-se que a elaboração de um Regimento Interno pelos tribunais decorre do exercício de competência estabelecida na Constituição Federal, que preceitua no art. 96, I, 'a', que compete privativamente aos tribunais “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina foi inteiramente revisto, atualizado e recentemente publicado em dezembro de 2018, passando a vigor em 1º de fevereiro de 2019,²² revogando o anterior Regimento Interno que vigia desde 26 de julho de 1982.

Fizeram parte de importante empreitada os seguintes desembargadores membros da Comissão Permanente de Regimento Interno: Moacyr de Moraes de Lima Filho, como Presidente, Ronei Danielli, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto e Jorge Luis Costa Beber.

Da Exposição de Motivos oportuno destacar:

O antigo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina entrou em vigor no dia 26 de julho de 1982. Desde então, além da nova ordem constitucional, sobrevieram numerosas leis federais e estaduais, em especial o Código de Processo Civil de 2015. Houve, ainda, a edição de 172 (cento e setenta e dois) atos regimentais que disciplinaram de forma esparsa a composição, a organização, as competências internas e o funcionamento deste Tribunal de Justiça. Esse conjunto assistemático de normas dificultava não apenas a função jurisdicional e a atividade dos órgãos administrativos, como também a atuação do público externo, sobretudo dos procuradores das partes.

Com efeito, o atual RITJSC nasce sob os auspícios da nova legislação processual civil, objetivando atualizar sua disciplina jurídica e condensar as dezenas de atos regimentais, dando, portanto, coesão e facilitando a consulta pelos operadores do direito acerca dessa importante fonte do direito processual.

A propósito de ser fonte do direito processual, é certo que não se pode usurpar competências estabelecidas e exercidas na Constituição Federal e nas leis de processo. Nesse sentido:

²² Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99>. Acesso em 30 ago. 2019.

Em outras palavras, o campo de atuação dos regimentos internos se resume a aspectos de organização interna e a detalhes de que a Constituição e as leis não se ocupam, sendo certo que, sempre que a lei disciplinar uma questão, não caberá ao Regimento interno dela tratar, salvo se para pormenorizar algum aspecto já implicitamente previsto na norma legal.

Ademais, não cabe ao regimento interno inovar em matéria processual sendo absolutamente *inválidas* previsões normativas consagradas neste diploma que criem ou estabeleçam direitos e deveres processuais como multas ou recursos, bem como que disciplinem procedimentos e prazos, salvo quando expressamente determinados pela lei.

Em suma, os regimentos internos dos tribunais são fontes do direito Processual Civil de caráter secundário e complementar às normas consagradas na lei e na Constituição²³.

Passa-se, assim, a expor algumas particularidades que se reputam importantes sobre a regulamentação do IRDR no RITJSC, disposta nos arts. 273 a 280.

a) O art. 275, *caput*, disciplina regra interessante sobre a redistribuição do IRDR quando for instaurado a pedido do Relator do processo, situação em que o incidente deve ser redistribuído para outro Desembargador. Essa disposição contribui para que o Relator originário mantenha a imparcialidade necessária para o julgamento do incidente.

b) O art. 275, § 1º, estabelece: “Admitido o incidente, o órgão colegiado incumbido de julgá-lo e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente, *sob a relatoria do novo relator*” (grifos nossos).

A inovação do RITJSC em relação ao art. 978, parágrafo único do CPC/2015 é em relação à redistribuição do próprio recurso, remessa necessária ou do processo de competência originária para um novo relator.

Traz-se para reflexão a seguinte problematização: a relatoria do recurso, remessa necessária ou processo de competência originária não deveria ser realizada pelo relator originário? Essa disposição de, além do IRDR (incidente processual) ser redistribuído, também o próprio processo originário não ofenderia o princípio do juiz natural? Não se estaria ofendendo, igualmente, o princípio da perpetuação da jurisdição ou da competência (CPC, art. 43)?

A priori, nos parecia que todas as respostas eram afirmativas. Contudo, melhor refletindo sobre a problematização proposta, concluímos que não há ofensa a qualquer dispositivo da lei processual ou do regime de competências, porquanto é o “órgão colegiado” que tem a competência para julgar, não o relator monocraticamente. No IRDR inexistente a possibilidade de julgamento monocrático.

Desse modo, não se alterando o “órgão colegiado” não se contrariam os princípios do juiz natural ou da perpetuação da competência. Afinal, não tendo o CPC/2015 regulamentado tal situação e, mais importante, inexistindo contrariedade às regras de

23 MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao estudo do direito processual civil**, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 60-61 (grifo no original).

competência, o RITJSC inova de maneira regular, amparado, ainda, pelas disposições do art. 44 do CPC/2015.

Situação diversa, nada obstante, é se o IRDR é oriundo de Turma Recursal dos Juizados Especiais. Teria competência, o órgão julgador do IRDR, pertencente ao Tribunal – já que, nos termos do art. 978, *caput*, somente órgão de *tribunal* pode julgar o incidente –, competência para, igualmente, julgar o recurso inominado, se o incidente provier de Turma Recursal do sistema dos Juizados Especiais?²⁴

Nesse caso, a resposta nos parece negativa, considerando que o Tribunal não tem competência para julgar recursos do sistema dos Juizados Especiais. Daí que, a solução processualmente adequada é o envio, após o julgamento definitivo do IRDR, dos autos do processo para a Turma Recursal aplicar a tese então assentada.

O RITJSC não disciplinou, portanto, esse importante aspecto da aplicação do IRDR nos Juizados Especiais. Desse modo, se eventual processo afetado for oriundo de Juizado Especial, para o fim de evitar usurpação de competência, o parágrafo único do art. 978 do CPC deveria ter sido interpretado/complementado pelo RITJSC no sentido de que, após a fixação da tese, cabe o envio dos autos à turma competente do Juizado.

Com isso, além de estabelecer e esclarecer que não cabe instauração de IRDR no âmbito dos Juizados Especiais, inibe-se, eventualmente, a instauração de dois IRDR's em cada sistema, que poderiam dar azo a decisões conflitantes, além de se respeitar as regras de competências processuais.

Se houver Recurso Extraordinário e/ou Recurso Especial em face do acórdão do incidente, deve-se aguardar a sua solução definitiva para envio dos autos ao Juizado Especial, para julgamento do recurso²⁵.

c) O art. 277, § 1º tem a seguinte redação, que trata da suspensão dos processos em razão da admissão do IRDR: “A suspensão cessará se não for interposto recurso extraordinário ou recurso especial contra a decisão proferida no incidente, *se outra não for a deliberação do órgão competente*” (grifos nossos).

O termo destacado não está consonante com as disposições do Código de Processo Civil, porquanto aumenta as hipóteses legais de cessação da suspensão dos processos até o trânsito em julgado do IRDR.

24 É oportuno mencionar que no Grupo de Câmaras de Direito Público, no julgamento de admissibilidade do Tema n. 20 de IRDR, o Desembargador Francisco Oliveira Neto divergiu da maioria ao se pronunciar, em síntese, no sentido de que “admitir-se que o CPC/15 ‘criou’ nova espécie de processo de competência originária dos tribunais, é uma interpretação que se mostra inconstitucional, na medida em que permitir que o tribunal julgue processo que não esteja em trâmite nesta instância, levaria à conclusão de que o julgamento do IRDR estaria incluído na competência originária da Corte, o que não ocorre”. Nada obstante relevante posicionamento, entendemos, como consta no texto, que é cabível a instauração de IRDR de processo originário dos sistemas dos Juizados Especiais. Veja-se, a propósito, que há competência absoluta nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, de modo que uma infinidade de matérias submetidas a tal competência e apenas judicializadas nos Juizados Especiais poderiam ficar fora do alcance do IRDR e do seu objetivo de uniformização e aceleração jurisprudenciais.

25 Sobre o tema, não especificamente, Enunciados do FPPC ns. 93 (“Os juízes e as partes com processos no Juizado Especial podem suscitar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas”) e 605 (“Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região”).

No CPC/2015 o RE e REsp interpostos da decisão do IRDR tem efeito suspensivo automático e repercussão geral presumida (arts. 982, I e § 5º, 987, § 1º), de modo que a suspensão é *ope legis*, não se podendo admitir, por “deliberação do órgão competente”, ou seja, *ope judicis*, a cessação da suspensão quando houver interposição de RE e/ou REsp. Há nítida afronta à legalidade emergente do CPC e à segurança jurídica que o incidente pretende alcançar, na medida em que a continuação do julgamento de processos que não tiveram a tese jurídica ainda assentada definitivamente (pelo julgamento do RE e/ou REsp) pode justamente trazer situações em que as sentenças ou acórdãos do TJSC sejam dissonantes à tese do IRDR estabelecida pelos Tribunais Superiores.

Essa regulamentação do RITJSC corrobora, indevidamente, o que se visualizou na prática do Tribunal nos julgamentos de IRDR's, podendo se apontar, exemplificadamente, o Tema de IRDR n. 7, em que se colhe:

Definida a tese jurídica, é conveniente determinar a cessação imediata da suspensão dos recursos e processos em andamento, a fim de se dar continuidade e solução a eles.

É verdade que, de acordo com o disposto no art. 982, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015, a cessação da suspensão dos recursos e processos somente se daria na hipótese de não haver, contra a decisão do IRDR, a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, que têm específico efeito suspensivo (art. 987, § 1º).

Todavia, além do fato de que, superado o prazo de um (1) ano concedido ao Tribunal para julgar o IRDR, cessa a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (art. 980 e parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015), consta do art. 985 do mesmo Diploma, que, sob pena de reclamação (§ 1º), “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”. E também consta do art. 1.040, do mesmo Estatuto, que “publicado o acórdão paradigma”, a tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática de recursos repetitivos, deve ser aplicada, horizontal e verticalmente, a todos os recursos e processos.

Ou seja, nada impede que, publicado o acórdão do IRDR, a tese jurídica seja desde logo aplicada aos casos pendentes, daí porque não se justifica a permanência da suspensão.

Por isso que, na sessão de 09 de maio de 2018, o Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal “deliberou, por unanimidade, comunicar o NUGEP de que nos feitos suspensos em razão da instauração de IRDR, devem retomar seu curso normal após a publicação do acórdão do julgamento pelo Grupo, independente do trânsito em julgado.”

Efetivamente, pois, além de tudo, é preciso cumprir à risca o princípio da duração razoável do processo e de dar aos jurisdicionados, o mais rápido possível, a resposta que eles esperam do Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, e dos arts. 4º e 6º do Código de Processo Civil de 2015.²⁶

26 TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0329745-15.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 24-07-2019.

No entanto, curial realçar que em decisões de admissibilidade de Recursos Especial e Extraordinário interpostos contra acórdão de IRDR, a então 2ª Vice-Presidência do TJSC, por decisão do Des. Carlos Adilson Silva, determinou o efeito suspensivo legalmente estabelecido, citando-se, inclusive, doutrina que ora, de igual modo, se colaciona:²⁷

No caso do RE ou REsp tirado de acórdão em IRDR, o efeito suspensivo é previsto *ex lege*, nos expressos termos do § 1º do art. 987, em comento, o qual ainda dispõe que fica presumida a repercussão geral da questão constitucional [...].²⁸

O julgamento de mérito do IRDR admite a interposição imediata de recurso especial e extraordinário (desde que preenchidos os requisitos específicos, dos arts. 102 e 105, da CF), independentemente da aplicação da tese nos processos concretos. Esses recursos constitucionais têm, automaticamente, efeito suspensivo, presumindo-se ademais a repercussão geral da questão constitucional para fins de recurso extraordinário (art. 987, § 1º, CPC)²⁹.

Ressalte-se que, uma vez apreciado o mérito do recurso pelo tribunal superior, a tese jurídica adotada pelo STF, STJ ou TST ‘será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito’ (art. 987, § 2º). Por lógica, o recurso deve ter efeito suspensivo, inclusive nos feitos trabalhistas. Isso porque, enquanto não firmada a tese jurídica, em última instância, descabe fazer incidir o entendimento do tribunal recorrido, sob pena de não se atingir o objetivo deste procedimento uniformizador de jurisprudência. Tal efeito, inclusive, é expresso em lei (§1º, do art. 987 do CPC), o que afasta qualquer regra em sentido contrário, inclusive em relação aos feitos trabalhistas.³⁰

d) O art. 278, § 3º disciplinou, expressa e salutarmente, o cabimento de Agravo (de Instrumento e Interno) de decisão que inadmitiu o pedido de distinção e prosseguimento do processo. A propósito, esse o entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), consubstanciado no Enunciado n. 481: “O disposto nos §§ 9º a 13 do art. 1.037 aplica-se, no que couber, ao incidente de resolução de demandas repetitivas”.

e) O art. 178 estatui que não haverá sustentação oral na admissibilidade do IRDR. Conjectura-se e propõe-se admitir a sustentação oral se o IRDR for instaurado a pedido da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, para que se possibilite a demonstração de suas razões sobre o pedido de instauração.

Em semelhante sentido o Enunciado n. 651 do FPPC: “É admissível sustentação oral na sessão de julgamento designada para o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência, sendo legitimados os mesmos sujeitos indicados nos arts. 984 e 947, §1º”.

27 Conforme se pode ver no processo n. 4017466-37.2016.8.24.0000/50004, de 28.02.2019 (Tema 4 de IRDR).

28 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 293.

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 919.

30 MEIRELES, Edilton. **Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador, Juspodivm, 2016, p.130.

f) O art. 207, IV enuncia que caberá Reclamação para “dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidada em incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso especial repetitivo, ou em enunciados de súmulas, e para garantir a observância de precedentes vinculantes”.

Muito embora essa regulamentação esteja em conformidade com a Resolução STJ/GP n. 3, de 07.04.2016, é certo que não se pode deixar de destacar a inconstitucionalidade de tal Resolução e, conseqüentemente, do RITJSC, já que a Reclamação é de descumprimento de decisão reclamada do STJ – Tribunal que, por óbvio, deve definir se ocorreu ou não o descumprimento de sua própria decisão. Adere-se, portanto, aos fundamentos de Douglas Anderson Dal Monte, que enuncia que houve violação a normas de competências constitucionais, no sentido de ser necessária, para passar os tribunais locais a ter a competência regulamentada na Resolução 3/2016 do STJ, emenda constitucional de iniciativa privativa dos legitimados constitucionalmente, de modo que há ofensas aos arts. 60 e 125, § 1º, da Constituição Federal, além de afronta, pelo STJ, à competência privativa da União para legislar sobre direito processual civil.³¹

3.2. IRDR'S INSTAURADOS: CONTEXTUALIZAÇÃO

Na data da finalização desse estudo (15.09.2020) tinham sido instaurados pelo TJSC 22 temas de IRDR, conforme tabela contida no sítio do Tribunal³². Desses, 18 foram instaurados pelas Câmaras de Direito Público, 2 pelo Órgão Especial, e 2 pela Seção Criminal.

De fácil percepção que as matérias de Direito Público são a grande maioria de incidentes instaurados. As razões para tanto – conquanto não se possa afirmar com a certeza científica necessária no limitado espaço dessa incipiente pesquisa –, pode-se conjecturar que seriam pela natureza das demandas que tratam sobre Direito Público, muitas delas relativas a regulamentações normativas sobre o regime jurídico de servidores públicos, disciplina jurídico-tributária e implementação de políticas públicas que tem, inerentemente, controvérsias interpretativas, relevantes repercussões (administrativas, políticas, econômicas e sociais) e repetibilidades que ensejam a instauração de IRDR's.

31 DAL MONTE, Douglas Anderson. **Reclamação e a polêmica Resolução 3/2016 do STJ**, In, Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins, vol. 14, p. 111-129, coords. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim, Pedro Miranda de Oliveira, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Em sentido semelhante: HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Reclamação e juizados especiais cíveis: da consolidação normativa à alteração de competência pela Resolução nº 3/2016 do STJ. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 219, p. 75-102, jul./set. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_n219_p75. Acesso em 30 ago. 2019.

32 Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/3133632/3200197/IRDR-COMPLETA/7ab8e228-b5c-3-a8ee-8654-2f18a6e23141>. Acesso em 15 set. 2020. Referida tabela é disponibilizada em cumprimento ao que estatui o CPC/2015, art. 979, § 1º: “§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro”. A tabela em referência, não obstante trazer informações gerais sobre os temas instaurados e julgados, não contém *hiperlink's* sobre os números dos processos para direcionamento às páginas dos processos, o que dificulta a realização da pesquisa em relação ao acesso ao inteiro teor e à *ratio decidendi* dos julgamentos, que poderiam, igualmente, estar diretamente acessível através da própria tabela.

Os números dos processos em tramitação no Brasil, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, também corroboram que os temas de Direito Público dão ensejo a uma elevada judicialização.³³

Dentre essas matérias de Direito Público no TJSC 5 são relativas ao Direito Processual Civil, destacando-se a questão sobre o “cabimento de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública, visando a satisfação de valores sujeitos à Requisição de Pequeno Valor – RPV” (Tema n. 4, já definido e aguardando julgamento do REsp³⁴), e a respeito de “eventual debate acerca da quantidade específica de julgadores nas hipóteses de julgamento ampliado – e dispositivo legal – art. 942 do Código de Processo Civil” (Tema n. 19, julgado e transitado em julgado)³⁵.

Chama atenção que apenas 1 (um) IRDR sobre Direito Civil foi instaurado (Tema 17),³⁶ em que pese o CNJ descrever que o “tema Direito Civil aparece entre os cinco assuntos com os maiores quantitativos de processos em todas as instâncias da Justiça Estadual”,³⁷ envolvendo, por exemplo, controvérsias de direito bancário, direito do consumidor e responsabilidade civil de variadas espécies.

Dos 22 temas, 5 transitaram em julgado, 4 estão admitidos, aguardando o processamento e posterior julgamento, 5 tem Recurso Especial e/ou Recurso Extraordinário pendentes de apreciação, 6 têm acórdão publicado, 1 está sobrestado por estar o tema sendo apreciado pelo STJ³⁸ e 1 foi cancelado³⁹.

Das 16 teses já firmadas constata-se que há um cuidado na sua delimitação objetiva, no sentido de detalhar de forma precisa a questão jurídica que foi solucionada. Com isso se evita espaços de interpretação que possam novamente ser fundamentos para novas controvérsias e, assim, não se cumprir o desiderato do julgamento do tema, de assentamento da tese jurídica, precedente vinculante que, necessariamente, deve

33 Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019, p. 204-218. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 14 mai. 2020.

34 Essa a tese assentada: “Cabe fixação de honorários advocatícios no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, se esta não cumprir a requisição de pequeno valor no prazo de 2 meses previsto no art. 535, § 3º, II do CPC/15, inclusive no caso de RPV antecipada da parte incontroversa”. O julgamento ocorreu em 04.06.2018, sendo relator designado o Desembargador Hélio do Valle Pereira.

35 Eis a Tese: “no julgamento ampliado ou estendido do art. 942 do Código de Processo Civil, participarão do debate 5 (cinco) julgadores, dos quais 4 (quatro) correspondem aos desembargadores da Câmara de Direito Civil, Comercial ou Público, sendo o 5º (quinto) desembargador o vogal estabelecido nos termos do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Sendo possível, o julgamento poderá prosseguir na mesma sessão, desde que presentes os advogados das partes; caso contrário, deverá ocorrer na sessão imediatamente subsequente, observados os prazos processuais legais de intimação das partes, na forma regimental”.

36 “Possibilidade de cumulação de lucros cessantes com benefício previdenciário derivado de ato ilícito”.

37 Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019, p. 204. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>. Acesso em 14 mai. 2020.

38 O art. 976, § 4º, do CPC/2015 assim dispõe: “É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”. O Tema, de n. 5, tem a seguinte delimitação: “Possibilidade de inclusão das Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão – TUST e de Uso de Distribuição – TUSD, que remuneram as atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, na base de cálculo do ICMS”.

39 Trata-se do Tema n. 12: “Possibilidade de prestação dos serviços de transporte individual privado por meio de aplicativos, de acordo com o que dispõe a Lei n. 12.587/12, até efetiva regulação do serviço pelo Município”.

ser objetivamente entendido.

Apenas uma tese estabelecida nos parece, em parte, que não tem esse aspecto de objetividade. Trata-se do tema n. 1, que tem tese com a seguinte redação:

1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). 1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

Os itens 1 e 2 da tese acima descrita têm a objetividade necessária para a parametrização dos julgamentos, servindo de fundamento seguro para a solução das controvérsias que tratam do tema. Os itens 3 e 4, contudo, contêm termos generalizantes, conceitos jurídicos indeterminados e teorias de hermenêutica subjetivas que, efetivamente, não trazem a objetividade que se busca para servir de parâmetro a julgamentos que devem aplicar a tese do IRDR.

Tal forma de descrição pode dar azo à instauração de IRDR do IRDR, para se definir, por exemplo, o que é mínimo existencial e máximo desejável e como aferi-los, como se deve aplicar a metodologia de ponderação de valores jusfundamentais (aliás, trata-se de metodologia? O que se pode considerar jusfundamental?), o que é sopesamento e a forma de utilizar a proporcionalidade em sentido estrito e, por fim, se a reserva do possível não se contrapõe ao mínimo existencial e de que maneira o julgador deve se pautar diante desses dilemas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, incluído no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015, tem o desiderato de, diante de demandas repetitivas e que possam ofender a isonomia e a segurança jurídica, estabelecer uma tese sobre a controvérsia de direito que seja de obrigatória aplicação pelos demais órgãos jurisdicionais, inclusive o próprio tribunal.

Insere-se esse incidente como um dos precedentes vinculantes estatuídos no art. 927 do CPC/2015, além de ser um dos Casos Repetitivos, que tem farta disciplina processual que impõe a sua aplicação nas mais diversas situações do processo (tutela provisória, julgamento antecipado, decisão monocrática, repercussão geral, reclamação).

A repercussão, não apenas jurídico-processual, mas, igualmente, política, econômica e social, é de grande relevância, de modo que se objetivou perquirir a forma como esse importante e novel instrumento do exercício da jurisdição foi regulamentado no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Assim, em uma perspectiva crítico-descritiva, analisou-se alguns dispositivos do RITJSC que se entendeu que trouxeram e podem trazer reflexos no procedimento do IRDR. Nesse particular, pode-se afirmar que a disciplina regimental é adequada e cumpre o papel de organizar internamente a aplicação do incidente.

Dois pontos, não obstante, podem ser destacados que impõem uma melhor reflexão e, quiçá, alteração do RITJSC. Primeiramente, trata-se da ilegal possibilidade de se cancelar ou levantar a suspensão dos processos após o julgamento do tema e definição da tese jurídica, mesmo quando houver interposição de Recursos Especial e/ou Extraordinário. Tal proceder pode, justamente, trazer a incerteza e a desigualdade jurídica que se busca evitar com o julgamento, em definitivo, do IRDR.

O segundo ponto que merece atenção é atinente aos processos dos Juizados Especiais que podem ser objeto de instauração de IRDR, propondo-se, *de lege ferenda*, que se inclua no Regimento Interno do Tribunal catarinense disposições no sentido de que, após o julgamento do IRDR, os autos do processo devem ser encaminhados para o órgão jurisdicional originário dos Juizados Especiais, para julgamento do recurso com aplicação da tese então assentada. Se houver interposição de recursos excepcionais, tal encaminhamento se daria apenas após o trânsito em julgado e o retorno dos autos dos Tribunais Superiores.

Em uma perspectiva empírica, foram analisados os IRDR's instaurados e julgados pelo TJSC, denotando o maior número oriundo das Câmaras de Direito Público. Conjectura-se que isso se dá pela natureza das controvérsias de Direito Público, relativas a ações de servidores públicos, ações tributárias e de implementação de políticas públicas que tem grande repercussão e tendência de massificação das controvérsias.

A pesquisa ora empreendida, necessita, para sua completude, de uma melhor análise de outros fatores e variáveis em relação aos julgamentos dos incidentes, como o tempo de tramitação, o interesse e ingresso de *amicus curiae*, a realização ou não de audiências públicas, além de um estudo mais pormenorizado dos reflexos, qualitativo e quantitativo da definição das teses jurídicas de IRDR, no sentido de verificar as suas efetivas aplicações na jurisdição, a aceitabilidade pela sociedade, Administrações Públicas e empresas e, por fim, a existência ou não da diminuição da litigiosidade e a melhora da prestação do serviço público jurisdicional.

Muito embora a necessidade de tal aprofundamento, a ser realizado a tempo e modo oportunos, pelo tempo de análise e objeto limitado e delimitado desse incipiente estudo, mostra-se adequado afirmar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina tem servido como instrumento a que foi vocacionado, de definição de teses jurídicas de obrigatoria aplicação, para concretização da isonomia e segurança jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, São Paulo: Editora Conceito Editorial, 2011.

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.

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 14 mai. 2020.

_____. **Justiça em Números 2020**/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 15 set. 2020.

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.

DAL MONTE, Douglas **Reclamação e a polêmica Resolução 3/2016 do STJ**, *In*, Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins, vol. 14, p. 111-129, coords. Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim, Pedro Miranda de Oliveira, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

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.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu), *In*, **Revista de Processo**, vol. 153, p. 99-118, nov. 2007.

HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Reclamação e juizados especiais cíveis: da consolidação normativa à alteração de competência pela Resolução nº 3/2016 do STJ. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 55, n. 219, p. 75-102, jul./set. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_n219_p75. Acesso em 30 ago. 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELES, Edilton. **Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro**, *In*, Julgamento de casos repetitivos, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.), Salvador, Juspodivm, 2016.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao estudo do direito processual civil**, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Alcance panprocessual do julgamento de casos repetitivos – Inconstitucionalidades, *In*, **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina**, n. 6, Florianópolis: DIOESC, 2017, p. 221-248,

RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de divergência no CPC 2015**, Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**, Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

SEGUNDA SEÇÃO
PEÇA HISTÓRICA



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

**RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.021435-3
RECORRENTE: MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
RECORRIDO: ESTADO DE SANTA CATARINA**

ESTADO DE SANTA CATARINA, vem a presença de Vossa Excelência, nos autos em epígrafe, apresentar **CONTRA-RAZÕES AO RECURSO ESPECIAL**. Outrossim, vem requerer, após os trâmites de estilo, que ao final seja desprovido o recurso para que reste mantida intacta a decisão hostilizada.

Nestes termos.

Pede deferimento.

Florianópolis, 28 de março de 2007.

RICARDO DE ARAÚJO GAMA
PROCURADOR DO ESTADO
OAB/SC 10.091



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

CONTRA-RAZÕES EM RECURSO ESPECIAL

**RECORRENTE: MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
RECORRIDO: SECRETARIO DOS NEGOCIOS DA FAZENDA**

Senhores Ministros:

Trata-se de Apelação Cível interposta por Flamboyant Hotel, no qual pretendia reformar sentença que julgou improcedentes os pedidos determinando a continuidade da cobrança do IMCS sobre a parcela demanda de potência.

O acórdão negou provimento ao recurso, e desta decisão a empresa Autora ingressou com o presente Recurso Especial a fim de reformar o referido acórdão.

Diante do recurso interposto, o Estado de Santa Catarina foi intimado, e vem, neste momento processual apresentar suas contra-razões de recurso, pugnando desde já pelo desprovimento do recurso.

Senão vejamos.

**III.1. ESCLARECIMENTOS TÉCNICOS ACERCA DA CRIAÇÃO E DO
FUNCIONAMENTO DA "DEMANDA RESERVADA"**

Urge esclarecer dúvidas acerca das definições de DEMANDA, POTÊNCIA e ENERGIA ELÉTRICA.

Utiliza-se como fundamento a Resolução 456 da ANEEL, de 29 de novembro de 2000, a qual detém os conceitos necessários à



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

explicação a seguir desenvolvida.

Senão vejamos.

A princípio pode-se dizer que a Demanda são as instalações elétricas necessárias para suprir o consumidor com a Potência para ele necessária, de modo a permitir que ele receba a Energia para ele disponível.

Desta forma, verifica-se que Demanda são instalações elétricas, traduzidas em transformadores, fio, poste, subestação, tecnologia e know-how, isto tudo resumidamente é um serviço prestado pela concessionária de energia elétrica.

O conceito de Potência é um pouco mais complexo, mas pode-se traduzi-lo simplificadamente da seguinte forma:

Em um banheiro de um particular, verifica-se que a tomada da bancada da pia serve para secadores de cabelo, barbeadores elétricos e que exige uma Potência de 200 Watts. Contudo, a tomada do chuveiro elétrico exige uma Potência de 5000 Watts. Ora, esta é a Potência disponível.

Não que o consumidor utilizará os equipamentos nem tampouco consumirá energia elétrica nas duas saídas por 24h ao dia.

Mas, quando o consumidor quiser utilizá-la ela deve estar disponível de modo que não queime a saída das tomadas.

Em outra dimensão, maior, exemplifica-se que uma empresa determinada, em sua máxima utilização de maquinário, computadores, geladeiras, aparelhos de ar condicionado, Fax, telefonia etc, todos ligados ao mesmo tempo, exige uma Potência



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

de 10 Mega Watts, que equivale a 1.000.000 Watts.

Se a empresa quer utilizar uma Potência tão alta, que a média do consumidor comum não exige, necessita de uma instalação específica para seu caso, com uma reserva de Potência para ele disponível.

Isto é a Potência, a Potência que o sistema elétrico da concessionária deve dispor para atender às instalações elétricas do consumidor.

Assim sendo, para fazer com que a empresa consumidora utilize tão alta Potência, necessário se faz uma Demanda específica, ou seja, necessário que a empresa Consumidora realize um Contrato de Demanda de Potência, no qual ele contratará da concessionária de energia uma instalação elétrica específica para sua necessidade de Potência.

Por fim, a energia será o que o consumidor efetivamente utilizará.

Quando ele ligar seu maquinário e seus equipamentos elétricos a energia vai fluir em direção às suas tomadas, e ele vai consumir a energia necessária para manter suas máquinas ligadas, e, conseqüentemente esta será a leitura do relógio de luz.

A Potência estará disponível para ele 24h por dia, mas claro que ele não necessitará dela todo o tempo, mas não tem como instalar a rede para disponibilizar a Potência durante o horário do expediente e desinstalá-la quando a empresa está fechada.

Quando a empresa contrata a Demanda de Potência reservada, ela faz uma reserva de potência para suprir suas necessidades, mas



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

não quer dizer que esteja comprando a energia elétrica.

Tais conceitos estão contidos na Resolução supra mencionada, que assim dispõe:

“DAS DEFINIÇÕES:

Art. 2.º Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais?

(...)

VIII – Demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela de carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo específico.

IX – Demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).
(...)

XIII – Energia elétrica ativa: energia elétrica que pode ser convertida em outra forma de energia, expressa em quilowatts – hora (kWh).

XIV – Energia elétrica reativa: energia elétrica que circula continuamente entre os diversos campos elétricos e magnéticos de um sistema de corrente alternada, sem produzir trabalho, expressa em quilovolt-ampère-reactivo-hora (kvarh)
(...)

XXVII – Potência: quantidade de energia elétrica solicitada na unidade de tempo, expressa em quilowatts (kW).

XXVIII – Potência disponibilizada: potência que o sistema elétrico da concessionária deve dispor para atender às instalações elétricas da unidade consumidora”.

Verifica-se, desta forma, que trata-se de três grandezas



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

distintas, que possuem funções diversas, e que são compradas e cobradas da concessionária de energia elétrica em separado, podendo, inclusive, ser comprado apenas a Reserva de Demanda de Potência e em separado a energia elétrica, haja vista que atualmente há autorização legal para fornecimento exclusivo de energia elétrica.

Outra informação importante, diz respeito à **TARIFA BINÔMIA** referente ao grupo de grandes consumidores de energia, e que, portanto, está ligada na tensão primária de distribuição de energia, com carga instalada superior a 50 KW, conhecidos como **GRUPO A**, ao qual o Agravado é integrante.

Os consumidores residenciais, em face da menor utilização de energia elétrica, estão estruturados em uma tarifação monômnia, incluídos no **GRUPO B**.

Conforme ensina **ANTÔNIO CANIN**, na obra Setor Elétrico Brasileiro, 1a. ed., Ed. Canal Energia: Rio de Janeiro, 2003, o entendimento do STJ está absolutamente equivocado, já que não levou em conta a legislação específica do setor elétrico, que define a tarifa binômnia para os consumidores do **GRUPO A**, bom como qual é o custo do fornecimento dessa energia elétrica.

Ele continua suas ensinanças explicando da seguinte forma: As tarifas a serem aplicadas aos consumidores do **GRUPO A** são estruturadas sob forma binômnia, com um componente de demanda de potência e outra de consumo de energia, e tanto a demanda de potência bem como o consumo de energia de cada um desses usuários deverão ser verificados, sempre por medição.

A demanda de potência faturável para as unidades consumidores do **GRUPO A** prevista no Decreto n.o. 62.427, de 17/05/1968, com nova



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

redação dada pelo Decreto n.o. 3.653, de 07/11/2000, será a maior dentre as seguintes:

a) a maior demanda medida, integralizada no intervalo de quinze minutos durante o período de faturamento;

b) a demanda contratada, exceto para os consumidores sazonais rurais do **GRUPO A** que serão faturados com base na demanda de potência e no consumo de energia efetivamente registrados no mês de faturamento.

Até aqui podemos concluir que o somatório dos valores atribuídos à demanda de potência e à energia consumida, é a tarifa (**preço**) cobrada do consumidor pela concessionária, em virtude do fornecimento de energia elétrica. Portanto, o valor da operação, da qual decorreu a entrega da energia ao consumidor engloba tanto o valor da demanda de potência contratada com o consumo de energia pois o art. 11 do Decreto n.o. 62.724/1968 assim estabeleceu.

Para demonstrar a composição do custo de formação dessa tarifa, deve-se recorrer ao art. 14 desse Decreto, onde está definido que o "custo do serviço de fornecimento de energia elétrica" deverá ser repartido entre os componentes de demanda de potência e de consumo de energia, de modo que cada grupo ou subgrupo de consumidores, se houver, responde pela fração que lhe couber.

Assim, ficou definido que o componente de Demanda de Potência seria responsável pelo atendimento das seguintes parcelas do custo do serviço: remuneração legal; quota de reversão ou de amortização, se houver; quota de depreciação; saldo da conta de resultado a compensar (extinta pela Lei n.o. 8.631/1996); parcela relativa ao custo da demanda de potência adquirida; a diferença de câmbio efetivamente pago, para as remessas de juros



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

redação dada pelo Decreto n.o. 3.653, de 07/11/2000, será a maior dentre as seguintes:

a) a maior demanda medida, integralizada no intervalo de quinze minutos durante o período de faturamento;

b) a demanda contratada, exceto para os consumidores sazonais rurais do **GRUPO A** que serão faturados com base na demanda de potência e no consumo de energia efetivamente registrados no mês de faturamento.

Até aqui podemos concluir que o somatório dos valores atribuídos à demanda de potência e à energia consumida, é a tarifa (**preço**) cobrada do consumidor pela concessionária, em virtude do fornecimento de energia elétrica. Portanto, o valor da operação, da qual decorreu a entrega da energia ao consumidor engloba tanto o valor da demanda de potência contratada com o consumo de energia pois o art. 11 do Decreto n.o. 62.724/1968 assim estabeleceu.

Para demonstrar a composição do custo de formação dessa tarifa, deve-se recorrer ao art. 14 desse Decreto, onde está definido que o "custo do serviço de fornecimento de energia elétrica" deverá ser repartido entre os componentes de demanda de potência e de consumo de energia, de modo que cada grupo ou subgrupo de consumidores, se houver, responde pela fração que lhe couber.

Assim, ficou definido que o componente de Demanda de Potência seria responsável pelo atendimento das seguintes parcelas do custo do serviço: remuneração legal; quota de reversão ou de amortização, se houver; quota de depreciação; saldo da conta de resultado a compensar (extinta pela Lei n.o. 8.631/1996); parcela relativa ao custo da demanda de potência adquirida; a diferença de câmbio efetivamente pago, para as remessas de juros

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

e principal e taxas, nos termos do §§ 3.o. e 4.o. do art. 166 do Decreto n.o. 41.019/1957. Já o componente de Consumo de Energia deveria atendera despesas de exploração, exclusive a parcela relativa ao custo de demanda de potência adquirida, atribuída ao componente de demanda de potência, impostos e taxas.

Nesse Decreto, ficou facultado ao Órgão Regulador, face às peculiaridades do mercado consumidor, transferir parte do custo componente de demanda de potência, para o componente de consumo de energia.

Podemos concluir que a demanda de potência remunera a concessionária pelos seus investimentos, enquanto o consumo de energia remunera a concessionária pelas despesas operacionais.

B) DA INCIDÊNCIA DO ICMS NA DEMANDA RESERVADA

Prima facie, de se dizer que o valor da demanda de potência faz parte do preço cobrado pela CELESC, e este integra a base de cálculo do ICMS, porquanto o valor da operação é o preço cobrado pelo fornecimento efetivado.

Com efeito, a Lei Complementar n° 87/96, que disciplina o ICMS, fixou, no seu artigo 13, que a base de cálculo do imposto é o valor da operação, incluído o montante do imposto em sua própria base de cálculo (art. 13, § 1, inc. I).

O Supremo Tribunal Federal, assim como o egrégio Superior Tribunal de Justiça, há muito atestaram a constitucionalidade dos dispositivos legais em foco, sendo pacífico que a base de cálculo de ICMS é o total da operação, inclusive o montante do próprio imposto.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

Assim, os dispositivos legais transcritos não deixam margem à outra interpretação, pois efetivamente ocorreu o fornecimento de energia elétrica pela CELESC, e é sobre tal operação de fornecimento que incide o tributo.

A matéria questionada na presente ação trata do valor do contrato de fornecimento de energia elétrica pela chamada "demanda contratada" que prevê o pagamento da potência elétrica colocada à disposição do usuário, denominada tecnicamente de demanda contratada. A partir da data de início do fornecimento da energia elétrica, esta demanda contratada é, obrigatoriamente, colocada à disposição do consumidor, que se compromete a pagá-la mensalmente, em preço proporcional à demanda.

Afinal, se a demanda de potência integra o custo do fornecimento de energia do consumidor do Grupo "B", bem como a base de cálculo do imposto, do mesmo modo, deve incidir na fatura do consumidor do Grupo "A", pois faz parte do valor da operação. O contrato de fornecimento prevê as especificações do valor da operação, que é formado por dois elementos: a demanda e o nº de *quilovats* consumidos. São duas grandezas que não se confundem. E ambas formam o valor da operação que é fixado pela CELESC e que obrigatoriamente é a base de cálculo do imposto.

Portanto, a demanda contratada também faz parte do valor da operação de fornecimento de energia elétrica ao consumidor e não pode ser excluída do cálculo do imposto.

Por outro lado, estabelece o artigo 155, inc. II e parágrafo segundo, inciso IX, *b*, da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

§ 2o. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

IX - incidirá também:

(...)

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios".

Tal dispositivo igualmente consta do Regulamento do ICMS no art. 1o.: " O imposto tem como fato gerador: (...) IV - o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios".

Com efeito, a DEMANDA e a POTÊNCIA não são mercadorias circulantes, mas sim serviços prestados e postos à disposição do contratante.

A mercadoria efetivamente adquirida é a ENERGIA ELÉTRICA, que circula e entra para o estabelecimento do comerciante.

Contudo, tratando-se de uma prestação de serviço relacionada ao fornecimento de mercadoria - a ENERGIA ELÉTRICA - oneroso e não tributável pelo ISS, deve ser tributada pelo ICMS e integrar a sua base de cálculo.

É o que estabelece o inc. IV do art. 2.o. da Lei Complementar 87/96, *in verbis*:

"Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios".

Com efeito, tratando-se de prestação de serviços para o fornecimento de mercadoria, e considerando que este serviço não está compreendido na lista do ISS, deve ser tributado, e, *ipso facto*, deve ser tributado pelo ICMS.

Desta forma, considerando que o fato gerador do ICMS é a operação de circulação jurídica e econômica da mercadoria, deve-se ter como base de cálculo o valor total da operação, sob pena de se violar o artigo 155, § 2º, IX, b, da Constituição Federal que estabelece que o ICMS incidirá também "*sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios*".

O entendimento foi acolhido em recente decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na qual ficou estabelecido que a incidência do ICMS dá-se em função do fornecimento de serviços e não da circulação de mercadorias.

Esta a ementa do v. acórdão, *pro verbum*:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDAMUS - DEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR - TRIBUTÁRIO - ICMS - FATO GERADOR - CONSUMO - ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA - DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA - RES. 456/00 DA ANEEL - CONTRATO QUE VERSA SOBRE DISPONIBILIZAÇÃO DE POTÊNCIA SUFICIENTE PARA OS PERÍODOS DE ALTO CONSUMO - SERVIÇO PRESTADO - ART. 155, IX, B, DA LEX MATER - INCIDÊNCIA - RECLAMO ACOLHIDO POR MAIORIA.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

O termo demanda encontra-se vinculado à potência, fluxo de energia suficiente para o funcionamento do estabelecimento durante um curto lapso temporal, enquanto o consumo relaciona-se com a energia consumida durante o mês e que é a mercadoria cobrada na fatura.

A contratação de demanda de reserva prevê a garantia ao consumidor de que terá à sua disposição potência suficiente para operar no auge de seu funcionamento industrial. Trata-se de valor desvinculado do efetivo consumo de energia mensal, não sendo circulação de mercadoria, mas sim um serviço prestado.

Ex vi do art. 155, IX, b, da Magna Carta, incide o ICMS "sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios".

(Agravo de Instrumento n.º 2005.035641-4, publicado no DJSC n.º 11863, de 15/03/2006, p. 13)

E mais recentemente em decisão unânime, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDEBITO TRIBUTÁRIA. ICMS. FATO GERADOR. CONSUMO. ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. RES. 456/00 DA ANEEL. DISPONIBILIZAÇÃO DE POTÊNCIA SUFICIENTE PARA OS PERÍODOS DE ALTO CONSUMO. SERVIÇO PRESTADO. ART. 155, IX, B, DA LEX MATER. INCIDÊNCIA. APELO ACOLHIDO. PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO.

O termo demanda encontra-se vinculado à potência de fluxo de energia suficiente para o funcionamento do estabelecimento durante um curto lapso temporal, enquanto o consumo relaciona-se com a energia consumida durante o mês e que é a mercadoria cobrada na fatura.

A contratação de demanda de reserva, ou a cobrança pela demanda medida, prevê a garantia ao consumidor de que terá à sua



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

disposição potência suficiente para operar no auge de seu funcionamento industrial. Trata-se de valor desvinculado de efetivo consumo de energia mensal, não sendo circulação de mercadora, mas sim um serviço prestado. *Ex vi* do art. 155, IX, b, da Carta Magna, incide o ICMS 'sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios'."

(AC 2006.011182-0, da Capital, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho. Publicado no DJSC n.º 11.902, de 16/05/2006, p. 18

O fato gerador do tributo é o total do valor do produto fornecido, ou seja, a DEMANDA CONTRATADA com POTÊNCIA DISPONIBILIZADA e a ENERGIA consumida. O ICMS é devido quando ocorrem operações jurídicas que levam as mercadorias da produção para o consumo, com fins lucrativos.

Desta forma, partindo das seguintes premissas:

- 1) DEMANDA RESERVADA não representa uma energia não consumida, mas o serviço de disponibilização de POTÊNCIA e as instalações necessárias para o fornecimento da ENERGIA;
- 2) o fato gerador do fornecimento de ENERGIA ocorre com a entrega da ENERGIA no local da conexão entre a rede da CELESC e a unidade consumidora da empresa impetrante;
- 3) a base de cálculo do ICMS é o valor total da operação, no caso a resultante da soma de todos os itens que compõem a respectiva tarifa, que é preço cobrado pela concessionária para fornecer energia elétrica ao consumidor; deve-se concluir que o ICMS incide sobre toda a operação de fornecimento de energia, que inclui o valor tanto da demanda de potência contratada, como



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

da demanda de ultrapassagem e do encargo de capacidade emergencial, o que remete à denegação da segurança.

Além disto, entende o Estado que a decisão do Poder Judiciário que concede uma isenção parcial do ICMS à empresa impetrante, sem lei específica viola o §6º do artigo 150 da Constituição da República, caracterizando uma intervenção deste poder na função administrativa, que é precípua do Poder Executivo, especialmente a relativa a concessão de benefícios fiscais, importando, assim, em violação ao artigo 2º da Constituição, que trata da separação e independência dos poderes, razão pela qual tais dispositivos são, desde logo, pré-questionados pelo impetrado.

Enfim, a incidência do ICMS sobre o valor da demanda de potência contratada está em conformidade com os dispositivos legais invocados, não havendo nenhuma ilegalidade a ser reparada.

De todo modo, eventual acolhimento do pedido implicaria em violação ao artigo 2º, IV, e artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96.

PELO EXPOSTO, espera o recorrido que esse Egrégio Tribunal negue provimento ao recurso interposto.

Termos em Que,
Pede Deferimento.

Florianópolis, 28 de março de 2007.

RICARDO DE ARAÚJO GAMA
PROCURADOR DO ESTADO
OAB/SC 10.091

*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)**

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : FELIPE DE SOUTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : RICARDO DE ARAÚJO GAMA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa".

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

ACÓRDÃO

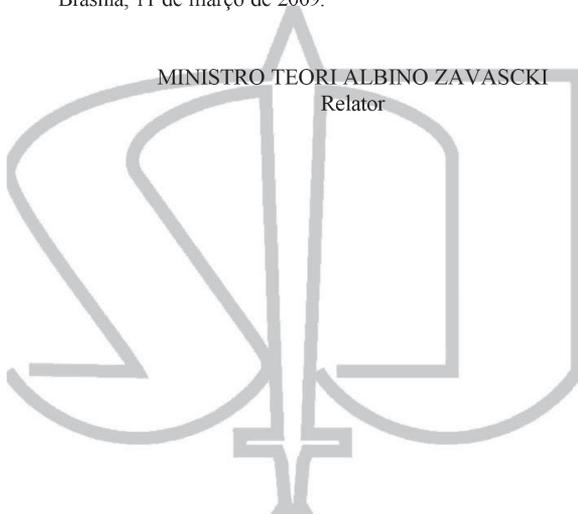
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a

Superior Tribunal de Justiça

Egrégia PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão, Castro Meira, Humberto Martins e Benedito Gonçalves, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. IGOR MAULER SANTIAGO, pela recorrente, LUIZ DAGOBERTO BRIÃO, pelo recorrido, MIRIAM LAVOCAT (TERCEIROS INTERESSADOS: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - AMICUS CURIAE) e VANESSA SARAIVA DE ABREU (TERCEIROS INTERESSADOS: Estado de Minas Gerais - AMICUS CURIAE).

Brasília, 11 de março de 2009.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

RECORRENTE : MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : FELIPE DE SOUTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : RICARDO DE ARAÚJO GAMA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

Trata-se de recurso especial (fls. 692-701) interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que confirmou sentença denegatória de mandado de segurança, que objetivava ver reconhecida a inexigibilidade do ICMS sobre o valor correspondente à demanda reservada de potência elétrica. O acórdão foi assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - DEMANDA CONTRATADA - INCIDÊNCIA DE ICMS - POSSIBILIDADE - DISPONIBILIZAÇÃO DE POTÊNCIA - SERVIÇO PRESTADO - ART. 155, IX, 'B', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E RESOLUÇÃO N. 456/00 DA ANEEL - RECURSO DESPROVIDO.

Consoante o item IX, da Resolução n. 456/00, da ANEEL, a demanda contratada corresponde à '*demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)*'.

Ex vi do art. 155, IX, b, da Magna Carta, incide o ICMS '*sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios*'. (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 05.038964-0, de Blumenau, Rel. Francisco Oliveira Filho, DJ 15/03/2006)."

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 175-180). No recurso especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos artigos 2º, VI e 19 do Convênio 66/88, aos artigos 2º, I, 12, I e 13, I da LC 87/96 e ao artigo 116, II, do CTN, sustentando, em síntese, que (a) "é ilegal a exigência do ICMS sobre o valor total do contrato de fornecimento por demanda contratada, se a empresa contratante não consumir toda a energia elétrica que este ajuste lhe assegura", (...) porque "a legislação aplicada à espécie só permite que a energia elétrica efetivamente consumida seja tributada pelo ICMS" (fl. 192); (b) "por si só, a formalização do contrato de compra de fornecimento de energia elétrica, (...) não caracteriza circulação de mercadoria, eis que o fato gerador do ICMS não se configura *in casu* com o simples pacto, há que se materializar o negócio jurídico na efetiva circulação física ou econômica da mercadoria em termos de seu real consumo" (fls. 192-193); (c) "é avesso a qualquer lógica jurídica supor que uma operação de que não resulte entrega do produto possa servir de base de cálculo ao imposto", já que "a base de cálculo do ICMS devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor" (fl. 194).

Em contra-razões (fls. 234-247), o Estado de Santa Catarina alega, essencialmente, que, segundo o sistema normativo que organiza a política tarifária de energia elétrica vigente em nosso

Superior Tribunal de Justiça

País, no caso de consumidores do Grupo a que pertence a Impetrante, a tarifa é calculada levando em consideração também a demanda de potência elétrica contratada, a qual, portanto, integra o preço da operação que serve de base de cálculo do ICMS. Ou seja: "o ICMS incide sobre toda a operação de fornecimento de energia, que inclui o valor tanto da demanda de potência contratada, como da demanda de ultrapassagem e do encargo de capacidade emergencial, o que remete à denegação da segurança" (fls. 246-247).

Por decisão de fls. 267, conferiu-se ao recurso o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. Intimados a participar como *amici curiae*, manifestaram-se pelo improvimento:

(a) o Estado de Alagoas (fls. 366-399), sustentando que (I) "o fato gerador de ICMS é a circulação de mercadoria (operação comercial de compra e venda) e se materializa no momento da transmissão da propriedade do bem" (fl. 398); (II) "a base de cálculo típica do ICMS na venda de energia elétrica é o preço da compra pelo consumidor, já que esse é o valor consignado na fatura emitida pela concessionária, agregando todos os custos desde a geração até a entrega da mercadoria ao usuário final" (fl. 399). Requer, ainda, "a oitiva de peritos na matéria (...) a serem recolhidos nos quadros do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) a fim de responderem questões cruciais para o deslinde do caso" (fl. 397-398);

(b) o Estado de Santa Catarina (fls. 401-411), aduzindo que (I) "o valor da demanda de potência faz parte do preço cobrado pela CELESC, e este integra a base de cálculo do ICMS, porquanto o valor da operação é o preço cobrado pelo fornecimento efetivado" (fl. 405); ou, (II) "no mínimo, é necessário reconhecer que o ICMS incide sobre o consumo efetivo de 'energia elétrica' e de 'demanda de potência' efetivamente consumida=utilizada" (fl. 409);

(c) o Estado de Tocantins (fls. 415-424), afirmando que "a base de cálculo do ICMS nas operações tributadas com energia elétrica equivale ao valor total da operação, que não representa o custo da mercadoria isoladamente considerada, pressupondo, na verdade, todos os elementos envolvidos na circulação econômica da mercadoria, razão pela qual se inclui em tal montante tributável a parcela do preço pertinente à 'demanda contratada' (fl. 423);

(d) os Estados do Acre, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Sergipe e o Distrito Federal (fls. 519-531 e fls. 568-591), alegando que (I) "se a base de cálculo do imposto é o valor da operação, o valor da energia consumida e o da potência contratada utilizada, ainda assim, não se revelariam suficientes para traduzir o valor real do negócio jurídico subjacente, que pressupõe a incorporação de todos os elementos que são adicionados ao custo da mercadoria, para formação do preço final e somente assim é atendida a correlação lógica que deve existir entre o fato gerador e o montante sobre o qual deve incidir o imposto" (fl. 528); (II) "a exclusão do componente tarifário da base de cálculo do imposto, nas aquisições feitas pelos grandes consumidores, implica dispensar-lhes tratamento privilegiado, pois os demais, inclusive os residenciais, arcam com seu pagamento, segundo esclarece a ANEEL: 'As tarifas do 'Grupo B' são estabelecidas somente para o componente de consumo de energia, em reais, por megawatt-hora, considerando que o custo da demanda de potência está incorporado no custo do fornecimento de energia em megawatt-hora' (Cadernos temáticos, 4, 2005), só não sendo objeto de medição porque as variações verificadas no perfil de consumo não são de modo a exigir alterações substantivas no dimensionamento do sistema elétrico" (fl. 529).

Também na condição de *amicus curiae*, manifestou-se pelo provimento do recurso a Confederação Nacional da Indústria - CNI (fls. 597-606), aduzindo, essencialmente, que "a hipótese de incidência da exação ora discutida não acontece em relação àquilo que foi contratado e não foi consumido, vez que não há, nessa hipótese, circulação de mercadoria" (fl. 603).

Por fim, o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 636-641, pugna "pela remessa dos

Superior Tribunal de Justiça

autos ao Supremo Tribunal Federal para exame e atendimento da prestação excepcional vindicada" (fl. 641), ao argumento de que (I) "a matéria jurídica (...) debatida remete a (...) natureza constitucional"; (II) "o fato de que a quantidade de processos que envolvem a referida matéria tem aumentado exponencialmente, o que detém considerável importância, já que a multiplicidade de processos cuja matéria a este se assemelha pode gerar graves consequências para os municípios e Estados-membros" (fl. 640).

É o relatório.



*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)**

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : **MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA**
ADVOGADO : **FELIPE DE SOUTO E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROCURADOR : **RICARDO DE ARAÚJO GAMA E OUTRO(S)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa".

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

VOTO

Superior Tribunal de Justiça

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Inicialmente, indefere-se o pedido de formulado pelo Estado de Alagoas, de "oitiva de peritos na matéria (...) a serem recolhidos nos quadros do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) a fim de responderem questões cruciais para o deslinde do caso". Sua condição de *amicus curiae* não o habilita a formular pedido de produção de prova, ainda mais em sede de mandado de segurança já na fase de julgamento do recurso especial.

Cumpra observar, de qualquer modo, que a matéria técnica está suficientemente esclarecida, constando dos autos notas e pareceres a respeito. É de ser igualmente indeferido o pedido do Ministério Público, de remessa dos autos ao STF. Tratando-se de recurso especial, em que estão atendidos os requisitos de admissibilidade, cumpre ao STJ julgá-lo.

2. Quanto ao mérito, mantenho o entendimento manifestado em voto-*vista* proferido em caso análogo (REsp 586.120/MG), na sessão do dia 12.12.2007, nos seguintes termos:

"2. A jurisprudência do STJ:

Sobre o tema aqui debatido, a jurisprudência firmada no STJ segue a linha de entendimento adotada no REsp 222.810/MG (1ª T., Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA.

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a "demanda reservada de potência", sem ser considerado o total consumido."

Tal orientação foi seguida desde então por inúmeros julgados (AgRg no REsp 797.826/MT, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 21.06.2007; AgRg no Ag 828.282/SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.04.2007; REsp 840.285/MT, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 16.10.2006; AgRg no REsp 855.929/SC, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 16.10.2006; REsp 838.542/MT, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 25.08.2006; REsp 343.952/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 17.06.2002, entre outros, inclusive de minha relatoria, como, v.g.: REsp 972.843/RJ, 1ª T., DJ de

Superior Tribunal de Justiça

11.10.2007 e REsp 579.416/ES, 1ª T., DJ de 29.03.2007).

Não há como negar o acerto das premissas de ordem teórica que sustentam essa jurisprudência: *"O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos"; "A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria".* Acertadas, também, as conclusões que daí se retira em relação ao ICMS sobre energia elétrica: *"O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa"; "Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência".* Com efeito, veja-se.

3. Premissa (I) que justifica a jurisprudência: para efeito de ICMS, energia elétrica é mercadoria, e não serviço:

A tributação, por ICMS, das operações envolvendo energia elétrica está prevista no art. 155 da Constituição nos seguintes termos:

"Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do 'caput' deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País."

O ADCT, no § 9º do seu art. 34, por sua vez, estabeleceu:

"Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação."

O artigo 19 do Convênio 66/88 refere-se à tributação da energia elétrica pelo ICMS, do seguinte modo:

"A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de contribuintes substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor."

Superior Tribunal de Justiça

Percebe-se assim que, como afirmado, o sistema normativo trata a energia elétrica, para fins de incidência do ICMS, como *mercadoria* (ou seja, como um produto, um bem móvel) e não como *serviço*. Isso, aliás, não é novidade em nosso ordenamento jurídico. Também o art. 155, § 3º, do Código Penal equiparou a energia elétrica à coisa móvel (para fins de configuração do crime de furto), o art. 74, § 1º, do CTN a conceituou como produto industrializado (para o efeito de incidência do extinto imposto único) e o art. 83, I, do Código Civil considera como bens móveis as "*energias que tenham valor econômico*". A doutrina especializada igualmente abona esse mesmo entendimento: CARRAZZA, Roque Antônio, "*ICMS*", 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 242; CANTO, Gilberto de Ulhôa, "*Direito Tributário Aplicado: pareceres*", Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 120; CAMPOS, Clever M., "*Introdução ao Direito de Energia Elétrica*", São Paulo, Ícone, 2001, p. 68. Sendo assim, também nas operações envolvendo energia elétrica, o ICMS está submetido à regra geral instituída pela Lei Complementar 87/96, ou seja, ele incide sobre as "*operações relativas à circulação de mercadorias (...)*" (art. 2º, I).

4. Premissa (II) que também justifica a jurisprudência: a energia elétrica só é gerada e só circula quando há consumo:

Há um dado da realidade que não pode ser ignorado: a energia elétrica é um bem insuscetível de ser armazenado ou depositado. Ela só é gerada para ser imediatamente consumida. Dito de outra forma: a energia elétrica é gerada porque é consumida. Não há geração e nem circulação sem que haja consumo. Por isso mesmo, não se pode conceber a existência de fato gerador de ICMS sobre operações de energia elétrica sem que haja a efetiva utilização dessa especial "*mercadoria*". A propósito, eis o que dizem os especialistas:

"O sistema elétrico nacional faz a conexão física de todos os geradores, transmissores, distribuidores e consumidores. Funciona, como já dito, analogamente a um sistema de 'caixa único', em um mesmo momento, recebe a energia de todos os geradores e alimenta todos os consumidores. Portanto, produção e consumo se dão instantaneamente, não havendo possibilidade de estoques entre os estágios intermediários de produção, transmissão e distribuição" (CAMPOS, Cléver M., *op. cit.*, p. 68).

"No caso particular da eletricidade, a saída da usina, a entrega e o consumo coincide com a fabricação do produto e com o próprio consumo feito pelo usuário do serviço explorado pelo concessionário" (ÁLVARES, Walter T., "*Instituições de Direito da Eletricidade*", Ed. Bernardo Álvares, 1962, v. 2, p. 501)

"Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende, ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não

Superior Tribunal de Justiça

configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados. Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade). (...) Com isto estamos enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam o fornecimento de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica, por força de relação contratual, sai do estabelecimento do fornecedor, sendo consumida" (CARRAZZA, Roque, op. cit., p. 242-243).

Correta, portanto, repita-se, a jurisprudência firmada no STJ no sentido de que "O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa"; "Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência".

5. Bases para compreensão da questão jurídica:

5.1. A demanda de potência elétrica

Há um outro dado da realidade física igualmente importante para a compreensão da questão jurídica em exame: quando há consumo de energia elétrica, há consumo de energia com certa *potência*. Potência é um atributo da energia elétrica relacionado, não propriamente com a quantidade consumida, mas com a *intensidade do consumo no tempo*. Na definição técnica da Resolução ANEEL 456/2000 (que estabelece as "condições gerais de fornecimento de energia elétrica"), potência é a "quantidade de energia elétrica solicitada na unidade de tempo, expressa em quilowatts (kW)" (art. 2º, XXVII). A potência elétrica, portanto, é componente essencial e inseparável da operação de consumo de energia. Com efeito, o consumo se dá, invariavelmente, em certa *quantidade* de energia, medida e expressa em unidades de quilowatts-hora (kWh) (Resolução ANEEL 456/2000, art. 2º XII) e com certa *intensidade no tempo*, o que demanda energia com a correspondente *potência elétrica*, medida e expressa em quilowatts (kW).

O que determina a quantidade e a potência elétrica a serem utilizadas no consumo da energia são as necessidades do consumidor: há consumidores que demandam pequena quantidade e em pequena intensidade de tempo, há os que demandam maiores quantidades mas em menor intensidade, há os que demandam pequenas quantidades mas em maior intensidade e há os que demandam grandes quantidades e com grande intensidade. Por outro lado, no que toca à concessionária, quanto maior a demanda de potência do consumidor, maiores os investimentos (adequado dimensionamento de redes, transformadores e outros equipamentos e serviços), necessários para a disponibilização da energia.

5.2 Classificação dos consumidores segundo o perfil do consumo:

Justamente pela diversidade dos perfis e do modo de consumir energia, o sistema normativo, ao disciplinar o fornecimento de energia e a fixação das correspondentes tarifas, dividiu os consumidores em dois grandes grupos, segundo as respectivas demandas de potência. Dispõe, a propósito, o Decreto 62.724/89 (que

Superior Tribunal de Justiça

"estabelece normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de ser viços públicos de energia elétrica"):

"Art 2º Para fins de análise de custo do serviço e fixação de tarifas, as classes de consumidores de que trata o art. 177, Capítulo VII, Título IV, do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, deverão ser grupadas da seguinte forma:

- 1 - Grupo A; consumidores ligados em tensão igual ou superior a 2.300 volts;*
- 2 - Grupo B; consumidores ligados em tensão inferior a 2.300 volts".*

Dispõe também o Decreto, em seu art. 9º:

"Art. 9º O fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras do Grupo A, com tarifas reguladas, deverá ser realizado mediante a celebração de contrato entre o concessionário ou permissionário de serviço público de energia elétrica e o respectivo consumidor, e às unidades consumidoras do Grupo B será realizado sob as condições do contrato de adesão".

Como se percebe, o fornecimento de energia elétrica é sempre precedido de um contrato entre concessionária e consumidor, contendo, entre outras cláusulas, a da demanda de potência elétrica, sendo que os consumidores do Grupo B (que demandam menor potência) celebram um contrato de adesão e os demais, do Grupo A (que demandam maior potência), celebram um contrato específico, para atender às suas específicas necessidades. As cláusulas e condições desse contrato são as previstas no art. 23 da Resolução ANEEL 456/2000, entre elas as que dizem respeito à potência de energia elétrica demandada pelo consumidor e que deverá ser disponibilizada pela concessionária. São as cláusulas relativas à *demanda de potência*. Essa Resolução traz, em seu artigo 2º, definições que elucidam o tema:

"Art. 2º. Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais:

(...)

III - Consumidor: pessoa física ou jurídica, ou comunhão de fato ou de direito, legalmente representada, que solicitar a concessionária o fornecimento de energia elétrica e assumir a responsabilidade pelo pagamento das faturas e pelas demais obrigações fixadas em normas e regulamentos da ANEEL, assim vinculando-se aos contratos de fornecimento, de uso e de conexão ou de adesão, conforme cada caso.

(...)

V - Contrato de adesão: instrumento contratual com cláusulas vinculadas às normas e regulamentos aprovados pela ANEEL, não podendo o conteúdo das mesmas ser modificado pela concessionária ou consumidor, a ser aceito ou rejeitado de forma integral.

VI - Contrato de fornecimento: instrumento contratual em que a concessionária e o consumidor responsável por unidade consumidora do Grupo "A" ajustam as características técnicas e as condições comerciais do fornecimento de energia elétrica.

(...)

Superior Tribunal de Justiça

VIII - Demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado.

IX - Demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW).

6. Delimitação do alcance da jurisprudência do STJ: distinção entre demanda de potência contratada e demanda de potência efetivamente utilizada:

É importante atentar para a definição de demanda contratada: é a demanda de potência ativa, expressa em quilowatts (kW), a ser "*disponibilizada pela concessionária*" ao consumidor, "*conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento*", que pode ou não ser "*utilizada durante o período de faturamento*". Demanda de potência contratada, bem se vê, não é demanda utilizada, e, se não representa demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não representa energia gerada e muito menos que tenha circulado. A simples disponibilização da potência elétrica no ponto de entrega, ainda que gere custos com investimentos e prestação de serviços para a concessionária, pode constituir - e efetivamente constitui - *fato gerador da tarifa do serviço público de energia*, mas certamente não constitui *fato gerador do ICMS*, que tem como pressuposto indispensável a efetiva geração de energia, sem a qual não há circulação. Ora, é fenômeno da realidade física, já se disse, que não há geração de energia elétrica sem que haja consumo. Daí o acerto, mais uma vez, da jurisprudência do STJ: a demanda de potência de energia simplesmente contratada ou mesmo disponibilizada, mas ainda não utilizada, não está sujeita à incidência de ICMS, porque o contrato ou a disponibilização, por si sós, não constituem o fato gerador desse tributo.

Entretanto, isso não significa dizer que o ICMS *jamaiz* pode incidir sobre a tarifa correspondente à demanda de potência elétrica. Tal conclusão não está autorizada pela jurisprudência do Tribunal. O que a jurisprudência afirma é que nas operações de energia elétrica o fato gerador do ICMS não é a simples *contratação* da energia, mas sim o seu efetivo *consumo*. Por isso se afirma que, relativamente à demanda de potência, a sua *simples contratação* não constitui fato gerador do imposto. Não se nega, todavia, que a potência elétrica efetivamente utilizada seja fenômeno incompatível ou estranho ao referido fato gerador. Pelo contrário, as mesmas premissas teóricas que orientam a jurisprudência do STJ sobre o contrato de demanda, levam à conclusão (retirada no mínimo *a contrario sensu*) de que a potência elétrica, quando efetivamente utilizada, é parte integrante da operação de energia elétrica e, como tal, compõe sim o seu fato gerador.

Do que até aqui se expôs, é evidente a importância de fazer a devida distinção entre demanda de potência *contratada* e demanda de potência *efetivamente utilizada*. Assim como a energia ativa (que, tecnicamente, é medida e expressa quantidade de quilowatts-hora (kWh) (Resolução ANEEL 456/2000, art. 2º XII), também a potência elétrica utilizada no consumo está sujeita a medição, que, tecnicamente, se expressa em quilowatts - (kW) (art. 2º, XXVII).

Superior Tribunal de Justiça

7. Sistema brasileiro de fixação da tarifa de energia:

A medição da potência elétrica é atividade rotineira e indispensável em relação aos consumidores do Grupo A. É que, em relação a eles, que demandam potências especiais, a fixação da tarifa mensal de energia é estabelecida, não simplesmente pela quantidade de energia, mas também pelo modo como o consumo ocorre, vale dizer, pelos níveis e pelas condições de utilização da demanda de potência. A propósito, o já referido Decreto 62.724/68, que define normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, dispõe, em seu art. 14 (redação dada pelo Decreto 86.463/81):

"O custo do serviço de fornecimento de energia elétrica deverá ser repartido, entre os componentes de demanda de potência e de consumo de energia, de modo que cada grupo ou subgrupo, se houver, de consumidores, responda pela fração que lhe couber".

Nessa linha, o art. 2º da Resolução 456/2000, referindo-se à estrutura tarifária (definida, no inciso XV, como "conjunto de tarifas aplicáveis às componentes de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas de acordo com a modalidade de fornecimento"), dividiu os consumidores em dois grupos:

XXII - Grupo "A": grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão inferior a 2,3 kV a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo nos termos definidos no art. 82, caracterizado pela estruturação tarifária binômica e subdividido nos seguintes subgrupos:

- a) Subgrupo A1 - tensão de fornecimento igual ou superior a 230 kV;*
- b) Subgrupo A2 - tensão de fornecimento de 88 kV a 138 kV;*
- c) Subgrupo A3 - tensão de fornecimento de 69 kV;*
- d) Subgrupo A3a - tensão de fornecimento de 30 kV a 44 kV;*
- e) Subgrupo A4 - tensão de fornecimento de 2,3 kV a 25 kV;*
- f) Subgrupo A5 - tensão de fornecimento inferior a 2,3 kV, atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo em caráter opcional.*

XXIII - Grupo "B": grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão superior a 2,3 kV e faturadas neste Grupo nos termos definidos nos arts. 79 a 81, caracterizado pela estruturação tarifária monômica e subdividido nos seguintes subgrupos:

- a) Subgrupo B1 - residencial;*
- b) Subgrupo B1 - residencial baixa renda;*
- c) Subgrupo B2 - rural;*
- d) Subgrupo B2 - cooperativa de eletrificação rural;*
- e) Subgrupo B2 - serviço público de irrigação;*
- f) Subgrupo B3 - demais classes;*
- g) Subgrupo B4 - iluminação pública*

Para os consumidores do Grupo B, que não necessitam de potência elétrica especial (e que, por isso, ajustam o fornecimento mediante contrato de adesão), ou

Superior Tribunal de Justiça

que por outra razão foram incluídos em tal grupo, a tarifa mensal é determinada levando em conta um valor unitário fixo do quilowatt (kW), o qual não leva em consideração o modo como se dá o consumo, mas apenas a quantidade consumida no período. Daí a denominação de tarifa *monômia*. Relativamente a esses consumidores, portanto, a medição do consumo se dá apenas por quantidade. Já para os consumidores do Grupo B, o valor da tarifa mensal leva em consideração, como já se disse, não apenas a quantidade de kWh consumida no período de faturamento, mas também o modo como esse consumo ocorreu nesse período. Nesse caso, o valor unitário de cada kW consumido leva em conta dois elementos (daí denominar-se tarifa *binômia*), a saber: (a) um de valor unitário fixo, que é multiplicado pela quantidade de kWh consumida no período, e outro (b) de valor unitário variável, fixado de acordo com as condições de utilização da demanda de potência elétrica no período de faturamento, para o que se considera, entre outros fatores, (b.1) o horário do dia em que o consumo se deu (nos horários de ponta a energia é mais cara; de madrugada é mais barata), (b.2) o dia da semana em que ocorreu o consumo (nos dias úteis é mais cara; nos domingos e feriados é mais barata), (b.3) a época do ano em que a energia é consumida (em época de seca é mais cara; em período úmido é mais barata), e assim por diante. A especificação desses elementos de cálculo constam dos artigos 49 a 52 da Resolução ANEEL 456/2000.

As definições das várias formas de composição dessa estrutura tarifária, constantes do art. 2º da Resolução ANEEL 456/2000, ilustram o que se acaba de afirmar:

"XVI - Estrutura tarifária convencional: estrutura caracterizada pela aplicação de tarifas de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência independentemente das horas de utilização do dia e dos períodos do ano.

XVII - Estrutura tarifária horo-sazonal: estrutura caracterizada pela aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica e de demanda de potência de acordo com as horas de utilização do dia e dos períodos do ano, conforme especificação a seguir:

a) Tarifa Azul: modalidade estruturada para aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica de acordo com as horas de utilização do dia e os períodos do ano, bem como de tarifas diferenciadas de demanda de potência de acordo com as horas de utilização do dia.

b) Tarifa Verde: modalidade estruturada para aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica de acordo com as horas de utilização do dia e os períodos do ano, bem como de uma única tarifa de demanda de potência.

c) Horário de ponta (P): período definido pela concessionária e composto por 3 (três) horas diárias consecutivas, exceção feita aos sábados, domingos, terça-feira de carnaval, sexta-feira da Paixão, "Corpus Christi", dia de finados e os demais feriados definidos por lei federal, considerando as características do seu sistema elétrico." (Redação dada pela Resolução ANEEL nº 090 de 27.03.2001)

Superior Tribunal de Justiça

d) Horário fora de ponta (F): período composto pelo conjunto das horas diárias consecutivas e complementares àquelas definidas no horário de ponta.

e) Período úmido (U): período de 5 (cinco) meses consecutivos, compreendendo os fornecimentos abrangidos pelas leituras de dezembro de um ano a abril do ano seguinte.

f) Período seco (S): período de 7 (sete) meses consecutivos, compreendendo os fornecimentos abrangidos pelas leituras de maio a novembro".

O que se quer salientar, com isso, é que, para efeito de faturamento da tarifa de energia consumida por unidades do Grupo A (em que o valor unitário do kWh consumido é composto também por um elemento variável), torna-se indispensável o permanente monitoramento do modo em que o consumo ocorre. Nesses casos, portanto, a medição da quantidade consumida (o que se faz por uma aparelhagem), e pela demanda potência elétrica utilizada no consumo (o que se faz por aparelhagem própria). Daí a distinção, feita expressamente no art. 2º da Resolução ANEEL 456/2000, entre *demanda contratada* (estabelecida no inciso IX, já transcrito) e *demanda medida*, assim conceituada:

"XII - Demanda medida: maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada no intervalo de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)".

É intuitiva a constatação, por isso mesmo, de que a demanda medida pode ser menor, igual ou maior do que a demanda contratada. É o que também decorre do mesmo art. 2º da Resolução, que estabelece no inciso X:

"X - Demanda de ultrapassagem: parcela da demanda medida que excede o valor da demanda contratada, expressa em quilowatts (kW)".

8. Ponto central da controvérsia e a solução cabível:

Verifica-se, do acima exposto, que, segundo o sistema vigente, o faturamento mensal da energia é proporcional à quantidade do consumo, devendo cada um dos elementos que compõem a tarifa ser especificamente discriminado na fatura. Todavia, nos casos em que se aplica a tarifação binômia (consumidores com maior demanda de potência elétrica), um dos elementos do valor unitário da tarifa é fixado levando em consideração, entre outros fatores, a demanda *contratada* de potência, salvo se esta for menor que a demanda medida, ou seja, salvo quando há demanda de ultrapassagem. Se os limites contratados forem excedidos, *"sobre a parcela da demanda medida que superar a respectiva demanda contratada, será aplicada a tarifa de ultrapassagem (...)"* (art. 56 da Resolução ANEEL 456/2000), assim definida no inciso XXXVII do art. 2º:

"XXXVII - Tarifa de ultrapassagem: tarifa aplicável sobre a diferença positiva entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos".

Superior Tribunal de Justiça

Fica identificado, assim, o ponto central da controvérsia, que consiste, no fundo, em saber se, para efeito de composição da tarifa de energia elétrica aplicável sobre o consumo ocorrido no período de faturamento, é legítima a adoção do valor correspondente à demanda *simplesmente contratada*, caso este seja inferior ao da demanda medida (quando é superior, já se viu, o cálculo é feito pela *demandada medida*, com aplicação da *tarifa de ultrapassagem*); ou se, ao contrário, a fixação deve se dar *sempre* com base no valor da demanda elétrica *efetivamente medida*.

Ora, por tudo o que se viu, o modo de cálculo que leva em consideração o valor da demanda simplesmente contratada pode ser legítimo para efeito de fixação da *tarifa do serviço público* de energia. Todavia, para efeito de *base de cálculo de ICMS*, que supõe sempre o efetivo consumo, a fixação do valor da tarifa de energia deve levar em conta a demanda de potência efetivamente utilizada, como tal considerada a *demandada medida* no correspondente período de faturamento, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

Cumpra registrar que esse mesmo entendimento é adotado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (v.g., Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.035454-0, relator o Desembargador Francisco Oliveira Filho, julgado em 09.10.07), onde, inclusive, foi objeto de recente súmula (Súmula 21, relator o Desembargador Luiz César Medeiros), cujo enunciado explicita adequadamente a matéria:

"Incidirá ICMS não-somente sobre os valores referentes à energia elétrica consumida (kWh) e à demanda de potência efetivamente utilizada (kW), aferidas nos respectivos medidores, independentemente do quantitativo contratado"

Também no mesmo sentido decide o Tribunal de Justiça da Paraíba, como se vê do Mandado de Segurança n. 999.2006.000859-9/01, relator o Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos (DJ de 11.05.2007).

9. Decisão para o caso concreto

No caso dos autos, a autora é consumidora do Grupo A, mantendo com a concessionária, por isso mesmo, um contrato especial de fornecimento de energia elétrica. As condições de disponibilização de demanda de potência foram estabelecidas nos itens 1.2, 2.2 a 2.5, 3.2 e 3.3 do contrato (fls. 55 a 67), com as alterações constantes de posteriores termos aditivos (fls. 6873 e fls. 74 a 77). O pedido formulado na inicial é *"para que se declare a inexistência de relação jurídica entre Autora e Réu que a obrigue ao pagamento do ICMS sobre os valores contratados de energia reservada e não consumida, bem como condene o Réu a restituir à Autora os valores pagos a esse título tal como demonstrado na planilha de notas fiscais em anexo"* (fls. 07). Examinado isoladamente e dependendo do modo como se interpreta tal pedido, ele até poderia encontrar respaldo nos fundamentos acima alinhados. Todavia, a extensão exata da pretensão da autora somente pode ser aferida com o exame dos fundamentos da inicial, notadamente na segunda parte do seu item 1.1, onde está afirmado o seguinte:

"A demanda reservada consiste em uma reserva de potência de

Superior Tribunal de Justiça

energia ou, em outras palavras, em potencial de energia elétrica colocado à disposição da Autora pela CEMIG, cuja quantidade é estabelecida em contrato. O propósito de se contratar esta demanda reservada é o de propiciar à Autora a garantia de utilização de energia elétrica de acordo com suas necessidades, que podem variar, cabendo à concessionária realizar os investimentos e obras necessários para tanto, além de operar e manter todo o sistema.

A demanda reservada é mensurada periodicamente por meio de aparelho de medição próprio e exclusivo, separado do de consumo. Do mesmo modo, na nota fiscal emitida pela CEMIG distingue-se a energia consumida da demanda reservada, destacando-se os valores de cada uma. Assim, pretende a Autora que o ICMS recaia somente sobre o valor da energia efetivamente fornecida pela CEMIG e consumida, excluindo de sua base de cálculo o valor da energia compreendida no conceito de demanda reservada (...)" (fls. 02/03).

Bem se vê, destarte, que a real pretensão da autora é haver a repetição do valor do ICMS incidente sobre a potência elétrica contratada ("reservada"), sem, no entanto, considerar nem abater a parcela correspondente à potência efetivamente utilizada. Nessa compreensão, o pedido deve ser acolhido em parte, para condenar a demandada a restituir a parcela do ICMS sobre a parte da tarifa correspondente à diferença entre a potência elétrica contratada e a medida, quando esta for menor, conforme ficar apurado em liquidação (...)"

3. O caso dos autos é semelhante ao do precedente em que esse voto foi proferido. No curso da inicial, entre outros fundamentos, afirma a impetrante o seguinte:

"No caso em tela, o tributo denominado ICMS recolhido pela Fazenda Estadual não deve incidir sobre a parte da conta de energia elétrica referente à 'demanda constantes nas faturas de energia elétrica, pois esta não tem relação com o valor pago às concessionárias em função da energia efetivamente consumida no mês. O preço da 'demanda' é fixado em função de um consumo presumível, baseado na potência dos aparelhos instalados pelo consumidor e que se refere à energia que a concessionária poderia ter sido chamada contratualmente a entregar ao consumidor.

A tarifa correspondente à 'demanda', assim, visa somente a recompensar a concessionária pelo serviço público (fornecimento de energia elétrica) que, apesar de não ter sido prestado, foi posto à disposição do consumidor. A tarifa de 'consumo', por sua vez, remunera o efetivo fornecimento de energia elétrica pela concessionária.

Portanto, a 'demanda reservada de potência', por não constituir operação de circulação da mercadoria 'energia elétrica', não é fato gerador do ICMS" (fls. 07).

O pedido formulado no recurso especial, por sua vez, é o seguinte:

"(...) com a procedência, seja permitido o recorrente, para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, seja afastado da base de cálculo da exação em análise o valor pago do critério de Demanda Reservada ou Contratada, independentemente do efetivo consumo, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida" (fls. 198).

Inobstante a dubiedade desse pedido (circunstância também verificada no pedido formulado

Superior Tribunal de Justiça

na inicial – fls. 18), a demandante dá a entender que seria ilegítima a cobrança de ICMS sobre *todo e qualquer* valor relacionado a demanda reservada de potência, o que, conforme se viu, não procede. Com efeito, é perfeitamente legítima a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência contratada e *efetivamente consumida*. O que é ilegítima, repita-se, é a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência simplesmente contratada mas *não utilizada* pelo consumidor.

Anoto que essa conclusão guarda consonância com a manifestação da Confederação Nacional da Indústria - CNI, como *amicus curiae*, a fls. 604:

"A demanda contratada pelo grande consumidor de energia com a distribuidora de energia elétrica só é fato gerador do tributo em questão na medida em que o consumidor faz uso dessa energia, pois é só nessa medida que tem lugar a transferência, pressuposto do tributo *sub examen*.

Quando um consumidor industrial reserva uma certa quantidade de potência energética com a distribuidora e não chega a consumir toda essa monta, observa-se que, em relação à diferença, não ocorreu a condição necessária e suficiente para o nascimento da obrigação tributária"

Em suma: o pedido da impetrante deve ser acolhidos em parte, para reconhecer indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas *não utilizada*.

4. Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial.

Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais de Justiça (art. 6º da Resolução STJ 08/08), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ 08/08.

É o voto.

*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)****QUESTÃO DE ORDEM**

EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Sr. Presidente, especificamente sobre este recurso repetitivo, tenho algo a dizer.

No Superior Tribunal de Justiça, havia uma jurisprudência firmada de muitos anos, quando o Sr. Ministro Castro Meira trouxe um voto inteiramente divergente para esta Seção. A partir dessa divergência, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki formulou seu voto, trazendo uma terceira hipótese, e foi julgado apenas naquela oportunidade. Ninguém mais discutiu sobre demanda reservada à luz do que o Sr. Ministro Castro Meira tinha exposto e à luz da tese do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Parece-me que essa questão não foi debatida, certamente que por mim não foi.

Questiono sobre colocarmos a questão no processo repetitivo antes de debatermos bastante a matéria.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : **MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA**
ADVOGADO : **FELIPE DE SOUTO E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROCURADOR : **RICARDO DE ARAÚJO GAMA E OUTRO(S)**

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Sr. Presidente, o tema é muito importante, os argumentos do Sr. Ministro Relator são muito fortes para as controvérsias que estão em múltiplos recursos do Tribunal, mas também as ponderações da Sra. Ministra Eliana Calmon têm que ser levadas em consideração.

Acompanho, portanto, o pensamento da Sra. Ministra Eliana Calmon.

*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)**

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : **MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA**
ADVOGADO : **FELIPE DE SOUTO E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROCURADOR : **RICARDO DE ARAÚJO GAMA E OUTRO(S)**

VOTO-VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: Sr. Presidente, a matéria tem sido bastante debatida. Já levamos esta questão à Turma, à Seção, o processo ficou suspenso e ouvimos o brilhante voto do Ministro Teori Albino Zavascki, cujas premissas, em muitos pontos, em quase todo o desenvolvimento, coincide com o voto-vista que eu havia também apresentado no Recurso Especial nº 586.120/MG.

Relembro o voto que proferi naquela ocasião, apenas fazendo breves achegas que me ocorreram posteriormente.

Começo por mostrar que o mercado de energia elétrica divide-se, atualmente, entre consumidores livres, que podem optar pelo fornecedor, e os consumidores cativos, que estão vinculados à concessionária que detém aquela exploração na área onde estão situados. A diferença substancial entre esses dois tipos de consumidores está na quantidade de energia demandada. Se a tensão de fornecimento for igual a três megawatts e 69.000 volts, adquire o consumidor a liberdade de escolher o fornecedor de sua energia, sendo possível a contratação de distribuidor de outra localidade ou até mesmo de produtor independente.

A questão da distribuição é coordenada e controlada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico-ONS, se não me engano.

A Resolução nº 456 da ANEEL dividiu os consumidores nesses dois grupos referidos. No grupo A, ficaram os consumidores livres, as grandes empresas, na verdade; e no grupo B os consumidores cativos.

Aos consumidores incluídos no grupo A, a resolução, embora confira a liberdade de escolha de fornecedor, obriga a contratação de uma reserva de potência.

Isso já foi explicado da tribuna como necessário para a preservação do próprio sistema. Se, em determinados momentos, houver uma procura excessiva, poderá acarretar a sobrecarga de energia com interrupção no fornecimento e prejuízo para todo o conjunto.

Então, vem daí a chamada "demanda contratada", que está definida no art. 2º, inciso IX, da Resolução e que já foi lido. Relembro:

"Demanda contratada é aquela demanda de potência ativa, obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária no ponto de entrega conforme o valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento expresso em quilowatts."

Superior Tribunal de Justiça

Quanto ao pagamento à concessionária de energia, não há nenhuma dúvida de que isso deverá ser feito nos termos da Resolução da ANEEL:

"Os consumidores cativos (Grupo B) são obrigados a aderir a contrato padrão. Não podem escolher o respectivo fornecedor (recebem energia da empresa que detiver a concessão da área) e, em razão do pequeno consumo, estão sujeitos à tarifa monômnia, vale dizer, pagam apenas pela energia efetivamente consumida."

Isso está também na resolução da ANEEL, no inciso XXXV, quando diz que:

"Tarifa monômnia: tarifa de fornecimento de energia elétrica constituída por preços aplicáveis unicamente ao consumo de energia elétrica ativa".

Já os consumidores livres (Grupo A) assinam contrato que deve conter uma série de especificidades, entre elas a demanda contratada. Esses consumidores devem aferir a potência instalada em seu estabelecimento, que é a "soma das potências nominais de equipamentos elétricos de mesma espécie instalados na unidade consumidora e em condições de entrar em funcionamento" (art. 2º, XXIX da Resolução), para então contratar com a fornecedora a respectiva demanda.

Aqui, já foi sublinhado muito bem a necessidade que têm os grandes consumidores de se aproximar o quanto possível desse montante, devido à tarifa de ultrapassagem.

Assim, a tarifa é binômnia, já que abrange, além do valor da energia elétrica efetivamente consumida, o valor devido a título de demanda contratada, nos termos do art. 2º, XXXVI, da Resolução, que dispõe:

"XXXVI - Tarifa binômnia: conjunto de tarifas de fornecimento constituído por preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa e à demanda faturável".

É fácil perceber que, nesse sistema de tarifação, a empresa fornecedora coloca à disposição do consumidor energia para consumo imediato, bem como uma quantia de energia elétrica contratada, para uso a qualquer momento, comprometendo-se a não comercializá-la com terceiros.

Enquanto o pagamento pela demanda consumida remunera a energia efetivamente utilizada no estabelecimento, o pagamento a título de demanda potencial corresponde à garantia de fornecimento de uma quantidade de energia previamente estipulada no contrato.

A razão dessa estrutura tarifária se explica. O atendimento das necessidades do grande consumidor possibilita identificar o grau de regularidade com que a energia é consumida, permitindo, com isso, a adoção de uma política tarifária que impute àquele que exige dimensionamento maior do sistema elétrico um preço mais elevado pela energia, mediante adoção de tarifas diferenciadas.

Se o consumo efetivamente utilizado mostrar-se inferior ao garantido pela demanda contratada, o valor referente será cobrado como energia elétrica consumida. Se for superior, o consumidor deverá arcar com a tarifa de ultrapassagem, conceituada na Resolução da seguinte forma:

"XXXVII - Tarifa de ultrapassagem: tarifa aplicável sobre a diferença positiva

Superior Tribunal de Justiça

entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos".

Para evitar a aplicação constante da tarifa de ultrapassagem ou o desperdício, a Resolução permite ao consumidor o ajuste da demanda a ser contratada, para mais ou para menos".

De tal modo que não há aquele problema de não usar nada, e pagar. Se a empresa vai deixar de funcionar, seria o caso de pedir suspensão do fornecimento de energia. Não ficará obrigado a pagar quando não houver consumo e poderá, inclusive, fazer esse ajuste para menos também.

Feita essa exposição, passo à controvérsia destes autos.

Cinge-se a questão em saber se o ICMS deve, ou não, incidir sobre o elemento tarifário identificado na fatura como demanda contratada de energia elétrica.

Examino o problema, inicialmente, sob o prisma do fato gerador do ICMS e de seu elemento temporal.

A energia elétrica é considerada, para fins tributários, mercadoria, sujeitando-se a circulação à incidência do ICMS.

Esse fato causou certa estranheza talvez porque, originalmente, sempre se pensou no ICM antigo e no ICMS em relação a bens corpóreos, em mercadorias, enquanto aqui estamos falando em energia, que evidentemente é um bem incorpóreo.

Do voto-vista que proferi no REsp nº 586.120/MG destaco o seguinte fragmento:

"Embora se considere ocorrido o fato gerador do imposto, via de regra, na saída da mercadoria do estabelecimento comercial, a Lei Complementar 87/96 fixa, nos incisos do art. 12, diversos marcos temporais de exteriorização da hipótese de incidência tributária.

À exceção das operações interestaduais com energia elétrica, em que se considera consumado o fato gerador no momento da entrada da energia em outro estado da Federação (art. 12, XII, da LC 87/96), não há explicitação alguma na Lei sobre o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS no caso de operações internas com energia elétrica.

A genérica menção feita pelo legislador complementar à saída da mercadoria do estabelecimento como marco temporal de incidência do imposto, não encontra adequada aplicabilidade quando se trata de operação envolvendo energia elétrica. Por ocasião de sua saída do estabelecimento gerador, seu usuário é indeterminado, pois, fluindo a corrente pelas linhas de transmissão e de distribuição, poderá ser consumida por quem quer que seja que a elas tenha acesso, não havendo como identificá-lo.

Se a empresa que produz a energia não for também aquela que distribui, torna-se difícil, senão impossível, identificar a pessoa que consumiu a energia elétrica gerada.

Há também outro agravante que dificulta a adoção da saída como elemento temporal do fato gerador do imposto: o sistema elétrico é hoje totalmente interligado, composto pelas diversas usinas que estão a ele conectadas. Tal fato impossibilita a identificação do estabelecimento produtor que deu saída à energia elétrica entregue a determinado consumidor, já que todos os geradores entregam a energia ao Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e os compradores a recebem desse mesmo operador.

Em face das particularidades que envolvem a circulação de energia elétrica,

Superior Tribunal de Justiça

somente a fase de distribuição se mostra apta a concretizar, no tempo, a hipótese de incidência tributária, com a entrega da energia ao consumidor.

A entrega de energia elétrica ao consumidor está prevista na Resolução 456/00, que conceitua o chamado Ponto de Entrega nos seguintes termos:

'XXVI - Ponto de entrega: ponto de conexão do sistema elétrico da concessionária com as instalações elétricas da unidade consumidora, caracterizando-se como o limite de responsabilidade do fornecimento'.

O ponto de entrega situa-se no limite da via pública com o imóvel em que se localiza a unidade consumidora.

A agência reguladora do sistema elétrico considera satisfeita a prestação, por cujo cumprimento se obrigou a distribuidora, com a entrega da energia elétrica no ponto de conexão do sistema elétrico, cabendo-lhe, até então, adotar as providências necessárias a viabilizar o fornecimento da energia elétrica e cessando, a partir daí, sua responsabilidade pela prestação do serviço.

Segundo a regra, disponibilizada a energia no ponto de entrega, cessa a responsabilidade do fornecedor, por considerar-se entregue a mercadoria.

Como a energia elétrica é tratada como bem móvel por ficção legal, torna-se compreensível que a entrega da mercadoria no ponto de conexão seja adotado como critério decisivo de imputação temporal da operação tributável que, assim, se considerará ocorrida nesse instante.

Sob esse prisma, a simples colocação da energia elétrica à disposição do consumidor no ponto de entrega já é suficiente para aperfeiçoar o fato gerador do imposto. Segundo o valioso magistério de Ataliba e Cléber Giardino, a circulação a que se refere o texto constitucional implica a transmissão de um conjunto de direitos que dê ao beneficiário, no mínimo, poderes de disposição sobre a coisa, pois "convencionou-se designar por titularidade de uma mercadoria a circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica). Esse fenômeno é que importa, no plano do ICM.

Nesses termos, a destinação dada à potência contratada, seja ela efetivamente utilizada ou não, é circunstância irrelevante para a incidência do ICMS.

Dá-se a circulação do bem quando disponibilizada a energia no ponto de entrega indicado no contrato de fornecimento. A partir desse momento, pode-se dizer que a empresa fornecedora já não detém titularidade sobre a demanda contratada.

Assim, o fato de não ter sido consumida a energia não desfigura a operação de circulação, já que, colocada à disposição do consumidor, nenhum outro usuário poderá consumi-la. A circulação do bem energia elétrica é inquestionável tanto no contrato padrão quanto no contrato de demanda. Naquele, o bem é fornecido pela concessionária de energia e efetivamente utilizado pelo consumidor; neste, o bem é fornecido pela concessionária, podendo ou não ser utilizado pelo consumidor.

O consumidor do Grupo A paga não apenas pela energia efetivamente consumida, mas também por aquela colocada à sua disposição, energia que lhe foi entregue, sendo esta circulação o fato gerador do ICMS.

Ainda que o consumidor não utilize toda a energia que reserva, não se pode dizer que não houve transferência da mercadoria. Havendo a necessidade, a energia necessária estará de pronto à disposição do usuário, em clara evidência de que ocorreu circulação, não apenas em relação à energia que consumiu, mas também em relação à potência que reservou.

Superior Tribunal de Justiça

Em outras palavras, o consumidor está pagando para garantir a energia que consome ou para dispor, quando bem lhe aprouver, de demanda de energia colada à sua disposição.

Ao contratar uma determinada potência elétrica, o grande consumidor garante-se de que a concessionária estará aparelhada para suprir a demanda estabelecida no contrato. Eventual necessidade de aumento posterior da carga instalada, que exija elevação da potência contratada, deverá ser previamente submetida à apreciação da concessionária, para aferir-se a necessidade de adequação do sistema elétrico.

Examinada a questão a partir da ótica do fato gerador, o exame sob o prisma da base de cálculo parece ainda mais esclarecedor.

O conceito de demanda contratada não deixa dúvidas quanto à natureza securitária que assume. Consoante o art. 2º, inciso IX, da Resolução 456/00, demanda contratada é a 'demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento'.

O consumidor de grande porte, geralmente industrial, não pode correr o risco de ficar sem o fornecimento de energia elétrica, necessária à movimentação de suas máquinas e à realização da própria atividade. Para tanto, ao contratar com o fornecedor que escolheu, fixa no contrato a demanda de energia que, obrigatória e continuamente, deve estar disponível no ponto de entrega para uso imediato, independentemente de qualquer comunicação à empresa contratada.

Mesmo que não venha a ser consumida totalmente a energia indicada no contrato, por ela deverá pagar o consumidor, já que a demanda esteve integral e ininterruptamente disponível ao consumo no ponto de entrega. Em outras palavras, o fornecedor assegurou ao usuário consumo compatível com a demanda que reservou, garantindo o fornecimento nos patamares fixados no contrato.

Não há dúvida, portanto, de que a demanda contratada ostenta a natureza de seguro. À semelhança do que ocorre nos seguros convencionais, em que deve ser pago o valor ajustado independentemente de ocorrer o sinistro, no caso da demanda contratada o montante acordado também deve ser pago independentemente do consumo integral da energia reservada.

Recorrendo à analogia, é como se o consumidor pagasse pela garantia de que o fornecimento não cessará até o limite indicado no contrato a título de demanda reservada.

Fixada a natureza securitária da demanda contratada, é preciso lembrar a regra fixada no art. 13, § 1º, da Lei Complementar 87/96, que dispõe:

'§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) **seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;**

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado'.

Superior Tribunal de Justiça

Como se vê, os seguros, quando não sofrerem a incidência do IOF, devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS quando recebidos pelo sujeito passivo do imposto.

Ademais, o art. 9º, § 1º, II, da LC 87/96, ao fixar como base de cálculo do imposto nas operações com energia elétrica o valor praticado na 'operação final', indiscutivelmente, autoriza a cobrança do ICMS sobre a 'demanda contratada'. Na operação final, a energia elétrica ingressa no estabelecimento consumidor onerada tanto pelo consumo efetivo quanto pela demanda de potência elétrica reservada pelo usuário junto ao operador do sistema.

Como a base impositiva do imposto deve resultar da valorização de todos os elementos que integram o núcleo material da hipótese de incidência do ICMS, a tarifa binômica, por abrigar componentes distintos do custo diretamente afetos ao fornecimento da energia elétrica, deve necessariamente integrar sua base de cálculo, pois, somente assim, estará exprimindo a real dimensão financeira do fato gerador do imposto.

Como a base de cálculo lógica e típica no ICMS, na hipótese de energia elétrica, é o valor de que decorrer sua entrega ao consumidor, este valor outro não poderá ser senão aquele indicado na fatura emitida pela concessionária, por abrigar naturalmente todos os custos desde a geração até a entrega do produto.

Se o ICMS deve incidir sobre o valor real da operação, descrito na nota fiscal de venda do produto ao consumidor, não há razão que justifique a exclusão de sua base de cálculo do valor cobrado a título de demanda contratada, seja porque apresenta natureza de seguro (e o art. 13, § 1º, da LC 87/96 autoriza a sua inclusão na base de cálculo do imposto), seja porque este elemento tarifário está contido no valor praticado na 'operação final' (a que alude o art. 9º, § 1º, II, da LC 87/96, ao fixar a base de cálculo do imposto nas operações com energia elétrica).

A demanda contratada apresenta-se como componente indissociável da tarifa devida à concessionária e foi introduzido, exatamente, com o propósito de corrigir a distorção constatada na estrutura tarifária, de modo a onerar em maior escala o consumidor que faz uso irregular da potência elétrica que o sistema é obrigado a disponibilizar continuamente.

Como contrapartida pela demanda contratada, o fornecedor de energia assume todos os custos, operacionais e de investimento, com a oferta contínua de energia em grande escala. Quanto maior for a demanda de potência elétrica contratada, maiores serão os investimentos que a concessionária terá que realizar para atender o consumidor eletro intensivo e, somente assim, poderá ser preservada a equação financeira do contrato. Se assim não fosse, sem a garantia de uma retribuição mínima que assegurasse sua amortização, ninguém assumiria a onerosa responsabilidade pela prestação de um serviço adequado de suprimento da energia na potência exigida.

Para mostrar a importância do elemento 'demanda' na composição da tarifa, traz-se o seguinte exemplo adotado por uma equipe de auditores fiscais do Estado da Bahia:

'Uma casa de praia (Casa 1) tem apenas uma lâmpada de 100 Watts, ou seja, de 0,1 kW, ligada 24 horas por dia, ininterruptamente. A casa vizinha (Casa 2) tem apenas um chuveiro elétrico de 4,8 kW que é ligado por apenas trinta minutos, a cada dia. No final de um mês, os medidores de energia de cada casa terão registrado exatamente o mesmo consumo, ou seja, 72 kWh, mas não a mesma demanda.

Se as casas fossem dotadas de medidores de demanda, a primeira casa teria registrado a demanda de 0,1 kW no mês, enquanto a casa vizinha teria

Superior Tribunal de Justiça

registrado a demanda de 4,8 kW'.

No caso, a fornecedora que atende às duas casas deveria estar aparelhada para uma demanda de potência correspondente a 4,9 kW, que é o resultado da soma de 0,1 kW (primeira casa) com 4,8 kW (segunda casa).

No exemplo citado, não seria justo que o proprietário da Casa 2 pagasse o mesmo preço pelo serviço fornecido, se, para fazer uso diário do aparelho por apenas 30 minutos, e em horário incerto e que pode coincidir com o momento em que o abastecimento é mais crítico, exigiu do sistema uma potência elétrica de 4,8 KW, enquanto a demanda solicitada pela lâmpada da Casa 1, que permaneceu acesa durante todo o mês, consumindo a mesma quantidade de KWh, exigiu apenas 0,1 de KW.

Não é razoável concluir que a energia elétrica tenha representado para a concessionária um mesmo custo nos dois casos. Por consequência, também não é razoável inferir que a energia tenha ingressado no estabelecimento consumidor por um mesmo preço, tanto no exemplo 1 como no exemplo 2.

A situação hipotética serve para mostrar que o elemento 'demanda contratada' se apresenta como componente indissociável da tarifa devida à concessionária, não podendo ser apartada do consumo efetivo para fins de se apurar a base de cálculo do ICMS".

Com essas considerações aqui apresentadas e que alguns colegas já tinham conhecimento, peço vênha ao eminente Ministro Relator para **negar provimento ao recurso especial.**

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

Em julgamentos proferidos pela Primeira Turma/STJ, já acompanhei voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, sustentando que o fato gerador do ICMS é a demanda efetivamente consumida, e não a contratada.

A título exemplificativo, pode-se citar o acórdão proferido no julgamento do REsp 579.416/ES (1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 29.3.2007), no qual foi consignado que, *"segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica"*.

Na condição de Relatora, menciono o acórdão proferido no julgamento do REsp 952.834/MG (1ª Turma, DJ de 12.12.2007), no qual, reiterando precedente da Segunda Turma/STJ (REsp 825.350/MT, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26.5.2006), afirmei que *"o fato gerador do ICMS dá-se com a efetiva saída do bem do estabelecimento produtor, a qual não é presumida por contrato em que se estabelece uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica sem a sua efetiva utilização"*.

Com tais considerações, acompanho o voto do Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : FELIPE DE SOUTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : RICARDO DE ARAÚJO GAMA E OUTRO(S)

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

A controvérsia restringe-se à não-incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, quando não consumida. Somente incide o ICMS sobre a demanda efetivamente consumida, e não sobre a contratada, pois o fato gerador da obrigação é a energia elétrica consumida; se não ocorrer o consumo, não há porque incidir a obrigação da cobrança do tributo. Esse entendimento está pacificado nas duas Turmas, inclusive na Primeira Seção, conforme jurisprudência que cito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA. APLICAÇÃO AO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não incide ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no Ag 828.282/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10.4.2007, DJ 25.4.2007.)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. e 2. (...)

3. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica. 4. a 6. (...)

7. Recurso especial da autora parcialmente provido. 8. Recurso adesivo provido."

Superior Tribunal de Justiça

(REsp 579.416/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 1.3.2007, DJ 29.3.2007.)

Todavia, diante do voto-vista do Min. Castro Meira - proferido no recurso em mandado de segurança 21.748 - passei a manifestar meu entendimento no sentido de que deve incidir o ICMS na operação de energia elétrica conhecida como "demanda contratada".

De fato, a própria agência reguladora do sistema elétrico entende que a responsabilidade da distribuidora vai até a disponibilização da energia elétrica no ponto de conexão do sistema elétrico. A partir daí, se a energia será ou não consumida, não interessa para a incidência do ICMS.

O importante é que a energia foi disponibilizada ao consumidor, e que esta mesma energia não retorna ao poder da distribuidora, tampouco poderá ela ser vendida a terceiros, ou seja, a transferência da mercadoria esgotou-se no momento em que foi colocada à disposição no **ponto de conexão**.

Desta forma, se a empresa reservou energia perante a distribuidora de energia elétrica, deverá pagar ICMS, tendo como base de cálculo toda esta "**reserva contratada**", independente ou não de tê-la utilizado.

Interessante observar a posição jurisprudencial intermediária adotada pelo Estado de Santa Catarina, ao sumular a questão da seguinte forma:

"Súmula 21 do TJ/SC: Incide ICMS tão-somente sobre os valores referentes à energia elétrica consumida (kWh) e à demanda de potência efetivamente utilizada (kw), aferidas nos respectivos medidores, independentemente do quantitativo contratado."

Para essa corrente intermediária, a base de cálculo do ICMS é a demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, considerando-se a demanda medida, segundo a regulamentação da ANEEL (Resolução 456/2000), não importando se a quantidade de energia medida é **menor, igual ou maior que a demanda contratada**.

Assim, segundo essa corrente, não se considera a energia elétrica efetivamente consumida, mas sim a demanda de potência efetivamente utilizada (kw). Em outro dizer, o quanto a empresa **reservou de energia** para consumo, que é medida segundo os critérios da ANEEL.

Em meu sentir, todavia, o entendimento de que a demanda que foi contratada deve prevalecer pois o importante é que a energia foi disponibilizada ao

Superior Tribunal de Justiça

consumidor, e que esta mesma energia não poderá voltar ao poder da distribuidora, tampouco vendida a terceiros, ou seja, a transferência da mercadoria esgotou-se em face de sua colocação à disposição no *ponto de conexão*.

Ante o exposto, entendo pela incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, para fundamentar o não-provimento do recurso especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Discute-se a incidência do ICMS sobre fornecimento de energia elétrica, considerando a existência de demanda contratada, também conhecida por reserva de demanda ou demanda garantida.

O Fisco Estadual defende que o tributo incida sobre o total pago pela empresa, e não apenas sobre a energia efetivamente consumida no período.

Os grandes consumidores de energia elétrica firmam com as empresas distribuidoras contratos que garantem o fornecimento de determinada potência em um período considerado.

Isso assegura que o sistema elétrico suportará a carga correspondente ao consumo conjunto de energia.

Por outro lado, os consumidores comprometem-se a remunerar a distribuidora por todo o valor da demanda contratada, e não apenas por aquilo que efetivamente utilizarem.

Não há dúvida quanto à incidência do ICMS na hipótese de o consumo corresponder ou superar a potência garantida.

A questão ganha relevo quando o adquirente da energia utiliza apenas parcela do valor total contratado, ou seja, quando o consumo é menor que a demanda garantida.

Como dito, o Fisco Estadual entende que a base de cálculo do ICMS corresponde à totalidade do montante contratado.

Entretanto, é preciso considerar que o tributo incide sobre a efetiva circulação da mercadoria, e não sobre a celebração de contratos.

No caso da energia elétrica, a aquisição da mercadoria corresponde àquilo que é produzido e entregue ao interessado. Essa é a circulação econômica e jurídica que interessa à incidência do ICMS.

O fato gerador do imposto estadual não pode ser ampliado para abarcar outro fenômeno que não aquele previsto na Constituição Federal, no caso, circulação de

Superior Tribunal de Justiça

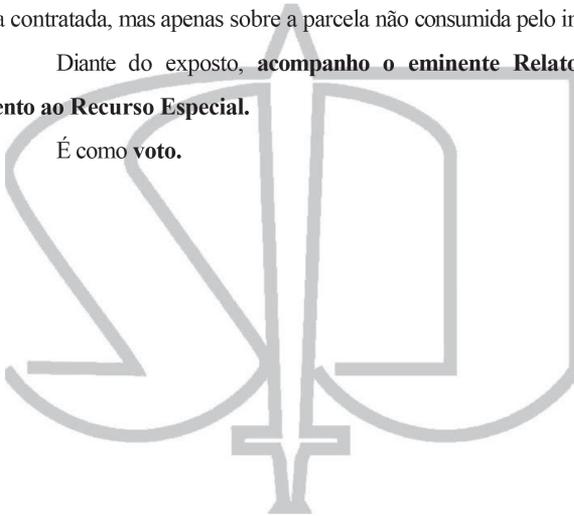
mercadoria.

A contratação da demanda é objeto de negócio jurídico importante para a integridade do sistema elétrico e para as atividades empresariais. Isso não significa, porém, que a incidência estadual poderá alcançar a totalidade do contrato. Trata-se de garantia de fornecimento que, por isso mesmo, não se confunde com a efetiva entrega da mercadoria e, portanto, com a circulação tributável pelo Estado.

Importante salientar que não se afasta a tributação do ICMS sobre toda a demanda contratada, mas apenas sobre a parcela não consumida pelo interessado.

Diante do exposto, **acompanho o eminente Relator, para dar parcial provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**



Superior Tribunal de Justiça

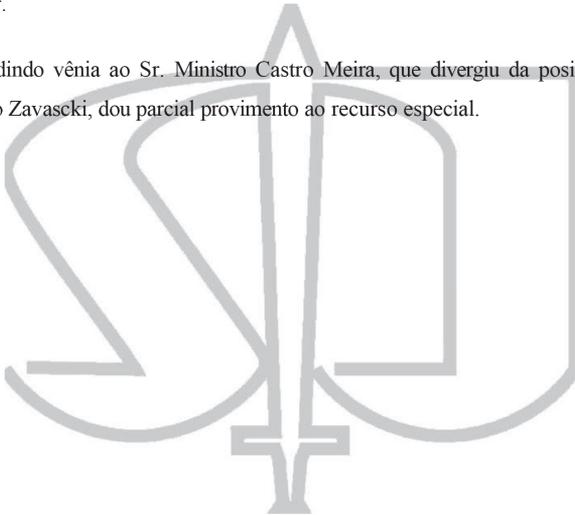
RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Sr. Presidente, concordo com a delimitação feita para fixação da abrangência do fato gerador apresentada no voto do eminente Ministro Relator. Entendo que não estamos confundindo a situação de política tarifária, como foi dito anteriormente, com a delimitação do fato gerador.

Pedindo vênias ao Sr. Ministro Castro Meira, que divergiu da posição do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, dou parcial provimento ao recurso especial.



*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)****VOTO-VOGAL**

EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Sr. Presidente, cheguei aqui pensando que existiam três correntes, inclusive fiquei preocupada porque não estava entendendo o voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, o qual, a meu ver, era intermediário. Pelos memoriais, os advogados também estavam interpretando dessa maneira, ou seja, que havia uma posição do Tribunal, outra inaugurada pelo Sr. Ministro Castro Meira e uma posição intermediária do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki em falar de demanda de potência.

Ao final do voto, fiquei devidamente esclarecida. Não existem três posições, mas apenas duas. A do Sr. Ministro Relator afirma o seguinte: paga-se o ICMS, e o ICMS é o que está na lei complementar; não é o governador, nem a Anatel, quem diz é a lei, ou seja, a lei em sentido formal e material, não pode ser resolução, não pode ser nada; o fato gerador é a lei.

A lei determina o fato gerador, que é a circulação da mercadoria. Se energia é mercadoria, só pode ser sobre aquilo que circula. O que não circula pode ser contratado, e é o valor do contrato, mas não é ICMS. Pode ser qualquer coisa, mas não pode ser ICMS.

Adiro inteiramente ao voto do Sr. Ministro Relator, que desceu a detalhes e, por isso, me confundi, dando parcial provimento ao recurso especial.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 960.476 - SC (2007/0136295-0)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Sr. Presidente, entendo como o Sr. Ministro Castro Meira, ou seja, que o fato gerador é o total da demanda contratada.

Peço vênia ao Sr. Ministro Teori Albino Zavascki para acompanhar o voto do Sr. Ministro Castro Meira, negando provimento ao recurso especial.



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2007/0136295-0

REsp 960476 / SC

Números Origem: 20060214353000200 23040017586

PAUTA: 11/03/2009

JULGADO: 11/03/2009

RelatorExmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MONTEGUTI INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
 ADVOGADO : FELIPE DE SOUTO E OUTRO(S)
 RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
 PROCURADOR : RICARDO DE ARAÚJO GAMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: Tributário - ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, os Drs. IGOR MAULER SANTIAGO, pela recorrente, LUIZ DAGOBERTO BRIÃO, pelo recorrido, MIRIAM LAVOCAT(TERCEIROS INTERESSADOS: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (AMICUS CURIAE)) e VANESSA SARAIVA DE ABREU(TERCEIROS INTERESSADOS: Estado de Minas Gerais (AMICUS CURIAE)).

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão, Castro Meira, Humberto Martins e Benedito Gonçalves, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 11 de março de 2009

Carolina Vêras
Secretária



TERCEIRA SEÇÃO

ESTATÍSTICAS

INFORMAÇÕES ESTATÍSTICAS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Ao longo deste ano o mundo enfrentou grandes mudanças estruturais a fim de conter a contaminação pelo vírus Covid-19, a pandemia que transformou nossas relações de trabalho. Abruptamente a Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, juntamente com os demais órgãos do Estado, tiveram que se adaptar a uma nova realidade e instituir o *home office* para garantir o exercício pleno de suas funções constitucionais.

Todas as medidas necessárias foram tomadas para proteger a sociedade, com as devidas orientações sanitárias, de forma a não comprometer a atividade e serviços prestados, decisões estas que estão alinhadas com sua identidade organizacional. Citamos seu conceito de *missão*: “*Exercer com excelência a defesa dos direitos e interesses do estado de Santa Catarina e a orientação jurídica dos administradores de todos os Poderes para adequar as práticas administrativas e as políticas públicas à Constituição e às leis.*”

Frente a esses desafios, a Procuradoria empregou diversas ações mitigadoras para garantir o bom desempenho de seus serviços, sempre almejando a excelência. Nesse contexto, apresentamos um pouco das informações estatísticas para um melhor entendimento dos trabalhos executados pelos procuradores de estado, corpo de servidores e demais colaboradores da instituição.

Do mesmo modo, foi possível verificar, diante da excepcionalidade do momento, um represamento de algumas discussões judiciais, que provavelmente surgirão futuramente, bem como o aparecimento de ações novas, relacionadas com a pandemia.

Os dados estatísticos apresentados neste relatório foram extraídos do Sistema de Automação da Justiça para Procuradorias (SAJ), e apresentam comparações com dados relativos ao exercício de 2019. Especificamente a análise implica nos seguintes indicadores:

- A) Pendências com Citação do Estado
- B) Documentos Finalizados
- C) Valores das Execuções Fiscais Ajuizadas no período
- D) N° de peças produzidas geral
- E) Arrecadação da dívida
- F) Pendência/peças por procurador

G) Novos Processos por área
 H) Novos processos comparativos 2019/2020

