



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN 2319-0671

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado



2024



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado

Volume 14, Número 1, Florianópolis, Dezembro de 2024

Revista da Procuradoria-Geral do Estado

Volume 14, Número 1, Florianópolis, Dezembro de 2024.

GABINETE DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Procurador-Geral do Estado – Márcio Luiz Fogaça Vicari

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos – André Emiliano Uba

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos – Ezequiel Pires

CORREGEDORIA-GERAL

Corregedor-Geral – Luiz Dagoberto Corrêa Brião

CENTRO DE ESTUDOS

Procuradora-Chefe – Fabiana Guardini Nogueira

ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO CENTRAIS

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica – Gustavo Schmitz Canto

Procurador-Chefe da Procuradoria do Contencioso – Fillipi Specialski Guerra

Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal – Ricardo de Araújo Gama

Comissão Editorial

Fabiana Guardini Nogueira

João Paulo de Souza Carneiro

Felipe Wildi Varela

Claudia Regina Castellano Losso

Maíra Helena de Souza Vicenzi

Editora-Chefe da Revista

Claudia Regina Castellano Losso

Editora-Adjunta da Revista

Maíra Helena de Souza Vicenzi

Comissão de Avaliação

João Paulo de Souza Carneiro

André Doumid Borges

Elizabeth Andrade dos Santos

Felipe Wildi Varela

Mário Sérgio Simas

Nataniel Martins Manica

Rafael do Nascimento

Rodrigo Roth Castellano

Sérgio Laguna Pereira

Projeto Gráfico e Diagramação

Annye Cristiny Tessaro (Koru Editorial)

Revisão de texto e Normalização ABNT

Patricia Regina da Costa

Fotos da capa

Felipe Anselmo Reis

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(BENITEZ Catalogação Ass. Editorial, MS, Brasil)

Santa Catarina. Procuradoria-Geral do Estado

Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v. 14, n. 1. – Florianópolis,
SC : Procuradora-Geral do Estado – PGE/SC, 2024.

Vários colaboradores.

ISSN 2319-0671

1. Advocacia pública – Brasil. 2. Direito administrativo. 3. Direito
tributário. 4. Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina. I. Título.
11-2023/19 CDU 34(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Advocacia pública: Direito 34(81)

Aline Grazielle Benitez – Bibliotecária – CRB-1/3129

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo necessariamente o posicionamento da Procuradoria-Geral do Estado.

Copyright: A Revista da Procuradoria-Geral do Estado está licenciada sob a Licença Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 International. Com essa licença você pode compartilhar, adaptar, criar para qualquer fim, desde que atribua a autoria da obra.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA (PGE-SC)

Av. Osmar Cunha, 220 – Edifício JJ Cupertino Medeiros – Centro

Florianópolis, SC – CEP 88015-100

E-mail: revistapge@pge.sc.gov.br

Chegamos à 14ª edição da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina* oferecendo aos leitores trabalhos de excelência nas mais diversas áreas do Direito, composta de textos que nos inspiram e nos instigam.

Na primeira seção do periódico, há a exposição de 16 artigos jurídicos elaborados por profissionais e acadêmicos do Direito, que tratam de temas jurídicos relevantes sob diferentes óticas e são baseados em densa bibliografia, passando por assuntos como sustentabilidade, direitos fundamentais e Inteligência Artificial.

Na segunda seção, traz-se à memória a peça processual elaborada por Procuradores do Estado de Santa Catarina em 4 de janeiro de 2000, que aborda importante questão envolvendo a rodovia SC-401. Ao mesmo tempo que é histórica, a peça é atual, uma vez que o processo judicial no qual a peça foi apresentada prolonga-se até os dias atuais.

Por fim, na terceira seção constam dados estatísticos da atuação da Procuradoria-Geral do Estado como forma de prestar contas do trabalho desempenhado pelo órgão à sociedade.

Esta nova edição da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina* é uma contribuição para o debate sobre matérias importantes para o Direito, além de ser uma apresentação de parte das realizações da Advocacia Pública catarinense.

Agradecemos a todos que, de forma direta e indireta, participaram da feitura desta publicação de singular qualidade!

Comissão Editorial

Mensagem do Procurador-Geral do Estado

A *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina* vem se consolidando entre as publicações relacionadas à área jurídica e, em 2024, ano em que a PGE completou 42 anos de história, chega à 14ª edição, apresentando 15 artigos escritos por profissionais da área jurídica, entre Procuradores do Estado de Santa Catarina e da Bahia, além de servidores estaduais e municipais.

A presente edição contempla publicações em diferentes áreas do Direito, como Direito Constitucional, Tributário e Ambiental; Comunicação Jurídica; Inteligência Artificial; Administração Pública; Políticas Públicas e Direito Patrimonial.

Em 2024, a Comissão Editorial da Revista da PGE manteve o trabalho de seleção dos artigos por meio do procedimento de correção duplo-cega (revisão por pares duplamente cega), no qual a dupla de avaliadores desconhece o nome do autor e o autor desconhece quem o avaliou como forma de garantir a imparcialidade da seleção, o que traduz o espírito institucional da publicação.

A *Revista da PGE* é fruto de um trabalho conjunto, por isso, manifesto agradecimento especial a todos que contribuíram para dar vida à 14ª edição, desde os membros da Comissão Editorial, os autores dos trabalhos e até os servidores direta ou indiretamente envolvidos na elaboração da publicação.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Márcio Luiz Fogaça Vicari
Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

Sumário

Primeira seção | Artigos

A Advocacia de Estado na Deliberação Democrática: *advocacy* no controle de Políticas Públicas..... 11
Felipe Cidral Sestrem

A Dimensão Econômica da Sustentabilidade como um dos Vetores Paradigmáticos da Reforma Tributária Instituída pela Emenda Constitucional n. 132/2023..... 33
Nataniel Martins Manica
Ronan Saulo Robl

Acesso à Justiça e Linguagem: Aspectos Sociopragmáticos da Comunicação Jurídica..... 51
Cristiane Martins de Paula Luz
Daniel Cardoso

Aplicação da Inteligência Artificial na Predição de Resultados Judiciais: estratégias para a litigância de massa envolvendo o Poder Público 69
Sérgio Laguna Pereira

Concessões de Serviços de Apoio ao uso Público nos Parques Ambientais: estado atual da arte e perspectivas críticas 85
Evandro Régis Eckel
Ricardo Stanziola Vieira

Consensualidade e Controle na Administração Pública: estratégia de aperfeiçoamento com Termos de Ajustamento de Gestão..... 107
Juliana Ribeiro Goulart

Constitucionalismo: Evolução e Base para o Anseio de uma Justiça Sustentável .. 123
Nataniel Martins Manica
Rodrigo Roth Castellano

Curadoria da Sustentabilidade: contornos iniciais	141
---	-----

João Paulo de Souza Carneiro

Direitos Fundamentais nas Constituições Estaduais do Brasil	177
---	-----

Mateus Lardini Merlini

Direitos Fundamentais Relativizados e Proibição do Retrocesso Social: limites e restrições não expressamente autorizados pela Constituição	205
--	-----

Rafael do Nascimento

Governança das Águas no Brasil: desafios e perspectivas para a Sustentabilidade Ambiental	223
---	-----

Nataniel Martins Manica

Uziel Nunes de Oliveira

Inteligência Artificial, Democracia e Eleições	251
--	-----

Diogo Marcel Reuter Braun

Ligia Janke

Juridicidade e Efetividade: uma nova perspectiva no controle de políticas públicas pela Advocacia de Estado	269
---	-----

Sérgio Laguna Pereira

O Procedimento Extrajudicial de Usucapião: preservação do patrimônio público e garantia do direito do administrado à regularização registral do seu imóvel	289
--	-----

Ana Carla Pires Meira Cardoso

Cláudia Zacarias Almeida Medici

Os Limites do Exame de Constitucionalidade Exercido pelo CNJ à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – MS 36.133/BA	307
---	-----

Aline Azevedo Nunes

Segunda seção | Peça Histórica

SC-401: a construção de uma atuação coletiva	345
--	-----

Terceira seção | Estatísticas

Informações Estatísticas da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina 2023-2024	419
--	-----

Primeira seção

Artigos

A Advocacia de Estado na Deliberação Democrática: *advocacy* no controle de Políticas Públicas

Felipe Cidral Sestrem¹

¹Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo, conduzido a partir de uma metodologia hipotético-dedutiva, explorando bibliografia nacional e internacional, problematiza o papel da Advocacia de Estado na deliberação democrática, com enfoque na *advocacy* exercida sobre o controle de políticas públicas. O primeiro capítulo aborda o conceito de políticas públicas e a ideia de controle. O segundo conceitua as principais características da *advocacy*. O terceiro inter-relaciona os tópicos anteriores, problematizando o controle, o desenvolvimento e a disrupção sob o enfoque das instituições. O quarto aborda a interação da *advocacy* com a Advocacia de Estado. O estudo conclui que *advocacy* é um instrumento de garantia da interação dialógica das políticas públicas, dos atores e beneficiários, contribuindo para sua formação no cenário político e para seu controle na arena jurídico-processual. Sob essa perspectiva, a *advocacy* é um instrumento de estabilização das políticas públicas e deve ser exercida também no âmbito das Advocacias de Estado.

Palavras-chave: *Advocacy*; Controle de Políticas Públicas; Desenvolvimento; Democracia.

State Advocacy in Democratic Deliberation: advocacy in control of Public Policies

Abstract

The present paper, conducted using a hypothetical-deductive methodology, exploring national and international bibliography, problematizes the role of State Advocacy in democratic deliberation, with an approach to *advocacy* in the control of public policies. The first chapter addresses the concept of public policies and the idea of control. The second, conceptualized as the main characteristics of *advocacy*. The third interrelates those described above, problematizing control, development and disruption from the perspective of institutions. The fourth addresses the interaction between law and the State Attorney's Office. The study concludes that *advocacy* is an instrument for guaranteeing the dialogical interaction of public policies, actors and recipients, contributing to their formation in the political scenario and to their control in the legal-procedural arena. From this perspective, *advocacy* is an instrument for stabilizing public policies and must also be exercised within the scope of State Law Offices.

Keywords: *Advocacy*; Control of Public Policies; Development; Democracy.

1 Introdução

Estudos sobre o funcionamento da democracia, sob novas perspectivas, sempre são necessários, já que contribuem para a compreensão crítica das instituições, problematizando a forma pela qual exercem sua função no cenário público e político. Permitem, também, avaliar se essas instituições desenvolvem ações adequadas a partir da agenda constitucional.

O objeto deste estudo é analisar, de forma muito simplificada, o papel da Advocacia de Estado na deliberação democrática, sob o enfoque dos instrumentos de ação política indireta, especialmente da *advocacy*.

Inicialmente, enfrentam-se conceitos-chave como políticas públicas e democracia. Na sequência, debate-se o conceito de *advocacy* e suas principais características. Em um terceiro momento, são controvertidos os pontos anteriores, unindo-se as análises sobre o controle de políticas públicas, a *advocacy* e a práxis político-constitucional. No último capítulo, a discussão perpassa a utilização da *advocacy* nas estruturas de Advocacia de Estado como fator de controle prévio e posterior das políticas públicas, especialmente na arena jurídico-processual.

O presente trabalho desenvolve-se em abordagem hipotético-dedutiva por pesquisa exploratória, qualitativa e teórica, da bibliografia nacional e internacional, utilizando-se periódicos especializados, buscando responder, de forma preliminar, ao seguinte problema: qual é a interação da Advocacia de Estado na deliberação democrática, isto é, no controle de políticas públicas e sua inter-relação com a *advocacy*?

Foram utilizados os descritores *advocacy*, *public policy*, *políticas públicas*, *controle*, *advocacia pública*, com operadores booleanos e, também, *and*, em ciências sociais como termos de pesquisa nas ferramentas Scielo, Google Scholar e LegalOne RT Online. Quanto à base de dados internacional, foi utilizada a plataforma HeinOnline em parceria com a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Não foram realizadas limitações temporais, apenas limitações quantitativas ao resultado de 15 achados por ferramenta.

O intuito foi apresentar uma revisão não exaustiva de artigos selecionados nessa intersecção. Considerou-se, sobretudo, a ausência

de trabalhos específicos sobre o papel da Advocacia de Estado perante a *advocacy*, à exceção de pontuais estudos.

2 Controle de Políticas Públicas e Democracia

Políticas públicas são ações de governo decidindo fazer ou não determinados atos entre uma gama de opções possíveis a serviço do interesse público (Patri, 2021, p. 133). São direcionadas ao comportamento em sociedade: criam valores. Induzem mudanças ou fortalecimento de práticas sociais; impõem planejamento, criação ou implementação de normas jurídicas, não necessariamente em lei; e buscam atender às demandas e aos interesses sociais (Patri, 2021, p. 139). Elas não são necessariamente ações governamentais voltadas para as minorias ou para as pessoas mais pobres.

Tecnicamente, o processo de formação de políticas públicas é estruturado em cinco fases, constituindo um processo cíclico: formação da agenda, selecionando prioridades; formulação de políticas *stricto sensu* (identificação do problema e apresentação de soluções, com a indicação de alternativas); tomada de decisão, escolhendo-se as soluções mais adequadas frente aos problemas identificados; implementação, promovendo-se a execução das ações componentes das soluções dos problemas; e avaliação, processo dinâmico e permanente no qual são aferidos os resultados obtidos e os custos experimentados na sociedade (Patri, 2021, p. 133-134).

Na formação das agendas, há um claro processo de convencimento decisório: uma interação entre o procedimento interno de formação da agenda (*policy maker internal procedure*), a opinião pública (*public opinion*), a agenda midiática (*mass media agenda*) e a agenda governamental multilateral (*multi-sided government agenda*), que, em si, representa um intrincado subprocesso de conflito de interesses estatais entre as esferas de governo federal, estaduais e municipais.

A interação entre os elementos ocorre de forma centrípeta, como é apresentado na Figura 1. Não há uma definição maior ou menor entre os elementos de formação da agenda: todos concorrem de forma

equivalente para a elaboração do processo. Ao tempo que todos são essenciais para o estabelecimento da agenda de políticas públicas.

Figura 1 – Variáveis componentes do Processo de Formação das Agendas em Políticas Públicas



Fonte: Elaborada pelo autor deste artigo (2024)

E, porque as políticas públicas relacionam-se diretamente com valores sociais e, por isso, públicos, elas se conectam com as Constituições contemporâneas, marcadas pela inserção em seu texto de valores e de opções políticas, símbolos do neoconstitucionalismo. O objeto geral dessa característica era conformar o comportamento futuro da sociedade, evitando-se a ascensão de regimes totalitários que marcaram as décadas de 1930, 1940, 1960 e 1970. O mecanismo de ação dessa característica do neoconstitucionalismo é a imperatividade (força) normativa das normas constitucionais (Hesse, 1991).

A externalidade dessa reação político-jurídica da metade do século XX foi o estabelecimento das premissas iniciais para o florescimento do ativismo judicial (Continentino, 2012, p. 127-128), fora a opção por uma Constituição analítica e por um modelo misto, difuso e concentrado, de controle de constitucionalidade (Barroso, 2012, p. 368-369).

O ativismo judicial é, numa leitura contemporânea, uma escolha, um modo proativo de se interpretar a Constituição, expandindo seu alcance, de forma garantista (sob o enfoque dos direitos fundamentais, dos preceitos constitucionais e das cláusulas pétreas)¹. Não se confunde com a judicialização da política, uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado pelo Brasil². E, por representar a atuação política de um poder que não detém formalmente (isso é, por meio do voto) a legitimidade³ político-democrática, contrapõe-se aos instrumentos que buscam garantir essa representatividade, essa oitiva dos cidadãos aos anseios que eles querem que sejam expressos nas instituições públicas.

Um dos grandes problemas na modelagem constitucional brasileira é a sobreposição de competências normativas e a grande dificuldade de definição de quem de fato é responsável pela construção de políticas públicas (Patri, 2021, p. 135-136). Essa indefinição contribui para a

- 1 O oposto do ativismo judicial é a *autocontenção judicial*, modo pelo qual o Judiciário restringe suas ações de modo a não promover intervenções nos demais poderes voltado, em síntese, para a não intervenção ou a definição de pautas de políticas públicas, atuação mais rígida no controle de constitucionalidade e de limitação da aplicação da Constituição para o típico âmbito de definição das normas jurídicas (Barroso, 2012, p. 26).
- 2 A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e dos objetivos constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2012, p. 25-26).
- 3 Paul Frymer contrapõe a ideia de que o processo democrático somente atingiria *status* de legitimidade se decorrente de representantes eleitos. Para o autor, a arena democrática exige o controle por instituições não necessariamente eleitas diretamente pelo voto popular, a despeito do modelo norte-americano diferir do brasileiro quanto à forma de composição da magistratura. “Formally, lawmakers are elected by voters and must face consistent re-elections; as such, they are more directly democratic than judges who are given life-time appointments by these lawmakers. But although democracy is at its essence the representation of a public’s voice, it can be carried about in a plethora of ways, depending on which elements of the public we wish to hear, protect, and serve. Understood institutionally, democratic representation is a far more complex process that is produced by an environment where individuals act according to an assortment of rules and structures. In this context, both the elected branches and the courts come to be seen as merely differently democratic, offering different types of opportunities that often fluctuate wildly with historical context [...] Courts are hardly pure representatives of democracy, but as long as there are rules determining access whether to the courtroom, to a lawyer, or to the opposing party’s evidence—there is no reason why they cannot be as or more representative than the elected branches” (Frymer, 2006, p. 128).

conformação dessas mesmas políticas públicas no Poder Judiciário, que naturalmente não é um formador (*policy maker*), mas um órgão de controle e de conformação (*policy broker*).

A deliberação pública caracteriza a democracia. O discurso é o principal instrumento para se chegar às decisões (Urbinati, 2000. p. 765). Os discursos empregam valores e tornam, conquanto técnicos, os debates plurais, e aproximam os planos deliberativos da realidade social que subjaz a vida do cidadão.

Conflitos em políticas públicas são essencialmente falhas de comunicação, tanto na formação das agendas, quanto na implementação prática dos programas.

As falhas de comunicação decorrem do complexo processo de construção e implementação de políticas públicas; processo comunicativo que envolve diversos atores, entre os quais, podem ser citados os formadores de opinião (*opinion makers*), os grupos de reflexão (*think tanks*), os órgãos de fiscalização (*watchdogs*), os empreendedores políticos (*policy entrepreneurs*), os grupos de pressão (*pressure groups*), as coalizões de advocacia (*advocacy colations*), os tomadores de decisão (*decision-makers*), entre outros. Cada qual desenvolve um relevante papel na filtragem, na identificação e na seleção das ações públicas que comporão a agenda das políticas públicas.

O controle das políticas públicas pode se dar sob diversas formas e sob vários planos: político, social⁴ e jurídico.

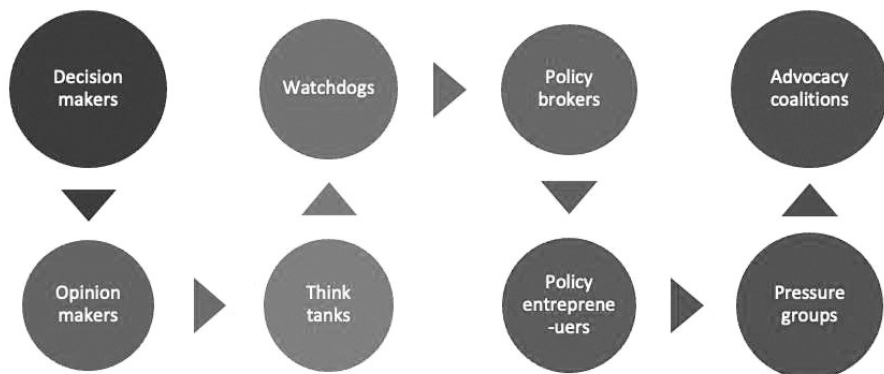
Do ponto de vista do controle jurídico, a análise de políticas públicas dá-se sob uma perspectiva de contribuição ativa, *ex ante*, durante o processo político de formação, cujo protagonismo dos órgãos de Advocacia de Estado é inegável, ao intervirem nos debates (procedimento) e no controle de juridicidade da normatização dessas políticas, seja no processo legislativo *stricto sensu* (i.e. projetos de lei, autógrafos de lei, no exercício do controle de constitucionalidade prévio à promulgação), seja na avaliação e no controle de normas infralegais,

⁴ O controle social é uma das formas de exteriorização da social-democracia brasileira. O Título VIII “Da Ordem Social” da Constituição Brasileira de 1988 é claro ao afirmar, no parágrafo único do artigo 193, que o Estado planejará (senão formulará) políticas públicas, cuja participação social nessa produção, assim como o monitoramento, o controle e a avaliação também serão realizados no plano da sociedade civil organizada.

no processo legislativo *lato sensu* (i.e. avaliação da conformação jurídica de Decretos, Portarias, Instruções Normativas).

No processo de influência interpessoal cada um dos atores exerce poder sobre os demais. Apesar disso, há uma maior proximidade entre os tomadores de decisão (*decision makers*) para com a opinião pública e os atores que nela exercem poder (*opinion makers*), diretamente vinculados com grupos de reflexão (*think tanks*), desdobramentos coletivos naturais da interação desses atores individuais. Por sua vez, grupos de reflexão interagem diretamente com órgãos de fiscalização (*watchdogs*) e assim sucessivamente.

Figura 2 – Atores políticos no Processo de Formação da Agenda em Políticas Públicas



Fonte: Elaborada pelo autor deste artigo (2024)

A Figura 2 apresentada, contudo, não exclui a interação colateral entre os atores em políticas públicas, ou seja, é natural que a interação não ocorra de forma linear, podendo haver aproximação de coalizações de advocacia com tomadores de decisão, por exemplo.

Ainda sob uma perspectiva de controle jurídico de políticas públicas, o controle pode ocorrer de forma judicial, em abstrato, ao se promover o controle constitucional *ex post facto*, na atuação do Poder Executivo na defesa do ato normativo contestado, assim como, em concreto, na avaliação pragmática de políticas públicas desconformes controladas em processos subjetivos, coletivos ou individuais (Arenhart, 2005; 2009). A conexão valorativa é acentuada nesse ponto ao se promover um retorno ao debate quanto à atuação ativista e proativa

do Poder Judiciário, sobretudo o brasileiro, no controle de políticas públicas, sem que isso seja admitido como exceção.

A democracia, da forma como concebida constitucionalmente⁵, exige essa conexão focal com valores públicos, a social-democracia, justa e solidária (Brasil, 1988, art. 3º, I, art. 193), e, eleita pelo constituinte de 1988, rompe o dogmatismo positivista, avança para permear as políticas públicas, no agir estatal, assim como o direito, de princípios: dignidade da pessoa humana (Brasil, 1988, art. 1º, III), valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Brasil, 1988, art. 1º, IV), pluralismo político (Brasil, 1988, art. 1º, V), entre outros. O recorte ao plano constitucional advém justamente da polissemia que o termo democracia encerra, colocando à prova de que a democracia seja um conceito que carrega em si denso significado, não apenas um conceito legitimador do *status quo* ou do contexto mercadológico atualmente experimentado (Villas Bôas Filho, 2013, p. 651-696).

Adota-se para a finalidade deste trabalho o conceito de democracia como forma de governo, de muitos, na visão clássica de Bobbio (1997, p. 134-135), conquanto (e assumindo, portanto) haja riscos inerentes a essa simplificação, sobretudo por creditar a Bobbio uma forma de conceituação da democracia como elemento comparativo a outras formas do exercício do poder político.

Dada a incursão do trabalho na deliberação democrática e no processo formativo dela, admite-se também considerar a democracia como uma perspectiva procedimental, cujo elemento comum é o laço linguístico: uma construção racional, intermediada por processos comunicativos, buscando solucionar de forma cooperativa problemas sociais, ele legitima a construção do direito que pertence a todos os

⁵ A social-democracia se exterioriza, mormente nos países latino-americanos, com um caráter bifronte, mesclando participação direta da população e uma complexa representação democrática no processo político-eleitoral. Trata-se de um processo inacabado, em constante aperfeiçoamento e ressignificação. Sob outra perspectiva, da dogmática crítica, ver o trabalho de Antonio Carlos Wolkmer e Débora Ferrazzo (2014, p. 200-228) a respeito do conceito de Democracia na América Latina. O presente trabalho não aborda, tampouco defende, uma concepção comunitária de democracia apontada por alguns autores, a exemplo de Wolkmer e Ferrazzo, a partir das experiências extremamente elasticadas e controversas de países de esquerda e de extrema esquerda. Ao contrário, este trabalho busca analisar a realidade experimentada no Brasil, experiência que passa ao largo desse movimento, sobretudo existente na América Latina e em países de tradição espanhola.

interlocutores (Habermas, 1997, p. 10-12; 21-23; Habermas, 2002, p. 380-381).

3 Advocacy

Nas democracias, falar e fazer são ações políticas que justificam o modelo, viabilizando a plena participação de todos no processo de tomada de decisão. O fazer alinha-se, numa visão teórica, à atuação direta do cidadão, em fusão. Esse é o primeiro objetivo do modelo teórico democrático: a participação direta (Urbinati, 2000, p. 758). A emergência da tecnologia intensificou a ideia de que o “fazer imediato” (isto é, a atuação direta e a realização de ações por parte dos cidadãos no âmbito da democracia direta), intimamente ligado com a figura da pessoa, do cidadão, é possível (Monteiro, 2020, p. 127-168)⁶. Todavia, não necessariamente a ação política direta é a melhor forma de viabilizar os interesses do povo (Mansbridge, 1983, p. 277-282). A representatividade rompe essa simultaneidade. A fala, o debate e o discurso nela contidos para convencer os interlocutores, os demais atores políticos e a sociedade, como um todo, não coexistem com o fazer e o votar.

A participação democrática é realizada por meio de formas estruturais: comparecimento e discurso. O discurso cria espaço para a deliberação: pode se dar por ação direta ou indireta. Ele se conecta, nessas duas formas de apresentação, com a deliberação: a definição de opções entre ações públicas que é *locus* diferente do voto, da escolha. Em democracias complexas, é comum que os discursos ocorram por meio de representação, cuja marca indelével é o discurso livre e o desacordo (Dussel, 2007, p. 54-55).

Nesse sentido, dá-se às ideias plena consciência no espaço político. A representação é um processo abrangente de filtragem, refinamento e mediação da formação e expressão da vontade política. Ela molda o objeto, o estilo e os procedimentos da competição política.

⁶ E, ainda, esmiuçando os modelos, quanto à colaboração na produção legislativa e à participação na elaboração de orçamentos, ver o trabalho de Beçak e Longhi (2011, p. 51-64).

Finalmente, ajuda a despersonalizar reivindicações e opiniões, tornando-as, desta forma, um veículo para a mistura e associação de cidadãos. A representação nunca pode ser verdadeiramente “descritiva” da sociedade devido à sua inclinação inevitável para transcender o “aqui” e o “agora” e projetar, em vez disso, uma perspectiva do “seria” ou do “deveria ser” (Urbinati, 2000, p. 758, tradução livre)⁷.

O termo *advocacy* não possui uma tradução para o português. É um conceito de ciência política e um instrumento processual não jurisdicional que se insere nas relações governamentais (*government relations*⁸) como uma ação indireta, técnica utilizada para gerir a formação das agendas em políticas públicas, influenciando os atores, especialmente os formados (*policy makers*) (Patri, 2021, p. 141). É uma espécie de controle social relacionada à ação de defesa de interesses públicos (Mancuso; Gozetto, 2011).

A *advocacy* não é o exercício da atividade licenciada dos bacharéis em direito, conquanto profissionais dessa área possam exercê-la ativamente em suas práticas quotidianas (Fox, 2001, p. 616-617), é antes um esforço organizado, provendo um interesse (i.e. causa), para moldar a percepção pública, ações públicas ou promover mudanças nas legislações (Brelàz, 2015, p. 1-2). “A ação indireta (e a representação, que é um tipo de ação indireta) cumpre um papel-chave no processo de forjar-se o caráter discursivo democrático da política” (Urbinati, 2000, p. 760). Contribui para a escolha de ações públicas, ao tempo que a controla; analisa tensões estruturais da deliberação democrática.

⁷ “In this sense, it gives ideas full residence in the house of politics. Representation is a comprehensive filtering, refining, and mediating process of political will formation and expression. It shapes the object, style, and procedures of political competition. Finally, it helps to depersonalize claims and opinions, and in this way makes them a vehicle for the mingling and associating of citizens. Representation can never be truly ‘descriptive’ of society because of its unavoidable inclination to transcend the ‘here’ and ‘now’ and to project instead a ‘would-be’ or ‘ought-to-be’ perspective” (Urbinati, 2000, p. 758).

⁸ “Relações governamentais é um campo especializado no qual a análise política e a estratégia se unem para ajudar as organizações a criarem e manter relações positivas com o governo. Relações Governamentais, conforme definição na CBO – Classificação Brasileira de Ocupações, do Ministério do Trabalho e Emprego, é uma atuação no processo de decisão política, da participação na formulação de políticas públicas, da elaboração e estabelecimento de estratégias de relações governamentais, da análise dos riscos regulatórios ou normativos e da defesa de interesses daqueles representados nesses processos” (Lack, 2019, p. 23-24).

Como estratégia a ser exercida na arena política, a *advocacy* apresenta três eixos de atuação: fortalece a democracia; induz a alteração de comportamentos na política, em prol da transparência, da igualdade e da defesa do sistema jurídico-político; e promove a participação de atores sociais, consolidando um modelo dialógico de sociedade (Libardoni, 2000, p. 207-222).

Como instrumento, a *advocacy* é uma forma de exteriorização da democracia representativa. Posiciona-se ao lado do voto, da iniciativa popular, do referendo, do plebiscito, da ação popular, do orçamento participativo, entre outros (Noronha, 2017, p. 160-163). A matéria-prima da *advocacy* é o discurso: “[...] o discurso é um meio de mediação que pertence a todos os cidadãos, que ao mesmo tempo os liga e os separa” (Urbinati, 2000, p. 765)⁹. O discurso é, portanto, ritualístico, opondo-se ao voto.

A “defesa” democrática exige um compromisso firme com procedimentos acordados; não favorece resultados que sejam “verdadeiros” ou “definitivos”, mas sim congruentes com os princípios partilhados de igualdade política que a deliberação pressupõe. O carácter constitutivo destes princípios limita a *advocacy*, cuja lógica é que nenhuma decisão está ao abrigo do desacordo. Tornar mutável a interpretação do interesse geral, a fim de torná-la mais consistente com os princípios democráticos, vincula-a a um processo de busca cooperativa (Urbinati, 2000, p. 774-775, tradução livre)¹⁰.

Advocacy não é *lobbying* (Silva, 2017, p. 404). Oliveira (2004, p. 198-204) alerta quanto ao preconceito das práticas de *advocacy* e *lobbying*

⁹ Speech is a means of mediation that belongs to all citizens, linking and separating them at the same time. Speech interjects individual ability into politics and lifts the veil of unanimity and sameness. It gives meaning to voting, which presumes evaluation and discrimination among articulated options. As Mark A. Kinshansky has perceptively remarked, the distinctiveness of the Spartan assembly rested in the lack of individuation of its resolving procedure. Shouting served to expressed assent, not public judgment (Urbinati, 2000, p. 765).

¹⁰ “Democratic ‘advocacy’ requires steadfast commitment to agreed-upon procedures; it does not favor outcomes that are ‘true’ or ‘definitive’ so much as congruent with the shared principles of political equality that deliberation presumes. The constitutive character of these principles limits advocacy, whose rationale is that no decision is sheltered from disagreement. Making the interpretation of general interest mutable in order to make it more consistent with the democratic principles binds it to a cooperative searching process” (Urbinati, 2000, p. 774-775).

no Brasil, que culmina na negativa por parte dos órgãos de poder de se promoverem regulamentações dessas atividades. A diferença substancial está nos objetivos e nos instrumentos adotados. No *lobbying*, há uma pretensão de exercer influência direta ou indiretamente (*i.e. grassroots lobbying*) em membros do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, atuando de forma personificada. A *advocacy* tem por escopo a defesa de causas: ela é direcionada à coletividade; ao público e às instituições. Do ponto de vista instrumental, ela aumenta a preocupação e a consciência coletiva; instiga o debate público e mobiliza, em suporte, pessoas à participação do procedimento dialógico que é inerente à formação das agendas e à construção das políticas¹¹.

A *advocacy* em sua forma procedimental aproxima-se da atuação e da representação nos tribunais. Como subproduto de um instituto de ciência política, na *práxis* deliberativa do lócus político a *advocacy* busca entender e ver quais são os elementos do processo e o que deve ou não ser levado em consideração para se obter o produto final: a escolha política. Essa aproximação indica a complexidade do exercício da *advocacy*.

O profissional que exerce a *advocacy* não é imparcial como um juiz, tampouco avalia de forma hipotética e distante da realidade os casos, não age solitariamente como um filósofo. O *advocate* tem vínculo com posições (causas). Não cabe a ele aplicar a norma, mas definir de que forma os fatos estão de acordo com as normas aplicáveis, avaliando-se sua compatibilidade ou não, lhe cabe decidir se as regras existentes são conformes os princípios que a agenda governamental deve perseguir (Perelman, 1980, p. 58-68).

A *advocacy* se presta à consolidação e à densificação da democracia: ela se corporifica com a participação popular, por meio de instrumentos de influência política. A defesa dos interesses insere-se, assim, num contexto de assuntos públicos (*public affairs*) (Patri, 2021, p. 137-138), ambiente no qual são moldadas as políticas públicas.

¹¹ Parte da doutrina técnica de ciências sociais qualifica o *lobbying* como uma atividade instrumental que pode facultativamente ser utilizada em um contexto de *advocacy* voltada para as políticas públicas. Nesse sentido, ver o trabalho de Viviane Regina da Silva (2017, p. 405-406) e, também, de Gabriela de Breláz (2015) sobre *advocacy* na Revista de Direito do Terceiro Setor.

A *advocacy* é exteriorizada por alguns métodos, a exemplo da realização de reuniões com lideranças, articulação de informações com membros de Poderes, acompanhamento de atividades parlamentares, atuação proativa na apresentação de demandas, acompanhamento das etapas de resolução das demandas e dos potenciais litígios, estruturação e realização de audiências públicas, etc. Ela depende das capacidades do ator e dos elementos de sua personalidade: implica seleção das ideias e interfere no perfil do profissional que a exercerá.

4 Intersecção de Conceitos: a deliberação pública

O cerne da interação entre *advocacy* e o controle de políticas públicas está na falibilidade que é tributável ao modelo democrático. Os teóricos clássicos (Elster, 1997, p. 21-22) admitem que, nas democracias, erros acontecem. A virtude estaria presente no estabelecimento de um perpétuo sistema de correção, no qual os males poderiam ser superados, no hábito da autorrevisão.

Sob uma ideia de democracia como forma de governo, de muitos voltada para o povo, fulcrada na solidariedade e na justiça (social), o controle dessas políticas por parte do Poder Judiciário, como órgão contramajoritário de conformação dos eixos da proposta constitucional, é uma máxima, uma regra perseguida pelo próprio sistema, de forma cíclica.

O processo de autorrevisão democrático é deliberativo. E, por isso, como instrumento, insere-se na definição da agenda, no controle das políticas públicas e na intervenção do Poder Judiciário nessa pauta.

Deliberação pública é forma exigente de comunicação, prática argumentativa cooperativa. Há uma interação recíproca em arenas públicas com a possibilidade de responsabilização (pública, social, civil, administrativa e criminal) de suas posições (Mendonça, 2009, p. 507-542).

A releitura da *advocacy* pode contribuir para auxiliar nos principais pontos de crítica nos quais a doutrina do ativismo judicial (*judicial activism*) é atacada. A *advocacy* exercida por órgãos institucionais do Estado não se limita às capacidades institucionais do Poder Judiciário

e aos seus limites; ao revés, possui um aspecto preventivo no sentido de permitir o debate e a construção de soluções aos conflitos jurídicos e políticos existentes, afastando do Poder Judiciário a correção dos caminhos dessas ações estatais. Blinda, também, as externalidades negativas dos efeitos sistêmicos que a intervenção judiciária em matérias tipicamente discricionárias possa causar¹².

A *advocacy* analisada e exercida nos órgãos de Advocacia de Estado é multi-institucional, ela transcende o Direito para realizar essa conexão. Controla a conveniência e a oportunidade, ao tempo que também controla a juridicidade.

A mesma lógica se estende à arena jurídico-processual, não há possibilidade de controle judicial de políticas públicas sem o estabelecimento de um canal de diálogo, com representatividade, das posições defendidas e admitidas pelas partes.

Em outras palavras, a deliberação pública ocorre na arena política e se prorroga, para além, alcançando a arena judicial. A verificação do acerto das opções públicas para com o programa constitucional é realidade no Judiciário e por meio do Judiciário, com o apoio e a interação dos órgãos de advocacia pública, que tendem a defender as políticas públicas sob um viés do “realizável” e do “praticável”.

5 Advocacy e a Advocacia Pública: um solo comum nas *Publics Affairs*

Afinal, qual é a interação da Advocacia de Estado na deliberação democrática?

É nela que as políticas públicas são controladas. Na *advocacy*, os advogados públicos exercem o papel de mediadores e realizam a contenção dos anseios constitucionais expostos nas normas jurídicas: princípios e regras. Advocacias Públicas são corretoras de políticas públicas (*policy brokers*), num grau de profundidade e comprometimento muito maior que o próprio Poder Judiciário.

¹² Sobre os efeitos do ativismo judicial, não propriamente da *advocacy*, ver o texto da professora Ana Paula de Barcellos (2011, p. 123-160).

Para além, a Advocacia de Estado deve exercer *advocacy* no plano jurídico-processual, pode se valer de estratégias para a promoção de causas que defendam políticas públicas perante os órgãos de controle judicial.

Ao atuar como contrapeso entre o plano efetivamente político, filtrando grupos de pressão (*pressure groups*) e exercendo a consultoria interna e o assessoramento jurídico de formadores de políticas públicas (*policy makers*), a Advocacia de Estado estabiliza as políticas públicas, conformando a forma possível de implementação dessas mesmas políticas permeadas pelo controle estatal.

As procuradorias, portanto, não exercem tipicamente posições de *grupos de interesse* no controle de políticas públicas, malgrado possam adotar posicionamentos particulares em determinados assuntos.

A existência de um interesse comum não gera, por si só, um grupo de interesse. Grupos de interesse ou de pressão (*pressure groups*) buscam resultados obtidos por ação coletiva. Incentivos são necessários (à exceção de interesses relacionados a “causas irracionais” ou “perdidas”), assim como punições individuais, para que induzam os grupos a produzirem bens coletivos, justamente porque as ações coletivas não seguem a mesma lógica das ações individuais (Olson, 1999, p. 25-26). A ação coletiva é a parte pertencente a cada indivíduo, seu interesse comum, partes que somadas, sob uma lógica de custo-benefício, definem um agir para influenciar discussões políticas.

Incentivos seletivos são benefícios direcionados especificamente aos integrantes do grupo, canalizados por seus organizadores, objetivando criar a maior gama quanto possível de diferenciação entre os integrantes do grupo sem, contudo, romper o seu elo (o interesse comum). Os incentivos seletivos buscam equilibrar a relação custo-benefício e permitir que os indivíduos participem do grupo de interesse, a despeito de sacrifícios individuais (Santos, 2007, p. 54-55).

A seletividade do incentivo está diretamente relacionada com a composição do grupo: inclusivo ou exclusivo; privilegiados ou intermediários; ativos ou latentes (Olson, 1999, p. 50-52; 61-62).

Apesar da descrença nos grupos de interesse por parte da doutrina contemporânea, em condições apropriadas, eles podem auxiliar os

governos a cumprirem agendas públicas republicanas e democráticas¹³. A oitiva de suas pautas, especialmente por órgãos da advocacia pública, pode contribuir para a avaliação do risco de não conformidades, seja por inadequação na aplicação de políticas públicas, seja por anomia de soluções políticas para problemas que naturalmente exigiriam a construção de agendas próprias.

Interessa para a análise

[...] mais especificamente os advogados do setor público, geralmente nominados procuradores (da União, Estados, Municípios, suas autarquias e órgãos descentralizados), cuja atuação se faz próxima aos centros de poder decisório do Estado, de tal sorte que atos, documentos e por vezes até mesmo programas governamentais passam a ter como condição de eficácia a intervenção técnico-formal desses agentes (Mancuso, 2003, p. 32-33).

O autor faz uma interessante diferenciação sobre os diversos agentes que atuam na formação de decisões estatais e na agenda de políticas públicas, de forma não equivalente.

Os órgãos de advocacia pública atuam de forma muito próxima a esses mesmos centros de poder decisório do Estado. A interação com informações relacionadas a programas governamentais é prática cotidiana nas advocacias públicas. Por isso, é comum que advogados públicos tenham influência direta, do ponto de vista técnico-formal, na construção e na implementação de políticas públicas (*i.e.*, sobretudo, na formação de agendas) (Mancuso, 2003, p. 27-55).

A interação da advocacia pública com a *advocacy* está, assim, diretamente relacionada com a mudança de paradigma aplicável aos advogados públicos após a constitucionalização da democracia brasileira de 1988: o advogado público realiza o controle de juridicidade dos atos dos entes públicos estatais, não apenas sua representação.

¹³ Sobre o papel de grupos de interesse em Países do Pós-Guerra e a interação com oportunidades relacionadas a um cenário de corrupção, ver o texto de Rose-Ackerman (2008, p. 405-443). Além disso, sobre a mesma temática, quanto ao papel que grupos de interesse possam ter perante o governo e a interação deles com a execução, criação e modificação de Políticas Públicas, ver outro texto de Rose-Ackerman (2003, p. 163-180).

6 Considerações Finais

O presente trabalho buscou apresentar aproximações iniciais (*approach*), ainda que bastante simplificadas, do exercício (potencial e necessário) da *advocacy* no âmbito dos órgãos de Advocacia de Estado e o papel que exercem (ou podem exercer) nesse instrumento de deliberação democrática.

Respondendo ao problema proposto, com relação ao que a Advocacia de Estado deve se propor na arena política, especialmente na interação com essas ações políticas indiretas, promoveu-se a conceituação da *advocacy*, sob diversas perspectivas, todas direcionadas ao aprimoramento das instituições e das políticas públicas, com o fortalecimento da democracia, atuando de forma despersonalizada, no plano interinstitucional.

Apurou-se que a *advocacy* insere-se no plano de formação e de definição de escolhas políticas (*agenda setting*), defendendo causas de interesse. Dessa forma, a *advocacy* como prática política institucional promove o controle, o monitoramento e o aprimoramento das políticas públicas, especialmente sob o enfoque dos resultados com elas obtidos.

A Advocacia de Estado participa de processos nos quais a *advocacy* intervém, e os advogados públicos exercem *advocacy* no plano jurídico-institucional perante outros órgãos (internos e externos), especialmente em ambientes nos quais há intensa juridicização da política e um flagrante ativismo judicial.

Por isso, compreende-se que a *advocacy* pode ser exercida tanto em serviços de consultoria interna (direta e indireta) dos órgãos de Advocacia de Estado, quanto também em serviços de representação jurídica nos Tribunais (*i.e.* em processos coletivos, pluri-individuais e, também, em processos de controle de constitucionalidade, a partir do estabelecimento dos parâmetros de decisões vinculantes – precedentes obrigatórios).

Sob essa perspectiva, a *advocacy* é um instrumento de garantia da interação dialógica das políticas públicas, que é o elemento de base para a deliberação pública: não há deliberação democrática, numa lógica republicana, sem diálogo, sem defesa de posições, sem desacordo e sem construção de uma solução majoritariamente admitida. A mesma

lógica se estende à arena jurídico-processual; não há possibilidade de controle judicial de políticas públicas sem o estabelecimento de um canal de diálogo, com representatividade, das posições defendidas e admitidas pelas partes: esse é um fator de estabilização exercido nas Advocacias de Estado, principalmente por meio do seu papel de corretores de políticas (*policy brokers*).

A conscientização do papel possível de ser exercido pela Advocacia de Estado no âmbito da deliberação democrática impõe uma ressignificação desses órgãos e da atividade exercida por advogados públicos.

Para muito além da aptidão ao desenvolvimento dessas atividades, necessária nas procuradorias, adotar uma posição ativa da Advocacia do Estado na interação com atores políticos que desenvolvem a *advocacy* e na formulação próxima de *advocacy* no âmbito de processos administrativos e judiciais, mormente sob uma perspectiva de processos estruturais, é um novo paradigma a ser alcançado.

Admitir que a *advocacy* é uma estratégia existente na e para com as instituições que exercem o papel de mediação e de conformação de políticas públicas, típico papel de consultoria e de controle interno técnico-jurídico atribuído às advocacias públicas, é compreender que o papel da Advocacia de Estado aproxima-se de forma muito intensa daquilo para a qual foi idealizada na Constituição Federal: função essencial para o desenvolvimento da Justiça e, por isso, para a Democracia.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, [s.l.], ano 1, n. 1, 2009. Disponível em: <https://revistacustoslegis.wordpress.com/2016/04/18/as-acoes-coletivas-e-o-controle-das-politicas-publicas-pelo-poder-judiciario/>. Acesso em: 29 jul. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (org.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 504-527.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais e o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, [s.l.], v. 21, p. 123-160, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Vitor Rozatti. Instrumentos para a implementação da democracia participativa e o papel das tecnologias de informação e da comunicação. **Revista Interdisciplinar do Direito – Faculdade de Direito de Valença**, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 51-64, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: uma teoria geral da política. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRELÀZ, Gabriela de. Advocacy e lobby das Organizações da Sociedade Civil. **Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, v. 9, n. 18, jul.-dez. 2015.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 14, n. 72, p. 123-153, mar.-abr. 2012.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2007.

ELSTER, Jon. **Deliberative democracy**: essays of reason and politics. Cambridge: MIT Press, 1997.

FOX, Jonathan. Vertically Integrated Policy Monitoring. **Nonprofit & Voluntary Sector Quarterly**, [s.l.], v. 30, n. 3, p. 616-627, september, 2001.

FRYMER, Paul. Distinguishing formal and institucional democracy. **Maryland Law Review**, [s.l.], v. 65, n. 1, p. 125-138, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editores, 1991.

LACK, Andressa Miquelini. **Lobby, Corrupção e Tráfico de Influência:** definir conceitos para compreender a relevância de uma regulamentação. 2019. 130p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2019.

LIBARDONI, Marlene. Fundamentos teóricos e visão estratégica da *advocacy*. **Revista de Estudos Feministas**, [s.l.], v. 8, n. 2, p. 207, jul.-dez. 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. **Revista dos Tribunais**, [s.l.], v. 92, n. 807, p. 27-55, jan. 2003.

MANCUSO, Wagner P.; GOZETTO, Andréa Cristina O. Lobby: instrumento democrático de representação de interesses? **Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas**, São Paulo, v. 8, n. 14, 2011.

MANSBRIDGE, Jane J. **Beyond Adversarial Democracy.** Chicago: University of Chicago, 1983. p. 277-282.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. A cooperação na deliberação pública: um estudo de caso sobre o referendo da proibição da comercialização de armas de fogo no Brasil. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 52, n. 2, p. 507-542, 2009.

MONTEIRO, Maurício Gentil. **Democracia Participativa e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação.** Curitiba: Editora Appris, 2020.

NORONHA, Pedro Henrique Baiotto; GARCES, Solange Beatriz Biling. Advocacy: instrumento a favor da democracia. In: IV MOSTRA CIENTÍFICA SOBRE SUSTENTABILIDADE. 18 a 22 de setembro de 2017. p. 160-163. **Anais [...]**. [S.l.], 2017.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva.** São Paulo: EdUSP, 1999.

PATRI, Eduardo Carlos Ricardo da. Relações governamentais, *lobby* e *advocacy* no contexto de *public affairs*. **Organicom**, [s.l.], ano 8, n. 14, p. 129-144, jan.-jul. 2021.

PERELMAN, Chaim. **Justice, Law and Argument**: essays on moral and legal reasoning. Donrecht: Reidel, 1980.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption and Post-Conflict Peace-Building. **Ohio Northern University Law Review**, [s.l.], v. 34, n. 2, p. 405-443, 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Was Mancur a Maoist? An Essay on Kleptocracy and Political Stability. **Economics & Politics**, [s.l.], v. 15, p. 163-180, jul. 2003.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Regulamentação das atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas** – análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil. 2007. 542f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Centro de Pesquisa e Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007.

SILVA, Viviane Regina da. *Policy Advocacy*: contribuições para construção de um conceito a partir de uma revisão sistemática da literatura. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 24, n. 30, p. 395-417, 2017.

URBINATI, Nadia. Representation as Advocacy: a study of democratic deliberation. **Political Theory**, [s.l.], v. 28, n. 6, p. 758-786, December, 2000.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, p. 651-696, jan.-dez. 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos; FERRAZZO, Débora. Ressignificação do conceito de Democracia a partir de direitos plurais e comunitários latino-americanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 200-228, jul.-dez. 2014.

Felipe Cidral Sestrem

Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Procurador-Executivo de Prevenção e Processos (PEPP) junto ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Município de Joinville (PGM-GAB). Procurador de carreira do Município de Joinville desde 2010. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5562093009346927>.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5244-2359>.

E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br

Endereço profissional: Av. Hermann August Lepper, n. 10, Saguauçu, Joinville, SC. CEP: 89221-005.

Recebido em: 29/07/2024

Aceito em: 26/08/2024

Como referenciar este artigo

SESTREM, Felipe Cidral. A Advocacia de Estado na Deliberação Democrática: *advocacy* no controle de Políticas Públicas. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 11-32, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

A Dimensão Econômica da Sustentabilidade como um dos Vetores Paradigmáticos da Reforma Tributária Instituída pela Emenda Constitucional n. 132/2023

Nataniel Martins Manica¹

Ronan Saulo Robl¹

¹Procuradoria-Geral do Estado, Blumenau, SC, Brasil

¹Procuradoria-Geral do Estado, Mafra, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo teve como objetivo apresentar um estudo sintético – e sem a pretensão de esgotar o tema – a respeito da dimensão econômica da sustentabilidade como um dos vetores paradigmáticos da reforma tributária instituída pela Emenda Constitucional n. 132/2023. Para tanto, foram analisados, *prima facie*, aspectos referentes à dimensão econômica da sustentabilidade para, ao final, se aprofundar nos estudos atinentes ao emprego da sustentabilidade como um dos pilares da reforma tributária instituída pela Emenda Constitucional n. 132/2023. Na sequência, concluiu-se que a defesa do meio ambiente e a sustentabilidade, com foco na sua dimensão econômica, constituem fundamentos da reforma tributária que passará a vigor no ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: Sustentabilidade; Dimensão econômica; Meio ambiente; Reforma tributária; Emenda Constitucional n. 132/2023.

The Economic Dimension of Sustainability as one of the Paradigmatic Vectors of the Tax Reform Instituted by Constitutional Amendment n. 132/2023

Abstract

The objective of this article is to present a synthetic study (and without the intention of exhausting the topic) regarding the economic dimension of sustainability, as one of the paradigmatic vectors of the tax reform established by Constitutional Amendment n. 132/2023. To this end, we firstly analyze aspects relating to the economic dimension of sustainability to, in the end, deepen the studies relating to the use of sustainability as one of the pillars of the tax reform established by Constitutional Amendment n. 132/2023. Next, we conclude that the defense of the environment and sustainability, with a focus on its economic dimension, constitute the foundations of the tax reform that will come into force in the national legal system.

Keywords: Sustainability; Economic dimension; Environment; Tax reform; Constitutional Amendment n. 132/2023.

1 Introdução

O objetivo do presente artigo científico foi analisar, de maneira sintética – e sem a pretensão de esgotar todo o assunto – uma das dimensões da sustentabilidade, qual seja, a dimensão econômica da sustentabilidade, bem como demonstrar que esta última constitui-se num dos fundamentos da reforma tributária instituída pela Emenda Constitucional n. 132/2023.

Em outras palavras, a pesquisa pretende responder às seguintes indagações: no que consiste a dimensão econômica da sustentabilidade? A reforma tributária possui dispositivos que podem fomentar a sustentabilidade? É a sustentabilidade, em sua dimensão econômica, um dos vetores da nova reforma tributária?

Para tanto, iniciou-se o estudo trazendo algumas considerações a respeito do caráter pluridimensional da sustentabilidade e da existência da necessária harmonização entre todas as suas dimensões. Após, analisou-se especificamente a sua dimensão econômica.

Na sequência, realizou-se o estudo a respeito da recente reforma tributária perpetrada em nosso ordenamento jurídico, enumerando os dispositivos que guardam correlação com a sustentabilidade nas suas dimensões ambiental, social e econômica, esclarecendo como as novas regras podem estimular a defesa do meio ambiente e a dignidade da vida humana.

O presente relatório de pesquisa encerra-se com as considerações finais, nas quais são sintetizados os estudos realizados ao longo deste trabalho.

Quanto à metodologia, na fase de investigação e de tratamento dos dados, foi empregado o método indutivo, utilizando-se da técnica do referente, do fichamento, bem como da pesquisa bibliográfica (Pasold, 2018, p. 89 e ss.).

2 O Caráter Pluridimensional da Sustentabilidade e a Dimensão Econômica da Sustentabilidade

De início, é necessário registrar que sustentabilidade não abrange apenas o aspecto ambiental, ou seja, deve-se sempre ter em mente uma visão multidimensional da sustentabilidade.

Inclusive, Souza (2012, p. 248) aponta que sustentabilidade é o

[...] conjunto de mecanismos necessários à manutenção de algo sem que gere danos (ou pelo menos, os reduza) no ambiente referenciado, também levando em consideração os demais ambientes para que haja uma intenção de perfeito equilíbrio entre eles.

Em sentido semelhante, Freitas (2012, p. 72) indica que essa multidimensionalidade da sustentabilidade:

[...] deriva de uma propriedade natural de difícil refutação: o inter-relacionamento de tudo, a conexão inevitável de seres e coisas. Assim, a degradação ambiental [...] encontra-se associada à degradação social. Para consolidá-la, nesses moldes, indispensável cuidar do ambiente, sem ofender o social, o econômico, o ético e o jurídico-político.

Essas dimensões são elementos orgânicos, inter-relacionados e mutuamente dependentes.

Há uma clara necessidade em se manter um equilíbrio entre as dimensões, haja vista que sem a harmonia de todas as searas não se alcançará a verdadeira sustentabilidade. As dimensões se entrelaçam e se constituem mutuamente, uma influenciando a outra, na denominada dialética da sustentabilidade (Benacchio, 2016, p. 346).

As dimensões da sustentabilidade se entrelaçam, não podendo haver a adoção de apenas uma delas ao extremo, em detrimento das demais, sob pena de causar danos e de prejudicar a sociedade que se objetiva proteger. Esse equilíbrio é complexo e variável, devendo ser identificado caso a caso (Souza; Garcia, 2016, p. 138).

Por sua vez, Milaré (2013, p. 70) leciona que:

No Direito do Ambiente, como também na gestão ambiental, a sustentabilidade deve ser abordada sob vários prismas: o econômico, o social, o cultural, o político, o tecnológico, o jurídico e outros. Na realidade, o que se busca, conscientemente ou não, é um novo paradigma ou modelo de sustentabilidade, que supõe estratégias bem diferentes daquelas que têm sido adotadas no processo de desenvolvimento sob a égide de ideologias reinantes desde o início da Revolução Industrial, estratégias estas que são responsáveis pela instrumentalidade do mundo de hoje, tanto no que se refere ao planeta Terra quanto no que interessa à família humana em particular. Em última análise, vivemos e protagonizamos um modelo de desenvolvimento autofágico que, ao devorar os recursos finitos do ecossistema planetário, acaba por devorar-se a si mesmo.

Desse modo, para a maioria da doutrina, essa multidimensionalidade se expressa em três pilares básicos (tripé da sustentabilidade) que são as dimensões ambiental, social e econômica.

No entanto, alguns autores, acrescentam outras. Freitas (2012, p. 55-58), por exemplo, após salientar que a sustentabilidade é multidimensional porque o próprio bem-estar é multidimensional, fala em, pelo menos, cinco dimensões da sustentabilidade: social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política.

Já Ferrer (2012, p. 320), em alguns textos, acrescentou às anteriores a dimensão tecnológica da sustentabilidade, pois, para ele, é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá assegurar um futuro mais sustentável.

Em relação à dimensão tecnológica, Souza e Mafra (2014, p. 21) destacam que essa

[...] é a dimensão propulsora das demais, é indispensável que a visão sustentável também parta dela, porque assim fará com que se crie, construa e reinvente mecanismo de efetivação das demais dimensões tradicionais da Sustentabilidade.

Diante desse quadro, foram criadas várias “*dimensões*” da sustentabilidade que têm por objetivo realizar o estudo e a compreensão da sustentabilidade em diversas áreas existentes nas relações humanas, por exemplo, econômica e social, para fomentar a sua prática e a incorporar de forma definitiva e, principalmente, efetiva na sociedade (Braun; Robl, 2015, p. 77).

De toda sorte, sem ter a pretensão de esgotar todas as classificações encontradas na doutrina, passa-se para a análise individualizada da dimensão mais destacada para o assunto tratado neste artigo, qual seja, a dimensão econômica da sustentabilidade.

A dimensão econômica preconiza o investimento permanente em meios mais eficientes e menos poluentes de produção, bem como pensa no aumento da produtividade como consequência do uso mais eficiente de matérias-primas e de recursos naturais.

Na perspectiva econômica, também já se encontra a plena conscientização da importância da sustentabilidade, pois a base da produção depende necessariamente do sistema natural, ou seja, do que é gerado pela natureza e, em especial, da energia (Cruz; Bodnar, 2011, p. 15).

Como bem apontado por Abramovay (2012, p. 126-127), o caminho não está apenas no crescimento econômico mas sim “[...] em estratégias pelas quais a vida econômica se pautar no uso cada vez melhor dos recursos”. Ademais, tanto o objetivo como o sentido da produção de materiais deveriam estar atrelados ao “[...] atendimento das necessidades básicas e à ampliação das liberdades humanas, nos limites das possibilidades dos ecossistemas”.

A dimensão econômica é descrita por Robl (2017, p. 32) da seguinte forma:

A dimensão econômica, por sua vez, está focada no desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar melhor qualidade de vida às pessoas, até porque os recursos naturais – que são finitos – são a base da produção, e o crescimento econômico sem tal observância, apesar de gerar lucro, pode vir a comprometer o bem-estar das futuras gerações, o que contraria o

princípio do desenvolvimento sustentável enunciado pelo Relatório Brundtland.

Já Ferrer (2012, p. 320) aponta que a dimensão econômica da Sustentabilidade “[...] consiste esencialmente en resolver el reto de aumentar La generación de riqueza, de un modo ambientalmente sostenible, y de encontrar los mecanismos para una más justa y homogénea distribución”¹.

Nesse prisma, segundo Garcia (2016, p. 153), importa considerar, portanto, que

[...] a dimensão econômica está preocupada com o desenvolvimento de uma economia que tenha por finalidade gerar uma melhor qualidade de vida para as pessoas, com padrões que contenham o menor impacto ambiental possível.

Garcia (2011, p. 40) ainda destaca o seguinte:

Essa dimensão passou a ser considerada no contexto da sustentabilidade, primeiro porque não há como retroceder nas conquistas econômicas (de desenvolvimento) alcançadas pela sociedade mundial; e segundo, porque o desenvolvimento econômico é necessário para a diminuição da pobreza alarmante.

Para Freitas (2012, p. 72), em sua dimensão econômica, a sustentabilidade reforça que: (a) é indispensável lidar adequadamente com custos e benefícios, diretos e indiretos, assim como efetuar pertinente *trade-off* entre eficiência e equidade intra e intergeracional; (b) a economicidade implica combate ao desperdício *lato sensu*, bem como o incremento de poupança pública, da responsabilidade fiscal e do limite regulatório do poder público e privado, tendo toda e qualquer propriedade que cumprir função social, econômica, ética e de equilíbrio ecológico; e (c) a regulação do mercado precisa acontecer de maneira que a eficiência guarde comprovada e mensurável subordinação à eficácia.

¹ “Consiste essencialmente em resolver o desafio de aumentar a geração de riqueza de forma ambientalmente sustentável e encontrar mecanismos para uma distribuição mais equitativa” (Ferrer, 2012, p. 320, tradução livre).

Assim, o viés econômico da sustentabilidade une o direito econômico e o direito ambiental, de forma que o crescimento econômico respeite a limitação dos recursos naturais, intensificando a intervenção econômica do Estado em prol da preservação do meio ambiente e estimulando a economia verde, com o escopo de que o desenvolvimento não se torne insustentável para as gerações futuras (Robl, 2017, p. 33).

Feita dita análise, passa-se ao estudo da sustentabilidade na reforma tributária incorporada ao direito brasileiro pela Emenda Constitucional n. 132/2023.

3 A Sustentabilidade como Vetor Paradigmático da Reforma Tributária Instituída pela Emenda Constitucional n. 132/2023

Estabelecidas tais premissas, cumpre analisar o texto da Emenda Constitucional n. 132, de 20 de dezembro de 2023, elencando as situações em que o poder constituinte reformador entendeu pela primazia da sustentabilidade em nosso Sistema Tributário Nacional.

De plano, o artigo 1º da EC n. 132/2023, em sua primeira disposição, traz o novo § 4º dentro do artigo 43 da Constituição Federal de 1988, o qual determina que, sempre que possível, a concessão de incentivos regionais alusivos às isenções, às reduções ou ao diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas considerará critérios de sustentabilidade ambiental e de redução das emissões de carbono.

A nova norma, ainda que alheia ao Título alusivo ao Sistema Tributário Nacional, uma vez que disposta no Capítulo da Administração Pública, o qual, por sua vez, pertence ao Título da Organização do Estado, e a despeito da infeliz expressão “sempre que possível” – a qual pode reduzir o alcance da sustentabilidade diante da indeterminação do vocábulo – já demonstra a intenção do Poder Constituinte Derivado em alçar a sustentabilidade ambiental como premissa para a outorga de isenções de tributos federais

E dita regra, por acrescentar a “redução das emissões de carbono” como *conditio sine qua non* à obtenção de benefícios tributários, atende

aos princípios da dimensão econômica da sustentabilidade, vez que tal fator poderá impactar o aspecto produtivo das empresas, que poderão se utilizar de tributação benéfica caso poluam menos o meio ambiente, agindo conforme os escopos da sustentabilidade.

Na sequência, a Emenda Constitucional traz o novo § 3º junto ao artigo 145 da Constituição Federal, concretizando uma verdadeira releitura dos princípios fundantes do Sistema Tributário Nacional, ao estabelecer que este “*deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente*”.

Vê-se, aqui, a inserção da defesa do meio ambiente como princípio do Sistema Tributário Nacional, o que certamente ensejará um efeito irradiante na legislação tributária nacional, e que poderá dar maiores contornos a uma tributação ambiental, em prol da preservação e da manutenção da vida humana em nosso planeta.

Como já mencionava Ricci (2015, p. 138):

Os valores constitucionalmente consagrados podem e devem ser homenageados por políticas públicas implementadas mediante o emprego da tributação extrafiscal, como o incentivo à cultura, a redução das desigualdades regionais, o desenvolvimento econômico e, claro, a proteção ao meio ambiente.

Na mesma toada, já se teve a oportunidade de asseverar que resta clarividente a possibilidade de os tributos serem utilizados pelo poder público como forma de estimular a proteção ao meio ambiente, eis que o meio ambiente sadio e equilibrado é componente indissociável da dignidade da pessoa humana – o que justifica toda a gama de princípios constitucionais relativos à proteção ambiental (Robl, 2017, p. 87-88).

É dizer: a inserção do princípio da *defesa do meio ambiente* no Sistema Tributário Nacional acarretará uma verdadeira virada de chave na legislação tributária infraconstitucional, no sentido de permitir a efetiva utilização dos tributos como forma de estimular o alcance da sustentabilidade.

Ainda que não seja objeto do presente estudo, importante sublinhar que a modificação constitucional em apreço traz também outro

princípio que certamente contribuirá com a sustentabilidade, agora em sua dimensão social, qual seja, o princípio da Justiça Tributária.

Nessa linha, importante trazer à baila as lições de Colet e Costa (2017, p. 4.882-4.883) que, preconizando por justiça social, fomentam a impossibilidade de tributação dos itens que compõem o mínimo existencial, *in verbis*:

Conforme a capacidade contributiva, cada pessoa deve contribuir para as despesas da coletividade conforme sua aptidão econômica. Assim, a aplicação do princípio em estudo clama por mais justiça, permitindo que o legislador considere as diferenças dos cidadãos, recolhendo o tributo a partir da capacidade em separado de cada um. [...]

Nesta ótica, a isenção do mínimo existencial, pois se destina à sobrevivência do indivíduo e de sua família, corrobora com a maior igualdade entre as pessoas e permeia a justiça social, proporcionando uma melhor distribuição de renda entre a população, combatendo as desigualdades.

Logo, o encontro de forças dos princípios da Justiça Tributária e da Defesa do Meio Ambiente certamente promoverá a sustentabilidade, não apenas na sua vertente econômica, mas também na sua dimensão social, no afã de permitir uma vida digna dos cidadãos.

Até porque, como há muito já enunciam Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 49-50, grifos do original), a dignidade da pessoa humana possui também uma dimensão ecológica, a qual contempla a qualidade de vida como um todo, inclusive do ambiente em que a vida humana se desenvolve.

Atualmente, pelas razões já referidas, pode-se dizer que os valores ecológicos tomaram assento definitivo no conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. No contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formatação de uma *dimensão ecológica da dignidade humana*, que abrange a ideia em torno de um *bem-estar ambiental* (assim como de um *bem-estar individual e social*) indispensável a uma vida digna, saudável e segura. Dessa compreensão, pode-se

conceber a indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade (e segurança) ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos. Aquém de tal padrão ecológico, a vida e a dignidade humana estariam sendo violadas no seu núcleo essencial. A *qualidade, o equilíbrio e a segurança ambiental*, com base em tais considerações, passariam a figurar como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, fundamental para o desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de completo *bem-estar existencial*, até mesmo no sentido do reconhecimento de um *direito-garantia ao mínimo existencial ecológico*.

Na sequência, a Emenda Constitucional n. 132/2023 enumera nova espécie tributária, de competência da União, que incidirá sobre a produção, a extração, a comercialização ou a importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos de lei complementar, conforme o novel inciso VIII do artigo 153 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O propósito do novo imposto é desestimular, por meio da oneração, a produção, a extração, a comercialização ou a importação de bens e serviços prejudiciais à saúde e ao meio ambiente.

Não se pode olvidar que a criação e a regulamentação da referida espécie tributária dependerão, por evidente, da existência da lei complementar de que trata o referido dispositivo constitucional, nos moldes do artigo 146 da Constituição Federal. Porém, a Emenda Constitucional mais uma vez cumpre a sua função ambiental quando enumera a nova espécie tributária federal.

Nesse dispositivo, o Estado passa a atuar como indutor de condutas ecológicas dentro do processo produtivo, na medida em que certamente os empreendedores e produtores visarão elaborar um produto que não agrida o meio ambiente durante todo o processo de produção, vez que, se assim agir, acarretará na elevação do imposto e no consequente aumento de preço, o que poderá gerar o desinteresse dos consumidores.

Isto é: dito imposto passará a possuir uma função eminentemente extrafiscal e em prol da defesa do meio ambiente e da sustentabilidade.

Assim, sendo o tributo um instrumento de intervenção na atividade econômica, ele pode ser utilizado na esfera ambiental como um indutor de atividades ambientalmente corretas, propiciando uma adequação do desenvolvimento socioeconômico para as necessidades ambientais (Cavalcante, 2011, p. 357).

Em um próximo momento do texto normativo, a emenda altera o inciso II do § 6º do artigo 155 da Constituição Federal de 1988, o qual trata do IPVA, de competência dos Estados, passando a admitir alíquotas diferenciadas em função do tipo, do valor, da utilização e do impacto ambiental do veículo automotor terrestre, aquático e aéreo.

Nessa linha é o escólio de Robl (2017, p. 143):

De qualquer forma, como podemos verificar, tem-se que o IPVA, embora originalmente não tenha sido instituído correlacionando-se com a proteção ao meio ambiente, deve ser utilizado como ferramenta de proteção e preservação ambiental, na medida que a isenção ou redução de sua alíquota para veículos menos poluentes contribui para estimular a sua aquisição pela população, diminuindo, via de consequência, a emissão dos nocivos gases do efeito estufa.

Ato sequente, a Emenda Constitucional cria novo imposto no artigo 156-A, denominado “Imposto de Competência Compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios”. Ainda que inexista qualquer previsão de cunho ambiental no novel dispositivo constitucional, posteriormente o texto da emenda altera o artigo 158 da Constituição Federal – o qual trata da repartição das receitas tributárias – para determinar que, no que tange à repartição das receitas tributárias oriundas do referido imposto, os Municípios receberão suas parcelas da receita segundo os seguintes critérios:

- I – 80% (oitenta por cento) na proporção da população;
- II – 10% (dez por cento) com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos, de acordo com o que dispuser lei estadual;
- III – 5% (cinco por cento) com base em indicadores de preservação ambiental, de acordo com o que dispuser lei estadual;

IV – 5% (cinco por cento) em montantes iguais para todos os Municípios do Estado.

Assim, tem-se que mais uma vez a Emenda Constitucional n. 132/2023 estabelece critérios ambientais no Sistema Tributário Nacional, agora no que tange à repartição das receitas tributárias do novo imposto previsto no artigo 156-A da Constituição Federal, notadamente quando destina parcela do imposto, conforme a “melhoria dos resultados de aprendizagem e do aumento da equidade”, bem como quando estabelece que parte do imposto será repartida com base em “indicadores de preservação ambiental”, com nítido viés que visa a fomentar as dimensões ambiental e social da sustentabilidade.

Da mesma forma, quando das alterações do artigo 159 da Constituição Federal de 1988, a Emenda determina que a parcela da receita dos Estados do imposto ambiental federal previsto no inciso VIII do artigo 153 também seja distribuída aos Municípios segundo os critérios acima elencados.

Referidas regras não são uma novidade no ordenamento jurídico, vez que já havia situação análoga em relação à repartição de receita oriunda do ICMS, o qual, a critério dos Estados Federados, pode beneficiar os entes municipais que melhor atingirem metas ambientais fixadas em lei estadual (Braun; Robl, 2015, p. 76-97).

De todo o modo, a referida regra de repartição de receita tributária insere no texto constitucional critérios que visam a promover a sustentabilidade, em suas dimensões social e ambiental, contribuindo para a defesa do meio ambiente e a sadia qualidade de vida dos cidadãos.

Num próximo momento, a Emenda cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, previsto no artigo 159-A, com o objetivo de reduzir as desigualdades regionais e sociais, mediante a entrega de recursos da União aos Estados e ao Distrito Federal. Chama a atenção, para os fins do presente estudo, a determinação da aplicação de recursos para projetos que prevejam ações de sustentabilidade ambiental e de redução das emissões de carbono (art. 159-A, § 2º da EC n. 132/2023).

Por fim, e ainda que alheia ao Sistema Tributário Nacional, sobleva realçar a nova disposição do inciso VIII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal instituída pelo artigo 1º da EC n. 132/2023, a qual

determina regime fiscal favorecido para biocombustíveis e hidrogênio de baixa emissão de carbono, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes últimos, o que mais uma vez corrobora com o fomento da sustentabilidade e a defesa do meio ambiente.

Vê-se, na concessão de regime diferenciado para biocombustíveis e hidrogênio, a adoção da dinâmica da indução do Estado, por meio de mecanismos tributários, para a prática de determinada conduta em segmento específico da economia com o propósito de reduzir as emissões de gases de efeito estufa, em manifesta atitude de extrafiscalidade ambiental tributária, conforme mencionado alhures.

Nesse diapasão, no entendimento de Rodrigues e Villot (2014, p. 143, tradução livre), o objetivo dos impostos ambientais é reduzir o dano ao meio ambiente, de maneira que um imposto será ambiental se ele consegue modificar o comportamento dos contaminadores para que estes diminuam o impacto ambiental que estão causando².

Não obstante as inúmeras alterações já mencionadas, tem-se, ainda, que o artigo 2º da Emenda Constitucional n. 132/2023 altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, por sua vez, também inclui em seus dispositivos o objetivo da preservação ambiental.

É dizer, o referido dispositivo estabelece que a lei que instituir os tributos previstos nos artigos 156-A e 195, V, da Constituição Federal do Brasil deverá estabelecer mecanismos para manter o diferencial competitivo da Zona Franca de Manaus e das áreas de livre comércio, existentes desde 31 de maio de 2023, com a criação dos Fundos de Sustentabilidade e Diversificação Econômica do Estado do Amazonas e também dos Estados da Amazônia Ocidental e do Amapá, os quais têm por finalidade fomentar o desenvolvimento e a diversificação das suas atividades econômicas.

2 El objetivo de los impuestos ambientales es reducir el daño al medio ambiente, de manera que un impuesto será ambiental si logra modificar el comportamiento de los contaminadores para que disminuyan el deterioro ambiental que están causando, con independencia del destino que se le asigne a la recaudación que se obtenga. Por tanto, el impuesto debe diseñarse con tipos y bases que permitan enviar los incentivos adecuados para que se produzcan cambios de comportamiento y/o procesos productivos y tecnologías.

Por fim, norma protetiva do meio ambiente também se infere dos artigos 8º e 9º da EC n. 132/2023. O primeiro cria um programa denominado Cesta Básica Nacional de Alimentos, com possibilidade de redução completa da alíquota para os produtos que a integrem, visando a garantir uma alimentação saudável e nutricionalmente adequada.

Já o segundo dispositivo acima referido, de seu turno, elenca um rol de bens e serviços, que engloba serviços de educação, saúde, medicamentos, transporte público, alimentos, etc., e faculta à lei complementar que vier a instituir os tributos previstos nos artigos 156-A e 195, V, da Constituição instituir regime tributário diferenciado na sua exação, com a possibilidade de redução de 60% (sessenta por cento) das alíquotas, em nítido fomento à dimensão social da sustentabilidade.

Assim, tem-se que a reforma tributária introduzida pela Emenda Constitucional n. 132/2023 vem a contribuir – e muito – na tentativa de alcance da sustentabilidade. A referida normativa consolida a defesa do meio ambiente quando da atividade legislativa em matéria tributária, vindo a consolidar o “capitalismo ambiental” do qual tratam Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 102) quando se referem à dimensão econômica da sustentabilidade.

Importante anotar, contudo, que referidas disposições não terão vigência imediata, na medida em que o artigo 2º da EC n. 132/2023, quando altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece diversas regras de transição no que tange à vigência dos tributos atualmente objeto de exação e novas normas tributárias previstas no texto da Emenda.

De todo o modo, resta clarividente que a sustentabilidade é um dos vetores-paradigma da reforma tributária instituída pela Emenda Constitucional n. 132/2023, vez que insere a proteção do meio ambiente como princípio do Sistema Tributário Nacional.

Ainda, ao inserir a justiça tributária como princípio da reforma e ao trazer regras socioambientais para a repartição dos novos impostos previstos nos artigos 153, VIII, e 156-A da Constituição Federal, a Emenda Constitucional fomenta as dimensões ambiental e social da sustentabilidade.

Demais disso, o novo texto do Poder Constituinte de Reforma traz regras que beneficiam, com a redução de alíquotas, a utilização de fontes

de energia sustentáveis e que gravam com maior exatidão os produtos que em tese podem agredir o meio ambiente, o que certamente induzirá o emprego da sustentabilidade nos processos produtivos, em nítido propósito de estimular a dimensão econômica da sustentabilidade.

4 Considerações Finais

Como dito ao longo do texto, as dimensões da sustentabilidade devem coexistir harmonicamente, de modo que haja um equilíbrio entre elas, pois somente assim se alcançará de fato a sustentabilidade. Ademais, sempre é bom lembrar que não há hierarquia entre as dimensões – caso contrário haveria danos e prejuízos à sociedade que se objetiva proteger – o que deve existir é um entrelaçamento das dimensões, sendo que todas devem se influenciar e conviver harmoniosamente entre si.

Em relação à dimensão econômica, a mais explorada ao longo do artigo, nada mais consiste do que um conjunto de práticas econômicas que objetivam compatibilizar o desenvolvimento econômico preservando o meio ambiente e garantindo a manutenção dos recursos naturais de forma sustentável

Ademais, conforme demonstrado, resta clarividente que a sustentabilidade é um dos vetores paradigmáticos da reforma tributária instituída pela Emenda Constitucional n. 132/2023, vez que insere a proteção do meio ambiente como princípio do Sistema Tributário Nacional, o que tem o condão de gerar uma verdadeira reestruturação ambiental na tributação existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, como já mencionado, ao inserir a justiça tributária como princípio da reforma e ao trazer regras socioambientais para a repartição dos novos impostos previstos nos artigos 153, VIII, e 156-A da Constituição Federal, a Emenda Constitucional fomenta as dimensões ambiental e social da sustentabilidade, na medida em que se utiliza de critérios objetivos que visam a melhoria da educação e da defesa do meio ambiente.

Demais disso, o novo texto do Poder Constituinte de Reforma traz inúmeras regras que beneficiam a utilização de fontes de energia

sustentáveis e, por outro lado, tributam com maior veemência os produtos que podem agredir o meio ambiente, conforme prevê o novo artigo 153, VIII, da Constituição Federal, o que certamente induzirá o emprego da sustentabilidade nos processos produtivos, com o nítido propósito de estimular a dimensão econômica da sustentabilidade.

Assim, é possível concluir que a sustentabilidade, em todas as dimensões acima mencionadas – sobretudo a econômica –, constitui-se num dos vetores paradigmáticos da reforma tributária instituída pela Emenda Constitucional n. 132/2023.

Referências

ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril, 2012.

BENACCHIO, Marcelo. Sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos. *In*: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; RAMOS, Micheline. **Sustentabilidade, Direitos Humanos e Conflitos nas Relações Transnacionais nos Países Subdesenvolvidos**. Curitiba: CRV, 2016. p. 341-356.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 132, de 20 de dezembro de 2023**. Senado Federal: Brasília, DF, 2023. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 8 fev. 2024.

BRAUN, Diogo Marcel Reuter; ROBL, Ronan Saulo. O ICMS ecológico como instrumento auxiliar para o alcance da sustentabilidade. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre. **Sustentabilidade, meio ambiente e sociedade**: reflexões e perspectivas. Umuarama: Unipar, 2015. p. 76-97. [e-book]

CAVALCANTE, Denise Lucena. Reflexões sobre a Tributação Ambiental. **Revista Interesse Público**, [s.l.], n. 68, ano 13, jul.-ago. 2011.

COLET, Charlise Paula. COSTA, Marli Marlene Moraes da. A função social do Estado Contemporâneo e a Garantia do mínimo existencial como mecanismo de consolidação da cidadania e justiça social. *In*: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2017, p. 4.863-4.891. **Anais [...]**. [S.l.], 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista Bonijuris**, [s.l.], v. XXIII, p. 12-20, 2011. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777/1761>. Acesso em: 6 fev. 2024.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? **Revista NEJ – Eletrônica**, [s.l.], v. 17, n. 3, p. 310-326, 2012. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4202/2413>. Acesso em: 6 fev. 2024.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão Econômica da Sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 133-153, janeiro-abril de 2016.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **El principio de sostenibilidad y los puertos**: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica da sustentabilidade. 2011. 451f. Tese (Doctorado em Derecho Ambiental y sostenibilidad de la Universidad de Alicante) – Universidade de Alicante, Espanha, 2011.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. 14. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

RICCI, Henrique Cavaleiro. **Direito tributário ambiental e isonomia fiscal**. Curitiba: Juruá, 2015.

ROBL, Ronan Saulo. **Impostos Estaduais como Instrumento Auxiliar para o Alcance da Sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RODRÍGUEZ, Alberto Gago; VILLOT, Xavier Labandeira. La Imposición Ambiental como Opción para España. **Papeles de Economía Española**, [s.l.], n. 139, 2014.

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

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. Vinte anos de sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios. **Revista da Unifebe, on-line**, n. 11, p. 239-252, dez. 2012.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Rafaela Schmitt. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: desdobramentos e desafios pós-relatório Brundtland. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; REZENDE, Elcio Nacur. **Direito e sustentabilidade II**. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 132-150. [recurso eletrônico].

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de, MAFRA, Juliete Ruana. A sustentabilidade no Alumiar de Gabriel Real Ferrer: Reflexos Dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de, GARCIA, Heloise Siqueira (org.). **Lineamentos sobre Sustentabilidade Segundo Gabriel Real Ferrer**. Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2014. p. 11-36. [recurso eletrônico].

Nataniel Martins Manica

Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e Mestre em Território, Urbanismo Y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular pela Universidade de Alicante. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo.

E-mail: nataniel@pge.sc.gov.br

Endereço profissional: Rua Paulo Zimmermann, n. 118, Centro, Blumenau, SC. CEP: 89010-170.

Ronan Saulo Robl

Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Derecho Ambiental y de La Sostenibilidad pela Universidade de Alicante, Espanha. Pós-Graduado em Direito Constitucional e em Direito Tributário pelo Centro Universitário União das Américas.

E-mail: ronan@pge.sc.gov.br.

Endereço profissional: Rua Tenente Ary Rauen, n. 1.405, Sala 2, Vila Formosa, Maфра, SC. CEP: 89304-060.

Recebido em: 05/06/2024

Aceito em: 15/07/2024

Como referenciar este artigo

MANICA, Nataniel Martins; ROBL, Ronan Saulo. A Dimensão Econômica da Sustentabilidade como um dos Vetores Paradigmáticos da Reforma Tributária Instituída pela Emenda Constitucional n. 132/2023. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 33-50, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesso à Justiça e Linguagem: Aspectos Sociopragmáticos da Comunicação Jurídica

Cristiane Martins de Paula Luz¹

Daniel Cardoso²

¹Justiça Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

²Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

A proposta deste artigo, cujo arcabouço teórico foi construído com base em Costa (2017), Agha (2003), Ferraz Júnior (2015), Schmitt (2013), Austin (1991), Püschel e Gebara (2016) e Blommaert (2014), foi analisar o direito de acesso à Justiça sob a perspectiva da linguagem. No percurso teórico traçado, a análise crítica e situada da linguagem jurídica envolveu conceitos de relevância para o campo sociopragmático do discurso, em particular o enregistramento e a ideologia linguística. Dessas reflexões iniciais, chegou-se à conclusão de que, sem a ponderação e o envolvimento de questões relacionadas à linguagem na atividade judicial, não haverá propriamente a garantia do acesso à Justiça em sentido amplo, no qual deve estar incluído o direito de o jurisdicionado compreender a resposta judicial.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Linguagem Jurídica; Enregistramento; Linguagem Simples.

Access to Justice and Language: Sociopragmatic Aspects of Legal Communication

Abstract

In this article, the theoretical framework is based on the works of Costa (2017), Agha (2003), Ferraz Júnior (2015), Schmitt (2013), Austin (1991), Püschel and Gebara (2016) and Blommaert (2014). The purpose is to analyze the right of access to justice from a language perspective. The theoretical approach involves a critical and situated analysis of legal language incorporating concepts relevant to the socio-pragmatic field of discourse, particularly focusing on registration and linguistic ideology. Based on these initial reflections, without considering and addressing language-related issues in judicial activities, there can be no guarantee of broad access to justice. This access should include the right of individuals to understand the judicial response.

Keywords: Access to Justice; Legal Language; Registration; Plain Language.

1 Introdução

O direito de acesso à Justiça está previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 2020). O acesso à justiça envolve o direito de acionar o Judiciário e, por consequência, dele obter resposta. Em síntese, o acesso à Justiça envolve um processo comunicativo.

O Direito é, essencialmente, linguagem. De acordo com Costa (2017), o processo de comunicação jurídica é realizado por meio de uma linguagem marcada e específica, particularizada em uma pluralidade de funções, responsável tanto por criar quanto por realizar o Direito.

Nos fóruns e nos escritórios, em que as atividades judiciária e processual se realizam, destaca-se uma linguagem ainda mais específica, a linguagem jurídica forense. Os textos produzidos nos fóruns e em escritórios de advocacia, por juízes e advogados, mostram-se inseridos em um restrito contexto de circulação. Diariamente, inúmeras petições são protocolizadas e sentenças judiciais são proferidas. Nelas, questões sociais sensíveis são tratadas, a exemplo de conflitos diversos, cobrança de dívidas, falências, questões de família, sucessões, danos e crimes. Nas linhas textuais desses gêneros textuais/discursivos, são narradas questões individuais e coletivas, com repercussões sociais amplas.

A despeito dos efeitos que esses atos produzem na vida dos jurisdicionados, de modo geral, a compreensão de gêneros textuais/discursivos dessa natureza exige o que se pode reconhecer como letramento jurídico, e o que se verifica, na prática, é que o acesso à Justiça não se concretiza plenamente sob perspectiva linguística.

Neste artigo, propõe-se uma análise inicial sobre o tema, com a identificação das características que marcam e registram a linguagem jurídica e dos fatores que podem explicar os efeitos pragmáticos e discursivos da (in)inteligibilidade dessa específica linguagem. Para esse desiderato, o artigo está dividido em cinco seções.

No momento inicial, apresentam-se as marcas do enregistramento na comunicação jurídica. Na seção seguinte, a análise avança para a resposta obrigatória na comunicação jurídica, materializada no gênero textual/discursivo sentença. Na terceira seção, apresenta-se o paralelo

entre os registros da linguagem técnica e as marcas da linguagem incompreensível. Na quarta seção, são envolvidas na análise questões relacionadas às ideologias linguísticas. Na última seção, busca-se uma avaliação inicial do *Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples*, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2023. Por fim, apresentam-se as considerações finais.

2 Marcas do Enregistramento na Comunicação Jurídica

A comunicação jurídica pode ser observada sob o viés do que se reconhece como *enregistramento*, nos termos explicitados por Agha (2003). Nesse sentido, pode-se reconhecer que os gêneros que circulam na esfera jurídica envolvem um conjunto de práticas sócio-historicamente localizáveis, estão presentes em processos sociais que refletem valores culturais de uma vida social e dependem das atividades de pessoas sociais, ligadas entre si por meio de interações discursivas e institucionais.

A marca do enregistramento presente na comunicação jurídica parte da configuração tradicional de um conflito interpessoal ou coletivo, num inicial fluxo de comunicação em que se apresentam as partes, as que carregam o conflito propriamente dito, e todas as consequências que dele advierem; os advogados, responsáveis pela transmissão da mensagem apresentada pelas partes, e o juiz, destinatário dos pedidos. O discurso jurídico é assim concebido como uma ação social (Luz, 2018).

De acordo com Ferraz Júnior (2015), na comunicação jurídica, em que se mobilizam os gêneros que circulam na esfera jurídica, são identificadas reações avaliativas dos partícipes que podem ser cooperativas, contestativas ou indiferentes. Desse modo, o objeto do discurso será qualificado e controlado conforme o que se denomina de função estimativa do discurso. Identifica-se que as partes, na situação comunicativa, estão motivadas, ou seja, guardam interesse pelo que é dito, têm a certeza de que algo vai ser respondido e a incerteza sobre o efetivo resultado. Ferraz Júnior (2015) registra ainda a *exigibilidade* como uma das características que define a comunicação discursiva jurídica.

Nesse sentido,

Vejamos, agora, o que temos de fazer para entender uma situação comunicativa discursiva como jurídica. Em primeiro lugar, observamos que, enquanto nas situações comunicativas sociais em geral a comunicação se dá entre dois comunicadores, ambos dotados, ao mesmo tempo, da capacidade de emitir e de receber informações, vale dizer, de pergunta e de responder, em certas situações comunicativas é atribuída ao receptor (qualquer um dos comunicadores) a faculdades de exigir a informação. ‘Exigibilidade’, para usar um termo de Miguel Reale, significa, em nossa análise, uma regra segundo a qual, dada uma situação comunicativa em que pelo menos um dos comunicadores se recusa a comunicar-se, na medida em que renuncia, voluntária ou involuntariamente, ao papel de receptor ou de emissor, ao outro comunicador é facultado reclamar o comportamento recusado. [...] Entendemos que a ‘exigibilidade’ tem, além disso, um outro efeito, ela amplia a situação comunicativa social, acrescentando-a de mais um comunicador: o árbitro, o juiz, o legislador, mais genericamente, a norma. A situação comunicativa torna-se, assim, triádica (Ferraz Júnior, 2015, p. 83-84).

Os registros que marcam e delimitam a comunicação jurídica e os gêneros a ela vinculados estão também refletidos nas variedades linguísticas neles identificadas. Além do núcleo técnico e do uso da variedade padrão, outras questões estão envolvidas na concepção do que se denomina linguagem jurídica. Essas questões, que serão abordadas nos itens subsequentes deste artigo, refletem ideologia linguística e geram efeitos sociais relevantes, como o encapsulamento da compreensão dos atos jurídicos. Antes, é necessário abordar um significativo gênero textual/discursivo: a sentença.

3 A Resposta Obrigatória: o gênero textual/discursivo sentença

Sob o enfoque do acesso à Justiça, à luz da linguagem, a sentença judicial¹ materializa a resposta esperada por aquele que aciona o Judiciário. As questões que permeiam a sentença judicial também podem ser direcionadas a saber quem é o terceiro que decide, interfere em questões sociais, condena e absolve, e a compreender esse específico gênero, no qual são narrados enredos diversos, com personagens reais, envoltos em questões sensíveis.

O juiz e a sentença judicial, produtor e gênero textual/discursivo, equilibram, em tese, questões como a ausência do Estado na preservação de direitos e de garantias fundamentais, embora muitas vezes possam acentuar esse desequilíbrio. O gênero jurídico que se apresenta é complexo e, não raras vezes, de difícil inteligibilidade ao jurisdicionado sem formação jurídica. Os efeitos por ele performados são sentidos individual e coletivamente, ainda que nem sempre sejam aceitas ou compreendidas as razões para a tomada da decisão.

A sentença judicial é, em sua essência, um gênero textual plural, que engloba diversas tipologias (descrição, narração, argumentação, injunção), apresenta uma estrutura definida e revela a materialização de um raciocínio para a tomada de decisão.

Em acepção doutrinária, a sentença judicial revela-se como o pronunciamento estatal que decorre de um caso concreto, no qual o conflito de interesses entre as partes é dirimido. No ato, aplica-se o direito e soluciona-se [tecnicamente] a controvérsia apresentada em juízo (Schmitt, 2013, p. 17). A sentença apresenta requisitos estruturais que lhe conferem validade e eficácia e a identificam como gênero textual/discursivo específico: a) nomes e qualificações das partes; b) o relatório, com a exposição dos fatos apresentados pelas partes; c) a fundamentação, com a indicação dos motivos de fato e de direito que embasam a tomada da decisão; d) o dispositivo, que apresenta o resultado da decisão; e) a parte autenticada, na qual local, data, nome do julgador e assinatura são identificados (Schmitt, 2013, p. 18-19).

¹ No mesmo enfoque, apresentam-se todos os gêneros textuais/discursivos que materializam a decisão judicial em sentido amplo.

Nessa perspectiva, projetando-se a *Teoria dos Atos de Fala*, de J. L. Austin (1991), ao universo dos atos jurídicos e dos gêneros em que esses atos estão estruturados, identificam-se enunciados performativos entre os gêneros que circulam no âmbito jurídico. Austin (1991), em sua teoria, promove uma separação entre o que denomina de enunciado constativo e de enunciado performativo. Os enunciados constativos são utilizados para a descrição do mundo das coisas e dos acontecimentos e traduzem também uma forma de intenção. Os atos performativos, por sua vez, *fazem algo*. No enunciado performativo, não se discute se um enunciado é falso ou verdadeiro, mas se é feliz ou infeliz, sendo necessário, para tanto, que as circunstâncias de proferimento do ato enunciativo sejam válidas e apropriadas.

Dessa forma, quando proferida por autoridade competente, ou seja, por juiz investido no cargo, dentro da jurisdição específica e, em regra, após o trânsito em julgado, a sentença judicial consubstancia ato performativo, porquanto seu proferimento gera efeitos e constitui modificações jurídicas. Em suma, de acordo com Austin (1991), diante de circunstâncias apropriadas, no proferimento de performativos [a exemplo da sentença judicial], não há descrição do ato ou descrição de sua execução, mas sim a realização desse ato. A isso, não cabe a condição de verdadeiro ou falso. Do modo como estruturada, a sentença judicial explicita uma marca de *enregistramento* muito específica da comunicação jurídica e materializa a resposta que deve ser dada.

4 Dos Registros da Linguagem Técnica às Marcas da Linguagem Incompreensível

A linguagem utilizada nos atos judiciais apresenta características específicas. A terminologia linguagem jurídica vincula-se à linguagem do Direito, utilizada tanto na criação quanto na concretização de direitos e deveres. Essa linguagem se revela de forma multifuncional, uma vez que compõe os atos legislativos, judiciários, contratuais, doutrinários e administrativos. É lógica e técnica, porquanto informa e busca o convencimento por meio de instrumentos como a oratória e a retórica (Costa, 2017).

Quanto ao texto propriamente dito, certo é que as estruturas textuais presentes nos textos jurídicos permitem a compreensão das condições de produção e das situações que a envolveram. Nesse sentido, ainda que a argumentação seja o núcleo dos gêneros do campo jurídico, a heterogeneidade tipológica alinha-se à função persuasiva, de modo que o texto narrativo é igualmente relevante. É a narração que proporcionará ao leitor a percepção do conflito existente, o eixo de temporalidade, a seleção de dados e de fatos para a construção dos argumentos (Püschel; Gebara, 2016, p. 201).

Os gêneros que circulam na esfera jurídica, em especial a petição e a sentença, trabalham com a heterogeneidade enunciativa e, com base na classificação de Authier-Revuz (1990), trazem em sua estrutura *formas de heterogeneidade mostrada no discurso*, uma vez que explicitam na fundamentação a letra da lei, o entendimento doutrinário e a jurisprudência.

Todas essas características, embora técnicas, não justificam, por si, a incompreensão social da linguagem jurídica. Elas compõem os gêneros e os caracterizam. Assim como em outras áreas do conhecimento, o Direito trabalha com termos específicos e com conhecimentos especializados. Nesse sentido, verbos selecionados, uso do modo imperativo, nomenclaturas próprias e estruturas textuais específicas envolvem a linguagem jurídica. A incompreensão deriva de uma camada mais profunda e complexa, entretanto.

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que o letramento jurídico dificilmente é realizado fora dos muros das faculdades de Direito, dos escritórios de advocacia, dos fóruns, das seções judiciárias e dos tribunais. Assim, os conhecimentos gerais acerca dos gêneros que circulam nesses espaços são aqueles difundidos pela mídia e pela Literatura e idealizados em filmes e em novelas.

A linguagem jurídica, mais especificamente a linguagem forense, não raras vezes denominada pejorativamente como *juridiquês*, reveste-se de técnica, mas também de especificidades, que, por sua vez, registram social e negativamente a linguagem jurídica. Inicialmente, destaca-se o abuso de expressões em latim no texto jurídico como um ingrediente que contribui para a construção de um texto rebuscado e arcaico. Em outro aspecto, o uso de uma sintaxe que dificulta o processamento cognitivo,

com orações e elementos deslocados (ordem indireta) e períodos longos², é um dos fatores para as dificuldades de inteligibilidade dos textos jurídicos. Da mesma forma, uma seleção lexical ultrapassada, com a escolha de palavras de pouca ou nenhuma circulação, daquelas que só habitam o dicionário, os gabinetes e os escritórios, representa também um fator preponderante para a incompreensão da linguagem jurídica para leigos, independentemente do nível de escolaridade³.

A título de ilustração, seguem alguns registros selecionados pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região em sua publicação acerca do *juridiquês* em textos jurídicos:

Para ilustrar, vejamos a seguir alguns exemplos encontrados em textos jurídicos.

Termos e expressões rebuscados e/ou arcaicos:

“abroquelar” (fundamentar); “apelo extremo” (recurso extraordinário); “autarquia ancilar” (INSS); “cártula ché- quica” (folha de cheque); “caderno indiciário” (inquérito policial); “com espeque/fincas/supedâneo no artigo” (com base no artigo); “consorte supérstite (viúvo/a);

2 Nesse enfoque, destaca-se o Decreto n. 12.002, de 22 de abril de 2024, que estabelece as seguintes normas para a redação das disposições normativas: “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, e observarão o seguinte: I – para obtenção da clareza: a) empregar as palavras e as expressões em seu sentido comum, exceto quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se poderá empregar a nomenclatura própria da área sobre a qual dispõe o ato normativo; b) usar frases curtas e concisas; c) usar orações na ordem direta; d) evitar preciosismos, neologismos e adjetivações; e e) buscar a uniformidade do tempo verbal e usar, preferencialmente, o presente ou o futuro do presente do modo indicativo; II – para obtenção da precisão: a) articular a linguagem mais adequada, comum ou técnica, à compreensão do objetivo, do conteúdo e do alcance do ato normativo; b) respeitar as regras gramaticais e ortográficas da norma culta da língua portuguesa; c) expressar a ideia, quando repetida ao longo do texto, por meio das mesmas palavras, de modo a evitar o emprego de sinonímia; d) não usar palavra ou expressão: 1. que possa conferir ambiguidade ao texto; 2. em língua estrangeira quando houver termo equivalente em língua portuguesa, ressalvadas as expressões jurídicas habituais do latim; ou 3. não reconhecida pelo Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa ou pelos principais dicionários de língua portuguesa quando houver termo reconhecido que possa substituí-la; [...] Embora específico para atos normativos, essas disposições podem ser observadas para a construção de textos jurídicos (Brasil, 2024, p. 3).

3 Nesse sentido, vale a transcrição: “A área que mais se prestou à redação empolada e tola foi a jurídica, onde até hoje impera o imponente, viscoso e gosmento juridiquês: ‘Os cânones civis pavimentaram a pavimentação sumária, estribada no Livro das Coisas, na Magna Carta, na boa doutrina e nos melhores arestos deste sodalício. Urge sejam vivificados os direitos fundamentais do Ordenamento Jurídico, espeque do petitório que aqui se encerra. O apossamento solerte e belicoso petitório que aqui se encerra. O apossamento solerte e belicoso deve ser sepultado *ab initio* e *inaudita altera parte*, como corolário da mais lídima justiça’” (Squarisi; Cunha, 2015, p. 166).

“consorte virago” (esposa); “despiciendo” (desprezível); “ergástulo público” (cadeia); “exordial increpatória” (denúncia – peça inicial do processo criminal); “fulcro” (fundamento); “indigitado” (réu); “vistor (perito).

Frases extraídas de processos:

“O demandado não foi intimado, via seu *paracleto*...” (*paracleto* = defensor) “A contestação mostra-se *inane*...” (*inane* = vazia).

“Concernente ao assunto em *testilha*...” (*testilha* = disputa, discussão) “Sobre o assunto, em *escólio*, do art. 75, *assere* Manoel...” (*escólio* = esclarecimento; *assere* = afirma).

“Ao *perscrutarmos percucientemente* o feito, notamos *de refez* que ao magistrado...” (*perscrutarmos percucientemente* = investigarmos minuciosamente; *de refez* = com facilidade).

Fragmento de petição encaminhada ao Superior Tribunal Militar:

“O *alcândor* Conselho Especial de Justiça, na sua *apostura* irrepreensível, foi correto e *acendrado* no seu *decisório*. É certo que o Ministério Público tem o seu *lambel* largo no exercício do poder de denunciar. Mas nenhum *lambel* o levaria a *pouso cinéreo* se houvesse *acolitado* o pronunciamento *absolutório* dos nobres *alvarizes*”.

Quantos termos raros! Sem dúvida, com o intuito de mostrar erudição, o autor construiu um texto hermético, dificultando a compreensão. [...] (TRF3, 2021).

Além das questões afetas à sintaxe e ao léxico, fatores de ordem pragmática e discursiva podem desencadear a incompreensão social do sistema de justiça vigente. Nesse sentido, o fato de a comunicação não envolver a população ou mesmo os jurisdicionados, mantendo-se, salvo exceções, restrita *para* e *entre* os profissionais do Direito. Da mesma forma, o complexo sistema processual, com as inúmeras fases do processo, múltiplas possibilidades recursais e instâncias, o que implica a demora na prestação jurisdicional. Por fim, a ausência de uniformidade da própria resposta, fator esse que pode gerar a sensação de injustiça e de preterição, embora seja o de mais difícil mudança, tendo em vista as heterogeneidades de julgadores e o próprio funcionamento do sistema de justiça brasileiro.

Esses pontos destacados refletem questões afetas às ideologias linguísticas e de poder, o que será explorado na seção que segue.

5 Ideologias Linguísticas e Poder

Jan Blommaert (2014) leciona que as ideologias linguísticas são crenças, ideias, visões e percepções sobre linguagem e comunicação, fatores que incidem sobre todas as formas e funções linguísticas. Para o linguista, as ideologias linguísticas envolvem elementos como *desempenho*, *semiose*, *performance*, *indexicalidade*. Nesse aspecto, a forma da língua e a estrutura social são mediadas por ideologias linguísticas, as quais fornecem instrumentos com os quais é possível detectar caminhos pelos quais a estrutura e a forma da língua são impactadas uma pela outra.

O tipo de poder a que podemos nos referir é o poder capilar: o poder que Foucault descreveu como produtor de pessoas como sujeitos agindo sobre um tópico particular e regimentado, tornando-se, dessa forma, alguém. Esses processos de poder possuem sempre duas facetas: como um complexo compartilhado de recursos e potencial, são necessárias a qualquer forma de comunidade e coletividade – para qualquer ato de comunicação – embora nunca sejam livres de valor no sentido político-econômico. [...] O poder no campo da linguagem opera por meio da estratificação, pelo processo não igualitário de construção de camadas e pela ordenação de variantes grandes e pequenas em relação a percepções de uma ordem social e cultural desejada: uma ordem de indexicalidade (Blommaert, 2014, p. 76).

No âmbito jurídico, campo da linguagem jurídica, as relações ideológicas e de poder em relação à linguagem se apresentam com significativa nitidez. Em um primeiro aspecto, apresentam-se pessoas investidas em atividades ou cargos privativos de bacharéis em Direito, as quais *desempenham significados*. Pode-se destacar, ainda, a presença de verbos específicos para cada atividade desempenhada pelos denominados “operadores do direito”: julgar, desempenhado

pelos juízes; acusar, desempenhado pelos promotores/procuradores; defender, requerer, pedir, desempenhados pelos advogados.

Nesse mesmo aspecto, identifica-se um comportamento simbólico significativo, a *semiose*, e uma *performance* destacada, promovida por advogados, procuradores e juízes, que realizam suas atividades jurídicas dentro dos restritos limites de seus verbos de regência [julgar, pedir, acusar], vinculados a âmbitos de poder e de alcance que lhes são afetos. Reconhece-se uma liturgia que acompanha a atividade, em que os limites são impostos pela Constituição, por leis e atos normativos. Os ritos são específicos. Apresentam-se vestimenta, comportamento e linguagem característicos. Todos esses elementos, por certo, produzem estabilidade e capacidade de reconhecimento e revelam *significados indexicais*.

A *indexicalidade*, por sua vez, está refletida especialmente na linguagem jurídica forense, em que o domínio da linguagem técnica e arcaica ou arcaizada ainda é reconhecido socialmente como de prestígio dentro e fora do âmbito jurídico. Sob esse aspecto, o domínio restrito da linguagem é uma forma de alcance, garantia e manutenção de poder.

Nessa ordem de ideias, acerca da relação entre linguagem, escrita e poder, Maurizio Gnerre (2009) destaca o uso da linguagem como elemento utilizado como fator que bloqueia o acesso ao poder:

[...] o problema é, por um lado, de compreensão de mensagens e conteúdos e, por outro, de produção de mensagens. A começar do nível mais elementar de relações com o poder, a linguagem constitui o arame farpado mais poderoso para bloquear o acesso ao poder. Para redigir um documento qualquer de algum valor jurídico é realmente necessário não somente conhecer a língua e saber redigir frases inteligíveis, mas conhecer também toda uma complexa e arcaizante que é de praxe. Se não é necessário redigir, é necessário entender tal fraseologia por trás do complexo de clichês e frases feitas (Gnerre, 2009, p. 22).

Em termos de acesso à justiça, o uso da linguagem como barreira de acesso ao poder revela-se verdadeiro “diferencial informacional”, prática de todo condenável, na medida em que coloca em posição de desigualdade partes opostas de um mesmo processo, a depender

do maior ou menor domínio da linguagem jurídica forense⁴, o que compromete não apenas a compreensão do resultado processual, mas também, e de modo muito mais relevante, a capacidade de avaliação da adequação do trabalho de seu representante.

As marcas, os registros, a indexicalidade que envolvem a comunicação jurídica evidenciam as estruturas de poder que atuam no âmbito jurídico. Verifica-se, de fato, uma linguagem verbal e não verbal hermética e refratária que retroalimenta as dificuldades de acesso à justiça à luz do aspecto linguístico, fragilizando, assim, o que deveria representar o direito à compreensão da resposta judicial e do funcionamento do sistema judicial. Por outro lado, atualmente, identificam-se movimentos que buscam a adoção da Linguagem Simples pelo Judiciário brasileiro, conforme será abordado a seguir.

6 Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples

Conforme leciona Fischer (2024), a Linguagem Simples é uma técnica de comunicação que surgiu no Reino Unido e nos Estados Unidos nos anos 1940. Atualmente, de acordo com a pesquisadora, ela está presente em mais de 50 países, em diversos idiomas. A Linguagem Simples é reconhecida como direito civil e como causa social, por meio da qual se defende o direito de entender as informações que orientam o nosso dia a dia.

No Brasil, no âmbito do Poder Judiciário, destaca-se a adoção do *Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples*, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça em 2023, que busca implementar ações, iniciativas e projetos, em todos os segmentos da Justiça e em todos

4 Sobre o tema, há interessante observação na obra de Nassim Taleb: “A *sharia*, em particular a lei que regulamenta as transações e as finanças islâmicas, é de nosso interesse na medida em que preserva alguns dos métodos e práticas babilônios e mediterrâneos perdidos [...] A *sharia* estabelece o interdito *gharar*, suficientemente drástica para ser totalmente banida em qualquer forma de transação. É um termo extremamente sofisticado na teoria da decisão que não existe em português: significa tanto incerteza quanto engano – minha opinião pessoal é que significa algo além da assimetria informacional entre agentes: desigualdade de incerteza. De forma simples, uma vez que o objetivo é que ambas as partes em transação tenham a mesma incerteza frente a resultados aleatórios, assimetria torna-se equivalente a roubo. Ou em termos mais concretos: nenhuma pessoa em uma transação deve ter certeza sobre o resultado enquanto a outra pessoa tem incerteza” (Taleb, 2018, p. 57).

os graus de jurisdição, relacionados à adoção da linguagem simples, direta e compreensível a todos os cidadãos na produção das decisões judiciais e na comunicação geral com a sociedade (CNJ, 2023, p. 2).

No texto do pacto, a justificativa nele apresentada tem por base a premissa de que “[...] o uso da linguagem técnica e a extensão dos pronunciamentos em sessões no Poder Judiciário não podem se perpetuar como obstáculo à compreensão das decisões pela sociedade” (CNJ, 2023, p. 3). Nesse enfoque, o documento marca ainda qual o compromisso que deve ser assumido pela magistratura nacional de aliar a boa técnica, a clareza e a brevidade na comunicação, tratadas como condições indispensáveis para a garantia do acesso à Justiça. Em outras palavras, a comunicação jurídica, à luz do documento, deve manter seu núcleo técnico específico, porém é preciso garantir aos jurisdicionados o direito de acesso à Justiça também por meio da linguagem. Nesse sentido,

[...] a Constituição Federal de 1988 estabelece, entre os direitos e as garantias fundamentais, o acesso à justiça, à informação e à razoável duração do processo, os quais apenas podem se concretizar por meio do uso de palavras, termos e expressões compreensíveis por todas as pessoas, bem como sessões de julgamento mais céleres. Ainda, busca ampliar o uso de linguagem inclusiva, nos termos estabelecidos pela Recomendação n. 144 de 25/8/2023 e pela Resolução n. 376 de 2/3/2021 (CNJ, 2023, p. 5).

Na busca pela *Linguagem Simples* no Judiciário brasileiro, a atuação dos tribunais deverá ser promovida em cinco eixos principais, que envolvem: simplificar a linguagem de documentos; utilizar a brevidade e a objetividade nas comunicações; promover a educação e a capacitação do corpo técnico e o uso de ferramentas tecnológicas e de parcerias institucionais (CNJ, 2023, p. 6-9). Nesse enfoque, ainda com base no disposto no Pacto em análise:

Todos os tribunais envolvidos assumem o compromisso de, sem negligenciar a boa técnica jurídica, estimular as juízas e os juízes e setores técnicos a:

a. eliminar termos excessivamente formais e dispensáveis à compreensão do conteúdo a ser transmitido;

- b. adotar linguagem direta e concisa nos documentos, comunicados públicos, despachos, decisões, sentenças, votos e acórdãos;
- c. explicar, sempre que possível, o impacto da decisão ou do julgamento na vida de cada pessoa e da sociedade brasileira;
- d. utilizar versão resumida dos votos nas sessões de julgamento, sem prejuízo da juntada de versão ampliada nos processos judiciais;
- e. fomentar pronunciamentos objetivos e breves nos eventos organizados pelo Poder Judiciário;
- f. reformular protocolos de eventos, dispensando, sempre que possível, formalidades excessivas;
- g. utilizar linguagem acessível à pessoa com deficiência (Libras, audiodescrição e outras) e respeitosa à dignidade de toda a sociedade (CNJ, 2023, p. 4).

Além das base constitucionais anteriormente destacadas, o Pacto está pautado em instrumentos internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é parte, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (Decreto n. 65.810/1969), a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto n. 10.932/2022), as Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça da Pessoas em Condição de Vulnerabilidade e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ODS 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes).

O *Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples*, portanto, reconhece que o direito constitucional de acesso à Justiça se realiza também por meio da linguagem. Em outras palavras, o direito à compreensão das decisões judiciais está inserido no direito constitucional previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Contudo, a adoção da Linguagem Simples não se realiza apenas na camada textual dos gêneros que circulam na esfera jurídica. Para tanto, é preciso compreender os aspectos sociopragmáticos que envolvem a comunicação jurídica como um movimento fundamental para incursões específicas nas bases e nos eixos de aplicação do referido Pacto.

Não se pode desconsiderar também que o direito à compreensão requer letramento jurídico. Nesse aspecto, uma proposta interessante seria a de garantir o letramento jurídico já na escola, com o envolvimento dos gêneros da esfera jurídica em atividades na sala de aula. Nesse aspecto, conhecer os gêneros que circulam no âmbito jurídico e reconhecer o funcionamento do sistema jurídico é uma tentativa de compreender como se realiza a comunicação jurídica.

Da mesma forma, é preciso verificar como as questões afetas à linguagem são trabalhadas nos cursos de Direito. O Direito é um fazer linguístico, de modo que a compreensão sintática, semântica, discursiva, pragmática, sociolinguística e discursiva da linguagem pelos estudantes e bacharéis de Direito pode representar um significativo avanço na garantia do direito à compreensão para os jurisdicionados.

7 Considerações Finais

Entre registros, marcas e indexicalidade, que revelam os aspectos sociopragmáticos da comunicação jurídica, apresentam-se camadas com as quais é possível mapear o modo como essa específica comunicação se realiza. Nesse aspecto, verifica-se uma camada técnica e procedimental inafastável. Da mesma forma, identifica-se uma comunicação primeira que se realiza entre pares, que ocupam posições específicas e definidas.

Nesse fluxo comunicativo, contudo, não se pode esquecer de que o jurisdicionado é destinatário primeiro da resposta judicial. Nesse ponto, há características que revelam movimentos que dificultam ou obstaculizam a garantia de acesso à Justiça em sentido pleno, linguístico, ou seja, o direito à compreensão da resposta judicial. Nesse ponto, revela-se, para além das marcas de indexicalidade, uma ideologia linguística, em que o conceito de “prestígio”, em detrimento da compreensão e do acesso, revela o sistema de poder envolvido.

A compreensão das bases teóricas apresentadas neste artigo são necessárias para incursões específicas acerca do *Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples*, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça em 2023. A iniciativa presente no Pacto reforça o reconhecimento de que o direito de acesso à Justiça também se concretiza

pela linguagem, pelo direito à compreensão da linguagem jurídica e, principalmente, da resposta judicial. O pacto, embora importante e necessário, é ainda uma medida incipiente e demanda políticas institucionais em aspecto amplo.

Não é tarefa fácil mudar os padrões consagrados. As práticas de linguagem que se concretizam em âmbito jurídico registram o rebuscamento, o nível hermético e refratário da linguagem jurídica. Escrever simples é um exercício complexo, por mais paradoxal que isso possa parecer. Para tanto, os caminhos passam pela formação linguística dos profissionais do Direito. A Linguagem Simples e o letramento jurídico aos cidadãos podem ser o caminho para a garantia do direito à compreensão.

Do percurso analítico, é preciso reconhecer que, sem a ponderação de questões relacionadas à linguagem na atividade judicial, não haverá propriamente a garantia do acesso à Justiça em sentido amplo, que deve ser concretizado também em sentido linguístico. Dessa forma, uma das faces do direito de acesso à justiça é o direito de acesso à compreensão da linguagem que circula nas esferas jurídicas.

Referências

AGHA, A. The social life of cultural value. **Language & Communication**, [s.l.], v. 23, n. 3-4, p. 231-273, 2003.

AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer**: palavras e ações. Porto Alegre: Artes Médicas, 1991.

AUTHIER-REVUZ, Jacqueline. Heterogeneidades enunciativas. **Cadernos de Estudos Linguísticos**, Campinas, n. 19, 1990. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cel/article/view/8636824>. Acesso em: 31 ago. 2022.

BLOMMAERT, Jan. Ideologias linguísticas e poder. In: SILVA, Daniel Nascimento e; FERREIRA, Dina Maria Martins; ALENCAR, Claudiana Nogueira Alencar (org.). **Nova Pragmática**. São Paulo: Cortez, 2014. p. 52-60.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 12.002, de 22 de abril de 2024**. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Decreto/D12002.htm. Acesso em: 6 jul. 2024.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples**. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-da-justica/acessibilidade-e-inclusao/pacto-nacional-do-judiciario-pela-linguagem-simples/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

COSTA, Návia. **Comunicação jurídica: linguagem, argumentação e gênero textual**. 4. ed. Leme, SP: Mundo Jurídico, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER, Heloisa. **Linguagem Simples: ler, entender e agir**. Rio de Janeiro: Comunica Simples, 2024. Disponível em: <https://encurtador.com.br/y5t7N>. Acesso em: 7 jul. 2024.

GNERRE, Maurizio. **Linguagem, escrita e poder**. 5. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LUZ, Cristiane Martins de Paula. **Por uma linguagem jurídica não violenta: possíveis interações entre comunicação jurídica e a comunicação não violenta**. Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/3921>. Acesso em: 6 jul. 2024.

PÜSCHEL, Flávia Portella; GEBARA, Ana Elvira L. História jurídica e argumentação: a construção de argumentos jurídico-dogmáticos. In: PINTO, Rosalice; CABRAL, Ana Lúcia Tinoco; RODRIGUES, Maria das Graças Soares. **Linguagem e Direito: perspectivas teóricas e práticas**. São Paulo: Contexto, 2016. p. 199-213.

SQUARISI, Dad; CUNHA, José. **1001 dicas de Português: português descomplicado**. São Paulo. São Paulo: Contexto, 2015.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

SOARES, Magda. **Linguagem e escola: uma perspectiva social**. 18. ed. 1. Reimpressão. São Paulo: Contexto, 2020.

TALEB, Nassim Nicholas. **Arriscando a própria pele: assimetrias ocultas no cotidiano**. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz S.A., 2018.

TRF3 – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **O Jurídiquês em Textos Jurídicos**. São Paulo: TRF3, 2021. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/emag/emagconecta/conexaoemag-lingua-portuguesa/o-juridiques-em-textos-juridicos?sword_list%5B0%5D=cert&no_cache=1. Acesso em: 31 ago. 2022.

Cristiane Martins de Paula Luz

Doutoranda em Linguística pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestra em Linguística pela Universidade Federal de Santa Catarina (2024). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2001) e em Letras-Português pela Universidade Federal de Santa Catarina (2022). Pós-graduada em Grandes Transformações do Direito Processual pela Universidade da Amazônia (2007); em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2009); em Sistemas de Justiça: conciliação, mediação e justiça restaurativa pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2019); em Revisão de Textos pela PUC-Minas (2021); e em Ensino e Gramática pela Universidade Federal de Minas Gerais (2023). Analista Judiciária da Justiça Federal de Santa Catarina desde 2004.

E-mail: cristianemartins004@gmail.com

Endereço profissional: Rua Paschoal Apóstolo Pítsica, n. 4.810, Agrônômica, Florianópolis, SC. CEP: 88025-255.

Daniel Cardoso

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Capes 6). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2018). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2004). Procurador do Estado de Santa Catarina desde 2012.

E-mail: cardosopgesc@gmail.com

Endereço profissional: Av. Osmar Cunha, n. 220, Edifício JJ Cupertino Medeiros, Centro Florianópolis, SC. CEP: 88015-100.

Recebido em: 09/07/2024

Aceito em: 06/08/2024

Como referenciar este artigo

LUZ, Cristiane Martins de Paula; CARDOSO, Daniel. Acesso à Justiça e Linguagem: Aspectos Sociopragmáticos da Comunicação Jurídica. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 51-68, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Aplicação da Inteligência Artificial na Predição de Resultados Judiciais: estratégias para a litigância de massa envolvendo o Poder Público

Sérgio Laguna Pereira¹

¹Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O artigo investiga a utilização da Inteligência Artificial (IA) na predição do resultado de disputas judiciais para otimizar a gestão de processos de massa e reduzir custos judiciais, focando na atuação da Advocacia Pública. O estudo se baseia na jurimetria para aplicar métodos quantitativos na análise de fenômenos jurídicos, utilizando IA para análise preditiva e estratégias de mitigação de litígios com políticas preventivas baseadas em dados. A metodologia emprega pesquisa bibliográfica e adota base lógico-investigativa no método indutivo. O desenvolvimento do artigo inclui a definição e a aplicação da IA e da jurimetria na prática jurídica, destacando modelos de aprendizado de máquina como regressão logística, árvores de decisão e redes neurais para prever tendências judiciais. Em seguida, também aborda a aplicação de IA em modelos de predição e em estratégias para redução de litígios, focando na padronização de estratégias judiciais e na prevenção de litígios por meio de análise de dados. As conclusões enfatizam a eficácia da IA em transformar a gestão do contencioso de massa, destacando a importância da inovação tecnológica para a eficiência da atuação judicial da Advocacia Pública, melhorando a alocação de recursos e a eficácia da atuação judicial, alinhada às necessidades do Poder Público e da sociedade.

Palavras-chave: Advocacia Pública; Inteligência Artificial; Jurimetria; Predição Jurídica.

Application of AI in Predicting Court Outcomes: Strategies for Mass Litigation involving Public Administration

Abstract

The article investigates the use of artificial intelligence (AI) in predicting the outcome of legal disputes to optimize the management of mass processes and reduce legal costs, focusing on the performance of State Advocacy. The study is based on jurimetrics to apply quantitative methods in the analysis of legal phenomena, using AI for predictive analysis and litigation mitigation strategies with data-based preventive policies. The methodology employs bibliographical research and adopts a logical-investigative basis in the inductive method. The development of the article includes the definition and application of AI and jurimetrics in legal practice, highlighting machine learning models such as logistic regression, decision trees and neural networks to predict

judicial trends. Then, it also addresses the application of AI in prediction models and strategies for reducing litigation, focusing on the standardization of judicial strategies and prevention of litigation through data analysis. The conclusions emphasize the effectiveness of AI in transforming the management of mass litigation, highlighting the importance of technological innovation for the efficiency of the judicial performance of State Advocacy, improving the allocation of resources and the effectiveness of judicial action, aligned with the needs of the Public Administration and society.

Keywords: State Advocacy; Artificial Intelligence; Jurimetry; Legal Prediction.

1 Introdução

No cenário jurídico atual, marcado pela complexidade e pelo elevado volume de litígios que envolvem o Poder Público, a necessidade de ferramentas inovadoras para o gerenciamento eficiente dessas demandas torna-se evidente. Questões repetitivas em áreas como direito tributário, temas afetos a servidores públicos e direito à saúde frequentemente sobrecarregam a Advocacia Pública, desafiando sua capacidade de resposta e eficácia.

Recentemente, modelos de Inteligência Artificial (IA) generativa têm provocado muito interesse ao ficarem disponíveis ao público em geral, por meio de serviços como ChatGPT, Gemini, Claude e Copilot, entre outros. No entanto, a utilidade da IA vai muito além disso, podendo ser empregada em muitas outras aplicações.

Diante dessa realidade, surge a jurimetria, ciência que utiliza métodos quantitativos para a análise de fenômenos jurídicos, aliada à IA como estratégias potenciais para superar os obstáculos impostos pela massificação processual. A importância da IA na análise preditiva dentro do contexto judicial não pode ser subestimada, particularmente quando se considera o potencial para transformar significativamente a prática e a gestão do contencioso administrativo e judicial.

A capacidade da IA em processar grandes volumes de dados e em identificar padrões pode ser decisiva na previsão de resultados de litígios e na consequente formulação de estratégias mais assertivas e econômicas para a atuação judicial. A implementação de soluções baseadas em IA não apenas pode reduzir o esforço e os recursos humanos e materiais necessários para essa atuação, como também

otimizar a eficácia da defesa judicial, maximizando as vitórias judiciais do Poder Público.

O objetivo deste artigo é examinar como a IA pode auxiliar na predição de litígios e na tomada de decisões estratégicas que contribuam para a redução de custos e a otimização da gestão do contencioso público. Serão analisadas a aplicabilidade da jurimetria e da IA na predição de padrões e as tendências em litígios, possibilitando uma abordagem proativa na resolução de disputas e na minimização de novas litigâncias.

A escolha desse tema se justifica pela necessidade de inovação na gestão pública e pelo potencial significativo de contribuição da tecnologia para a eficiência administrativa e judicial. Explorar essas tecnologias não é apenas uma questão de melhoria operacional, mas um imperativo estratégico para fortalecer a capacidade do Estado de gerir suas obrigações jurídicas de forma mais eficiente e econômica.

Recorrendo à pesquisa bibliográfica, o presente trabalho possui base lógico-investigativa apoiada no método indutivo (Pasold, 2018, p. 31, 43, 62 e 91).

2 Fundamentos de Inteligência Artificial e Jurimetria

A IA tem assumido um papel relevante no aprimoramento de diversas áreas do conhecimento, e, no campo jurídico, não é diferente. A jurimetria, que aplica métodos quantitativos para a análise de fenômenos jurídicos, integra-se perfeitamente com as tecnologias de IA, especialmente em sua capacidade de realizar análises preditivas (Menezes; Barros, 2017, p. 45-52). Essa sinergia é particularmente valiosa para a Advocacia Pública, que enfrenta o desafio de gerir um grande volume de litígios de massa, envolvendo questões repetitivas em diversas áreas.

A IA é definida como o ramo da ciência da computação que se dedica a desenvolver sistemas computacionais capazes de simular capacidades humanas como aprender, raciocinar, resolver problemas, perceber, linguagem, entre outros (Peixoto, 2020, p. 17). No contexto

jurídico, a IA pode ser aplicada por meio de algoritmos de *machine learning* e *deep learning*, que permitem a análise de grandes conjuntos de dados para identificar padrões e prever tendências em decisões judiciais (Menezes Neto, 2020, p. 12).

Esses sistemas de IA são alimentados por dados extensivos, e a Advocacia Pública possui uma vantagem relevante nesse aspecto, devido ao acesso facilitado a bancos de dados judiciais por meio de sistemas de gestão de processos que estão frequentemente integrados aos sistemas do Poder Judiciário, por meio do Modelo Nacional de Interoperabilidade (Brasil, 2013). Essa integração permite uma coleta de dados mais robusta e sistemática, essencial para treinar modelos de IA com alta precisão.

A jurimetria faz uso de estatísticas para prever o resultado de processos judiciais. Ao integrar IA com jurimetria, os órgãos de Advocacia Pública podem desenvolver modelos que não apenas antecipem resultados, mas que também identifiquem as variáveis mais influentes em cada decisão. Isso permite uma atuação mais assertiva e menos reativa, focando em casos que requerem maior atenção ou que possam estabelecer precedentes importantes.

Embora o acesso a grandes volumes de dados judiciais seja um facilitador, a eficácia desses sistemas depende diretamente da qualidade e da integridade dos dados obtidos. Sistemas de gestão de processos judiciais devem ser capazes de garantir a atualização constante e a precisão das informações, o que representa um desafio técnico significativo. A padronização dos dados entre diferentes sistemas judiciais é outro ponto crítico que precisa ser abordado para maximizar a eficácia dos modelos preditivos.

Um dos principais desafios na aplicação de IA na jurimetria é a opacidade de alguns modelos de aprendizado de máquina, que muitas vezes são vistos como “caixas pretas” (Nunes; Andrade, 2023, p. 7-17). Isso pode gerar resistência por parte dos operadores do direito, que necessitam entender como as decisões são formadas. Assim, o desenvolvimento de modelos explicáveis (na maior medida possível) é essencial para que os resultados obtidos sejam aceitos e utilizados de maneira eficaz. A explicabilidade dos modelos não apenas aumenta a confiança no uso da IA, como também assegura que os *insights* gerados

possam ser utilizados para fundamentar estrategicamente as decisões de atuação da Advocacia Pública.

Ao equipar a Advocacia Pública com ferramentas avançadas de IA e jurimetria, é possível transformar a maneira como os litígios de massa são gerenciados, promovendo uma atuação mais eficiente e econômica (Morais, 2021, p. 308-313). Além disso, a capacidade de prever e de entender as tendências judiciais pode direcionar melhor as políticas públicas e a alocação de recursos, culminando em um serviço jurídico mais eficaz e responsivo para as necessidades do Poder Público e da sociedade.

3 Análise de Dados e Modelos de Predição Jurídica em Contencioso de Massa

Como destacado, a análise de dados e a aplicação de modelos de predição em litígios de massa representam uma fronteira promissora para a Advocacia Pública, que se vê confrontada com o desafio de gerenciar um volume crescente de processos judiciais, notadamente em temas repetitivos (Pieroni, 2023, p. 33-35). O acesso facilitado a extensos bancos de dados judiciais, possível por causa da integração entre sistemas de gestão de processos das procuradorias e sistemas do Poder Judiciário (eProc, PJe, etc.), por meio do Modelo Nacional de Interoperabilidade (Brasil, 2013), proporciona uma base útil para o desenvolvimento e a implementação de soluções tecnológicas avançadas como a IA.

A utilização eficaz dessas tecnologias começa com a compreensão clara dos tipos de dados disponíveis. Informações detalhadas sobre históricos de movimentação processual, decisões anteriores, natureza da litigância, partes envolvidas e fundamentos legais aplicados são coletadas e analisadas.

Na arena complexa dos litígios envolvendo o Poder Público, a implementação de modelos estatísticos e de aprendizado de máquina desempenha um papel transformador, aumentando significativamente a eficiência e a eficácia das práticas jurídicas administrativas. Esses modelos não apenas facilitam a previsão de resultados, mas também

aprimoram o entendimento sobre os elementos que influenciam decisões judiciais.

A regressão logística, por exemplo, é uma ferramenta estatística tradicionalmente utilizada para modelar respostas binárias (Bertalan, 2020, p. 44), como a determinação de responsabilidade fiscal ou a concessão de benefícios previdenciários em litígios de massa. Esse modelo é valorizado por sua simplicidade e transparência, permitindo que os advogados públicos identifiquem e quantifiquem os fatores que mais influenciam os desfechos dos casos. Na prática, a regressão logística poderia ser usada para analisar a probabilidade de sucesso em disputas tributárias com base em variáveis como o tipo de tributo, os argumentos legais empregados e características dos contribuintes envolvidos. Esse modelo poderia ajudar a orientar se é proveitoso insistir em determinadas teses jurídicas ou se vale a pena seguir por outro caminho.

As árvores de decisão levam essa análise um passo adiante ao oferecerem uma representação visual e intuitiva de como diferentes critérios geram resultados judiciais diversos (Bertalan, 2020, p. 45-46). Por exemplo, uma árvore de decisão poderia ser utilizada para determinar a estratégia legal mais eficaz em disputas sobre a regulamentação ambiental, segmentando casos com base na legislação aplicável, na sensibilidade do ecossistema envolvido e no impacto social estimado. Essa segmentação ajuda os Advogados Públicos a customizarem suas abordagens de acordo com as características específicas de cada caso.

Ampliando as árvores de decisão, as florestas aleatórias utilizam múltiplas árvores para criar um modelo agregado que é menos suscetível a erros de um único modelo. Nos litígios que envolvem o Poder Público, as florestas aleatórias podem ser aplicadas para avaliar a variabilidade e a incerteza em casos de licitações públicas e de contratos administrativos, já que, muitas variáveis, podem afetar o resultado. A utilização de múltiplas árvores reduz o risco de decisões baseadas em dados insuficientes ou anomalias; elas melhoram a precisão ao evitar o problema do *overfitting* (generalização pobre ou complexidade desnecessária), proporcionando previsões mais robustas e confiáveis (Breiman, 2001, p. 5-32).

As redes neurais, por sua vez, oferecem capacidades avançadas de modelagem para contextos jurídicos em que as relações entre as variáveis são complexas e não lineares. Esses modelos podem identificar padrões ocultos e interações entre variáveis que são difíceis de detectar por meio de métodos estatísticos convencionais (Peixoto, 2020, p. 20). Esses modelos são especialmente úteis em contextos cujas relações entre as variáveis são intrincadas e difíceis de modelar com métodos mais simples. As redes neurais podem ser aplicadas para antecipar tendências em decisões judiciais, ajudando a prever não apenas os resultados dos litígios, mas também as nuances das decisões judiciais (Osório, 1999, p. 8-12).

Por exemplo, redes neurais poderiam ser usadas para prever os resultados em litígios de massa relacionados a direitos sociais, como é o caso de fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos, analisando dados sobre decisões passadas, políticas governamentais e impactos sociais reportados. Essa capacidade de prever nuances nas decisões judiciais pode auxiliar a preparação de defesas mais eficazes e, até mesmo, ao transcender a esfera de atuação exclusiva da Advocacia Pública, projetar políticas públicas mais ajustadas.

Esses modelos de IA, desde a regressão logística até as redes neurais, demonstram o potencial de qualificar a maneira como a Advocacia Pública aborda a preparação e a gestão de casos, oferecendo ferramentas poderosas para navegar no complexo sistema jurídico com maior confiança e precisão estratégica.

Cada um desses modelos traz diferentes graus de precisão e de explicabilidade, fundamentais para a confiança e eficácia de sua aplicação no âmbito jurídico (Peixoto, 2020, p. 28). Assim, a escolha do modelo apropriado depende das necessidades específicas de análise e do tipo de dados disponíveis, permitindo aos advogados públicos utilizar essas ferramentas avançadas para informar e orientar suas práticas judiciais de maneira mais estratégica e fundamentada.

A aplicação de IA não se limita apenas à predição de resultados, mas estende-se à formulação de estratégias proativas para a gestão do contencioso. Ao antecipar os resultados e entender as tendências dos litígios, a Advocacia Pública pode desenvolver abordagens mais eficientes e economicamente viáveis, reduzindo o volume de litígios

e orientando a alocação de recursos de maneira mais eficaz. Portanto, ao incorporar a IA na análise de dados e nos modelos de predição para litígios de massa, a Advocacia Pública avança não só na modernização de suas operações, mas também na promoção de uma justiça mais ágil, sem o emprego de recursos protelatórios e desnecessários, e adaptada às demandas contemporâneas do direito público.

Não obstante, embora promissora, a IA no contexto da Advocacia Pública também levanta uma série de implicações éticas e desafios práticos que precisam ser cuidadosamente considerados. Primeiramente, o problema dos vieses algorítmicos é uma preocupação central (Nunes; Marques, 2018, p. 424; Peixoto, 2020, p. 26). Os algoritmos de IA, por mais avançados que sejam, dependem dos dados com os quais são treinados. Se esses dados refletirem práticas passadas de discriminação ou preconceitos existentes no sistema judicial, os modelos de IA podem perpetuar ou até amplificar essas injustiças, afetando adversamente a isonomia e a imparcialidade que são fundamentais para a distribuição da Justiça.

Além disso, a resistência dos usuários à adoção de tecnologias de IA é outro desafio significativo. Muitos profissionais do direito podem ver a IA como uma ameaça à sua prática profissional ou duvidar de sua capacidade de replicar o complexo processo de tomada de decisões judiciais (Susskind, 2023, p. 19-20). Essa resistência é frequentemente agravada pela falta de transparência de alguns modelos de IA, que operam como "caixas-pretas", em que as decisões são tomadas de maneira não explicável.

A capacitação dos usuários torna-se, portanto, imperativa. É necessário investir em treinamento para que os advogados públicos e outros operadores do direito entendam como interagir com a tecnologia, interpretar seus *outputs* e utilizar suas recomendações de maneira eficaz e ética. Isso envolve não apenas treinamento técnico, mas também uma conscientização sobre as limitações e potencialidades da IA (Susskind, 2023, p. 221-224).

Por fim, as dificuldades específicas do contexto da Administração Pública, como a burocracia e a necessidade de altos investimentos iniciais, não podem ser ignoradas. A implementação de sistemas de IA requer mudanças significativas na infraestrutura tecnológica e

na gestão de dados, o que implica custos elevados e necessidade de navegar por processos burocráticos muitas vezes lentos e complexos. Além disso, a sustentabilidade dessas iniciativas tecnológicas no longo prazo depende de um compromisso contínuo com a atualização e a manutenção dos sistemas, um desafio em ambientes no quais os recursos são frequentemente limitados e em que as prioridades mudam a cada ciclo governamental.

Portanto, enquanto a IA promete transformar a gestão de litígios de massa e melhorar a eficiência da Advocacia Pública, é fundamental abordar essas questões éticas e práticas para garantir que sua implementação seja justa, eficaz e sustentável.

4 Aplicações Práticas da Predição Jurídica e Estratégias de Redução de Litígios

A IA tem se destacado como uma ferramenta inovadora na transformação das práticas jurídicas, particularmente na Advocacia Pública. Seu uso na predição de litígios não apenas pode melhorar a resposta aos desafios judiciais, mas também pode possibilitar uma abordagem mais estratégica na prevenção de futuros litígios (Anaguchi, 2021, p. 68-73). A implementação de estratégias judiciais padronizadas e de decisões estratégicas proativas para mitigar disputas emergentes são pilares fundamentais nesse processo.

O desenvolvimento de estratégias judiciais padronizadas envolve a criação de protocolos de atuação jurídica consistentemente aplicados em casos semelhantes. Com o suporte de modelos de IA que analisam históricos de decisões e tendências de julgamentos, é possível identificar padrões de sucesso que orientam a atuação dos procuradores e advogados públicos. Em áreas como direito tributário, por exemplo, a análise de dados pode indicar que certas abordagens legais ou determinados argumentos são consistentemente mais eficazes. Essas descobertas permitem que a Advocacia Pública crie *templates* de peças processuais e diretrizes de atuação, maximizando as chances de sucesso e reduzindo a variabilidade nas decisões. A padronização não apenas economiza o tempo dos procuradores, permitindo que

eles se dediquem a questões mais complexas, mas também promove uma gestão mais eficiente e uniforme dos recursos jurídicos (Susskind, 2023, p. 57-62).

Além disso, a prevenção de litígios se beneficia enormemente da capacidade preditiva da IA. A análise avançada de grandes volumes de dados permite identificar os tipos de casos que frequentemente evoluem para litígios e entender as causas subjacentes dessas disputas. Por exemplo, se uma análise revela que muitos litígios envolvendo direitos de servidores públicos decorrem de interpretações equivocadas ou da aplicação inconsistente de normativas, intervenções podem ser planejadas para clarificar ou uniformizar a aplicação dessas normas, mitigando, assim, a incidência de novos casos (Chehin; Martins, 2019, p. 68-71).

Essencialmente, a IA também pode guiar a Advocacia Pública a tratar todos os litigantes com isonomia, identificando discrepâncias ou inconsistências na aplicação da lei que poderiam gerar tratamentos desiguais. Ao mesmo tempo, ao evitar recursos judiciais protelatórios ou desnecessários, a Advocacia Pública não apenas age de forma mais justa com o cidadão, mas também reduz o ônus de sucumbência para o Poder Público e diminui o custo de manutenção e de gestão dessas controvérsias. Reduzir litígios desnecessários e concentrar esforços em casos mais significativos reflete uma postura mais responsável e econômica, beneficiando tanto o Estado quanto os cidadãos.

Além disso, com a IA, a possibilidade de recomendar acordos ou de reconhecer pedidos judiciais torna-se mais viável. Algoritmos podem avaliar a probabilidade de sucesso de um caso e sugerir a negociação como a melhor via de resolução quando as chances de vitória forem baixas ou o custo do litígio for desproporcional aos benefícios potenciais. Essa capacidade de fazer recomendações baseadas em dados ajuda a evitar a prolongação de disputas legais e a otimizar a gestão de casos.

Portanto, a aplicação da IA na Advocacia Pública é uma proposta promissora para qualificar o tratamento de litígios. Ela não apenas otimiza recursos e melhora a eficiência das operações jurídicas, mas também assegura que as ações do Estado em seu papel de litigante sejam realizadas de maneira justa, eficaz e, acima de tudo, estratégica.

5 Considerações Finais

No contexto deste artigo, evidenciou-se o potencial transformador da IA na otimização da gestão de litígios de massa na Advocacia Pública. A análise preditiva, apoiada pela jurimetria, permite não apenas uma previsão eficaz dos resultados dos litígios, mas também a formulação de estratégias judiciais padronizadas que promovem uma atuação mais coesa e menos dispendiosa.

Por meio de modelos de aprendizado de máquina, como regressão logística, árvores de decisão e redes neurais, os órgãos de Advocacia Pública podem antecipar resultados de litígios e adaptar estratégias que previamente seriam definidas apenas no decorrer dos processos. Esses modelos fornecem uma base robusta para a tomada de decisões informadas, permitindo uma atuação proativa que vai além da mera reação aos desafios jurídicos apresentados.

Além de promover uma economia significativa de tempo e de recursos, a padronização de estratégias judiciais utilizando IA também aborda a necessidade de tratar todos os litigantes com isonomia. A capacidade de analisar grandes volumes de dados judiciais com imparcialidade e precisão assegura que a Advocacia Pública promova tratamento processual semelhante a casos similares, evitando tratamentos desiguais e qualquer questionamento de impessoalidade.

Importante também é o papel da IA em mitigar a prática de recursos judiciais protelatórios. Ao identificar as tendências de sucesso ou de fracasso nos litígios, a IA pode aconselhar contra a continuidade de ações judiciais com pouca chance de vitória, reduzindo custos e o tempo despendido em litígios desnecessariamente prolongados. Isso não apenas reduz o ônus de sucumbência para o Poder Público como também desonera o sistema judicial, permitindo que mais recursos sejam focados em casos com relevância substancial ou em ações que realmente necessitem de deliberação judicial.

A introdução de *templates* de peças processuais e diretrizes de atuação padronizadas, geradas a partir da análise de dados pela IA, economiza um tempo considerável dos procuradores e advogados públicos. Esses recursos permitem que os profissionais concentrem seus esforços em aspectos mais complexos dos casos, ao invés de

redigir repetidamente documentos semelhantes ou tomar decisões rotineiras que poderiam ser facilmente automatizadas.

Além disso, a IA oferece a possibilidade de identificar casos em que a negociação de acordos ou o reconhecimento de pedidos judiciais sejam a abordagem mais aconselhável. Ao prever a (in) viabilidade de sucessos litigiosos, a tecnologia pode sugerir soluções consensuais que não apenas resolvem disputas de forma eficiente, mas também promovem um relacionamento mais harmonioso entre o cidadão e o Estado.

Problematizou-se também, ao longo do desenvolvimento, questões éticas e práticas relevantes e que dificultam a implementação de soluções de IA. Deve haver um cuidado especial com o risco de vieses nos dados, capazes de gerar distorções e informações equivocadas, o custo elevado de implementação e de manutenção dessas soluções tecnológicas, bem como a curva de aprendizado e a dificuldade de aceitação dos operadores do direito em relação a seus resultados.

De todo modo, a integração da IA na Advocacia Pública representa uma inovação promissora na maneira de gerir litígios de massa. A tecnologia não apenas simplifica a gestão dos processos, mas também realinha a atuação do Estado para práticas mais justas, econômicas e eficientes. A implementação de tais inovações tecnológicas, portanto, não só melhora a alocação de recursos e a eficácia da atuação do Poder Público em juízo, como também alinha essas ações às necessidades e às expectativas tanto do Poder Público quanto da sociedade em geral, estabelecendo um novo paradigma para a modernização da Advocacia Pública.

É importante pontuar, por derradeiro, que o uso de ferramentas de IA na Advocacia Pública não tem como propósito substituir o trabalho dos procuradores ou dos advogados públicos, mas sim apoiá-los em tarefas repetitivas ou fornecer subsídios para decisões estratégicas. A força de trabalho desses profissionais é e continuará a ser fundamental. A *expertise*, o julgamento crítico e a capacidade de interpretar e de aplicar a Constituição e as leis de forma contextualizada são insubstituíveis. As ferramentas de IA devem ser vistas como instrumentos que potencializam o trabalho, sem abdicar da essência e da importância do fator humano.

Referências

ANAGUCHI, Alexandre Moreira de Souza. **Nova Advocacia Pública e Decisão Jurídica: Legalidade, Legitimidade e Atuação**. Curitiba: Juruá, 2021.

BERTALAN, Vithor Gomes Ferreira. **Usando métodos de processamento de linguagem natural para prever resultados judiciais** (Using natural language processing methods to predict judicial outcomes). 2020. 112p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59143/tde-04012021-232455/publico/Dissertacao_Vithor_Gomes_Bertalan_Revisada.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução Conjunta n. 3, de 16 de abril de 2013**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1721>. Acesso em: 15 abr. 2024.

BREIMAN, Leo. Random Forests. **Machine Learning**, [s.l.], v. 45, p. 5-32, 2001. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1010933404324>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CHEHIN, Soraya Santucci; MARTINS, Ricardo Marcondes. Advocacia Pública: Advocacia de Estado e Advocacia de Governo. In: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami. **Advocacia Pública Contemporânea: desafios da defesa do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 51-77.

MENEZES, Daniel; BARROS, Gisele Porto. Breve análise sobre a jurimetria, os desafios para a sua implementação e as vantagens correspondentes. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, [s.l.], v. 9, n. 19, p. 45-83, set.-dez. 2017.

MENEZES NETO, Elias Jacob de. Ciência de dados Aplicada à Análise dos Custos Associados aos Recursos interpostos pela Advocacia Pública Federal. In: FERRAREZI, Elisabete. **Inovação na Área Jurídica: ciência de dados e custo oportunidade**. Brasília, DF: Enap, 2020. (Cadernos Enap, 70).

MORAIS, Fausto Santo de. O uso da inteligência artificial na repercussão geral: desafios teóricos e éticos. **Revista de Direito Público**, Brasília, DF, v. 18, n. 100, p. 306-326, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6001/pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Otávio Morato de. O uso da inteligência artificial explicável enquanto ferramenta para compreender decisões automatizadas: possível caminho para aumentar a legitimidade e confiabilidade dos modelos algorítmicos? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 18, n. 1, e69329, 2023. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369469329>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/69329>. Acesso em: 15 abr. 2024.

NUNES, Dierle José Coelho; MARQUES, Ana Luiza. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, p. 421-447, nov. 2018.

OSÓRIO, Fernando. Redes Neurais – Aprendizado Artificial. **Forum de IA**, [s.l.], 1999. Disponível em: <http://osorio.wait4.org/oldsite/IForumIA/fia99.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 14. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Direito e inteligência artificial: referenciais básicos: à resolução CNJ 332/2020**. Brasília, DF: Dr IA, 2020. [livro eletrônico]

PIERONI, Fabrizio. **A Autocomposição e o Novo Papel da Advocacia Pública na Era da Consensualidade Administrativa**. Curitiba: CRV, 2023.

SUSSKIND, Richard. **Advogados do Amanhã**. Trad. Valéria de Sousa Pinto. Florianópolis: Emais, 2023.

Sérgio Laguna Pereira

Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí e pela Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Alicante, Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Máster Universitario em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Procurador do Estado de Santa Catarina. E-mail: laguna@pge.sc.gov.br.

Endereço profissional: Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, Av. Osmar Cunha, n. 220, Edifício JJ Cupertino Medeiros, Centro. Florianópolis, SC. CEP: 88015-100.

Recebido em: 11/07/2024

Aceito em: 23/08/2024

Como referenciar este artigo

PEREIRA, Sérgio Laguna. Aplicação da Inteligência Artificial na Predição de Resultados Judiciais: estratégias para a litigância de massa envolvendo o Poder Público. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 69-83, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Concessões de Serviços de Apoio ao uso Público nos Parques Ambientais: estado atual da arte e perspectivas críticas

Evandro Régis Eckel¹
Ricardo Stanziola Vieira²

¹Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

²Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Resumo

O artigo analisou as principais características e algumas perspectivas críticas para as concessões de serviços destinados ao uso público dos parques. Nesse modelo, cabe ao parceiro privado, por período determinado, a prestação de serviços de apoio à visitação, à operação e à manutenção dos serviços turísticos nas zonas previstas para uso público pelo plano de manejo. Essas concessões são regidas pela Lei Federal n. 9.985/2000, logo, as concessões de parques devem observar os preceitos da sustentabilidade. Além de um bom contrato, são necessários a gestão e o monitoramento contínuo da concessão pelo Poder Público, que permanece responsável pela gestão da Unidade de Conservação (UC). A abordagem crítica e o aperfeiçoamento das concessões de parques são fundamentais para que essas parcerias estejam alinhadas com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), notadamente os ODS 14 e 15, relativos à conservação da biodiversidade, e o ODS 17, relacionado às alianças e parcerias.

Palavras-chave: Concessões; Uso Público; Parques; Desenvolvimento; Sustentabilidade.

Concessions for Public use Support Services in Environmental Parks: current state of the art and critical perspectives

Abstract

This article analyzes the main characteristics and some critical perspectives of concessions of services for public use in parks. In this model, the private partner is responsible, for a fixed period of time, for providing services to support visitation, operation and maintenance of tourist services in the areas designated for public use in the management plan. These concessions will be governed by Federal Law n. 9.985/2000, so park concessions must comply with the precepts of sustainability. In addition to a good contract, the concession needs to be managed and monitored continuously by the government, which remains responsible for managing the conservation unit. A critical approach and improvement of park concessions are essential if these partnerships

are to be aligned with the Sustainable Development Goals (SDGs), notably SDGs 14 and 15, relating to biodiversity conservation, and SDG 17, alliances and partnerships.

Keywords: *Concessions; Public use; Parks; Development; Sustainability.*

1 Introdução

A criação e a manutenção do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), assim denominadas no Brasil as áreas protegidas, noção adotada internacionalmente, são fundamentais para a estratégia de conservação da biodiversidade e de preservação dos serviços ecossistêmicos, enfim, para a sustentabilidade. A implementação do SNUC é ecologicamente impostergável, juridicamente obrigatória, politicamente irrenunciável e economicamente viável. Contudo, as áreas protegidas padecem de problemas de governança, sendo evidentes as deficiências na gestão das áreas por falta de interesse político e de recursos financeiros. Enfrenta-se déficit de implementação, a começar pelo desafio da regularização fundiária. Daí falar-se em “parques de papel”.

A implantação de grande parte dos parques não tem se mostrado inteiramente efetiva na obtenção de uma de suas finalidades públicas correspondentes a tal categoria, consistente na visitação pública. Diagnostica-se também a precariedade ou mesmo a falta de infraestrutura instalada. O parque, bens públicos de uso especial, uma das 12 categorias previstas na Lei n. 9.985/2000, deve ser de proteção integral, tendo como objetivo básico

[...] a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico (Brasil, 2000, art. 11, § 1º).

A visitação está sujeita às normas e restrições estabelecidas no plano de manejo da Unidade de Conservação (UC), às normas

estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração e àquelas previstas em regulamento (Brasil, 2000, art. 11, § 2º).

Toma-se “uso público” como termo abrangente para indicar a utilização das unidades de conservação pelo público, por meio da visitação e do turismo independentemente da motivação/atividade ou do segmento do turismo (Rodrigues, 2009, p. 62). A visitação dos parques é fator de desenvolvimento econômico regional, corroborando o caráter multidimensional da sustentabilidade na gestão dessas UCs.

Segundo Dourojeanni e Pádua (2013, p. 220), “[...] onde os parques abertos ao uso público são evidentemente o motor da economia e do emprego, a população os apoia e os defende energicamente”. Enfatizam Young e Medeiros (2018, p. 78) que o uso público como estratégia de conservação da biodiversidade (naturalmente naquelas categorias de manejo que o permitem, como é a dos parques) vem assumindo um papel de destaque na agenda política internacional, e tendências indicam a importância de se compreender e de fomentar a conexão entre turismo e áreas protegidas.

A visitação requerer maior prioridade no âmbito de políticas públicas e de investimentos. Dentro da estratégia de sustentabilidade econômico-financeira dos parques, passou-se a discutir, como alternativa para a gestão dos serviços destinados à visitação pública pelos próprios órgãos ambientais, a concessão desses serviços e/ou de uso público de bem público à iniciativa privada como um dos instrumentos jurídico-econômicos complementares para as políticas públicas de conservação da biodiversidade, em especial para a implementação das UCs no país, considerando-se que existe, nos parques brasileiros, um potencial ainda inexplorado de visitação para fins de educação ambiental, recreação e turismo.

As pesquisas sobre concessões de parques e seus modelos de negócios ainda são incipientes no país. Porém, se mostram de extrema relevância, para que os projetos dessa espécie estejam alinhados com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), notadamente os ODS 14 e 15, relativos à conservação da biodiversidade, e o ODS 17, relacionado a alianças e parcerias, sobretudo a meta 17.17, referente às parcerias público-privadas para sua implementação.

Diante do exposto, destaca-se que serão analisadas aqui as concessões de serviços destinados ao uso público dos parques, suas principais características e algumas perspectivas críticas, valendo-se do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica.

2 Concessões de Uso Público em Parques: estado atual da arte

Cumprе esclarecer, desde logo, que a concessão não implica delegação das atividades de governança e de gestão de todo o espaço protegido, aí incluído o objetivo maior de preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica. Tal tarefa é indelegável pelo Poder Público. Ainda que ocorra a concessão de uso, é limitada para a área destinada à visitação pública, prevista no zoneamento estabelecido pelo plano de manejo da unidade, área geralmente diminuta em relação às zonas intangíveis, permanecendo o parque sob gestão do órgão ambiental. Portanto, é fundamental que haja a descrição clara do objeto do processo de delegação, delimitando-se a área da concessão.

Caberá ao parceiro privado, concessionário, a prestação de serviços de apoio à visitação, à revitalização, à modernização, à operação e à manutenção dos serviços turísticos nas zonas previstas no plano de manejo como de uso público, permanecendo, porém, sob a tutela e a responsabilidade do Estado a gestão da unidade de conservação de proteção integral e a execução dos serviços de monitoramento ambiental e manejo da biodiversidade.

Lembra Braga (2013, p. 105-109) que as concessões são utilizadas em UCs com grande fluxo de visitantes, formalizando relações de maior estabilidade entre o Poder Público e o particular que tenha interesse em explorar uma atividade de utilidade pública que requeira um aporte de recursos e de investimentos mais vultosos¹. Sustenta Rodrigues (2009, p. 89) que a arrecadação em UCs não deve objetivar o lucro para o Estado e nem ser utilizada como um mecanismo para controlar

¹ Já a autorização e a permissão são modalidades utilizadas para outorgar atividades de menor complexidade realizadas por pequenos operadores turísticos, decorrendo de procedimento simplificado para consentir que sejam realizadas atividades transitórias ou que exijam baixo nível de investimento por parte do particular.

o fluxo de visitantes, devendo a cobrança de ingressos integrar um conjunto de ferramentas de manejo da visitação, podendo ser adotada para complementar os recursos disponíveis para a manutenção dos equipamentos de apoio à visitação. A finalidade das concessões dos parques não é arrecadatória.

A legislação balizadora das concessões de serviços é a Lei n. 8.987, de 1995, a Lei n. 9.074, de 1995, e a Lei de Licitações, sem prejuízo de que Estados e Municípios tenham legislações próprias de concessões que abarquem os parques e outras UCs. A União tem competência legislativa para a edição de normas gerais de licitação e contratação (Brasil, 1988, art. 22, XVII), sendo que os Estados e municípios exercem sua competência legislativa própria para se auto-organizar e suplementar nessa matéria (Brasil, 1988, art. 24, § 2º, e art. 30, I e II).

No Estado de São Paulo, a Lei n. 16.260/2016 autorizou a concessão da exploração de serviços ou o uso, total ou parcial, de áreas inerentes ao ecoturismo e à exploração comercial madeireira ou de subprodutos florestais, pelo prazo de até 30 anos, dos próprios estaduais listados no anexo. O ato normativo veiculou autorização legislativa ao Poder Executivo para a concessão da exploração de serviços ou do uso, total ou parcial, de áreas em próprios estaduais. Isso porque a Constituição Estadual exige, no artigo 19, IV, tal autorização para concessão de uso de bens imóveis do Estado para particulares.

Essa lei foi objeto da ADI 7.008 (Brasil, 2023), na qual o STF entendeu inexistente a usurpação de competência da União para editar normas gerais de proteção ao meio ambiente (Brasil, 1988, art. 24, VI e § 1º) e para legislar sobre populações indígenas (Brasil, 1988, art. 22, XIV), haja vista que se trata de ato normativo de caráter genérico (autorizativo de futuras outorgas de concessão de áreas em próprios estaduais) que não afastou a incidência de normas editadas pela União em matéria ambiental, a exemplo das normas sobre o licenciamento ambiental, ou o dever constitucional de consulta prévia às comunidades indígenas e tradicionais eventualmente afetadas. Entendeu a Corte que a lei atacada disciplinou condições e requisitos mínimos para as concessões a serem realizadas, mencionando que o artigo 3º da referida lei prevê que as concessões referidas, quando incidentes sobre UCs, serão regidas pela Lei Federal n. 9.985/2000. Além disso, prevê, como hipótese de rescisão,

o inadimplemento de obrigações legais no que tange à legislação ambiental incidente sobre as áreas concedidas (Brasil, 2000, art. 4º). Fixou-se, então, a tese de que é constitucional norma estadual que, sem afastar a aplicação da legislação nacional em matéria ambiental e o dever de consulta prévia às comunidades indígenas e tradicionais, quando diretamente atingidas por ocuparem zonas contíguas, autoriza a concessão para a iniciativa privada da exploração de serviços ou do uso de bens imóveis do Estado.

Outrossim, a concessão pelo Estado não pode incidir sobre áreas tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, remanescentes quilombolas e demais comunidades tradicionais. Para tanto, foi invocado o precedente da ADI 4.269, Rel. Min. Edson Fachin, julgada em 2017, a qual impugnava dispositivos da Lei n. 11.952/2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União na Amazônia Legal. Nela, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição ao artigo 4º, § 2º, da citada Lei, a fim de afastar qualquer interpretação que permita a regularização fundiária das terras ocupadas por quilombolas e outras comunidades tradicionais da Amazônia Legal em nome de terceiros ou de modo a descaracterizar o modo de apropriação da terra por esses grupos, a fim de assegurar a relação específica entre comunidade, identidade e terra que caracteriza os povos tradicionais, que se encontram no âmbito de tutela especial abarcado pela Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, especialmente nos seus artigos 13 e 14, internalizada no Brasil pelo Decreto n. 5.051/2004. Julgou-se inconstitucional, portanto, a interpretação de lei normatizando a regularização fundiária de terras de domínio da União na Amazônia Legal que vá de encontro à proteção adequada das terras dos remanescentes quilombolas e das demais comunidades tradicionais. Logo, é inconstitucional a norma estadual que concede à iniciativa privada a possibilidade de exploração do turismo em terras indígenas e em áreas ocupadas por comunidades quilombolas e demais comunidades tradicionais, independentemente do *status* de regularização fundiária e da morosidade do Estado em efetivar seu dever de demarcá-las e de protegê-las.

De resto, não é necessária a edição de lei autorizativa prévia para a concessão de serviço público². Contudo, a prestação de serviço público sob regime de concessão será feita sempre por meio de licitação. A essência da concessão comum é sua autossuficiência econômica, sem a utilização de patrimônio público. Logo, não gera impacto orçamentário a delegação de determinado serviço que se financia com as tarifas pagas pelos usuários e eventuais receitas acessórias³.

A União editou a Lei n. 9.491/97, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND), que tem como um de seus objetivos “[...] permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais” (Brasil, 1997, art. 1º, V). Cabe ao Presidente da República, assessorado pelo Conselho Nacional de Desestatização, a decisão de quais serviços públicos serão objeto de concessão, decisão a ser consubstanciada em Decreto. Em 2004 editou-se a Lei n. 11.079, que trata das Parcerias Público-Privadas (PPP). Por sua vez, a Lei n. 13.334/2016 criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), no âmbito da Presidência da República, cuja finalidade é “ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização” (art. 1º, caput). Dispõe o art. 1º, § 1º, III, que as medidas do PND integram o PPI. O art. 4º, II, fixa que o PPI será regulamentado por meio de decretos, nos termos e limites das leis setoriais e da legislação geral aplicável.

No ano de 2018, para fim de garantir segurança jurídica aos processos de concessão no âmbito federal, a Lei n. 11.516/2007, que

² A Constituição do Estado de Santa Catarina, de 1989 prevê, no § 1º do artigo 12, que apenas a doação ou utilização gratuita de bens imóveis do Estado depende de prévia autorização legislativa. No Rio Grande do Sul, a redação do artigo 259 da Constituição Estadual proibia a concessão, cedência, ou qualquer atividade ou empreendimento público ou privado que danifique ou altere as características naturais. Por Emenda Constitucional, passou a prever que as UCs estaduais públicas são consideradas patrimônio público inalienável, permitidas concessões para iniciativa privada, atividades ou empreendimentos públicos ou privados, cuja gestão deverá observar o princípio da sustentabilidade e respeitar seus planos de manejo.

³ Consoante o art. 3º, § 3º, da Lei Estadual n. 17.156/2017, reiterando o disposto no artigo 3º, § 2º, da Lei Federal n. 11.079/2004, não constitui PPP a concessão comum, assim entendida como a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei Federal n. 8.987/1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), autarquia federal responsável pelas atribuições relativas à implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das UCs instituídas pela União, foi modificada pela Lei n. 13.668, a qual lhe acrescentou o artigo 14-C, autorizando a concessão dos serviços, áreas ou instalações de unidades de conservação federais para a exploração de atividades de visitação voltadas à educação ambiental, à preservação e conservação do meio ambiente, ao turismo ecológico, à interpretação ambiental e à recreação em contato com a natureza, precedidos ou não da execução de obras de infraestrutura, mediante licitação regida pela Lei n. 8.987/95. Consolidou-se, assim, no âmbito das UCs federais, a concessão de uso à iniciativa privada com fim lucrativo. Mesmo antes da aprovação da Lei n. 13.668/2018, que aprimorou a legislação sobre o assunto, alguns parques, como o do Iguaçu, já tinham serviços concedidos na década de 1990. Os investimentos abrangem a infraestrutura de serviços básicos, como banheiros, bilheteria, centro de visitantes, restaurantes e estacionamento, e a infraestrutura de atividades específicas, a exemplo de tirolesa, bicicletas etc.

Vale destacar que o § 1º permite que o edital da licitação venha a prever o custeio pelo contratado de ações e serviços de apoio à conservação, à proteção e à gestão da unidade de conservação, poderá prever o fornecimento de número predefinido de gratuidades ao Instituto Chico Mendes, além de encargos acessórios, desde que os custos decorrentes dos encargos previstos no edital sejam considerados nos estudos elaborados para aferir a viabilidade econômica do modelo de uso público pretendido⁴. Essa disposição, se bem aproveitada, representa, para além do fomento ao turismo pretendido pela nova legislação, um grande potencial como fonte de recursos para a própria implementação e manutenção dos parques e, com isso, a conservação da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos. Os contratos de concessão têm, de fato, previsto a destinação de recursos para encargos acessórios, destinados a ações de promoção

⁴ § 2º As gratuidades definidas em edital deverão ser utilizadas com o objetivo de promover a universalização do acesso às unidades de conservação, incentivar a educação ambiental e integrar as populações locais à unidade de conservação. Os contratos de concessões de parques estaduais, estruturados a partir do programa do BNDES, também estipulam isenções e descontos.

a educação socioambiental, pesquisas e monitoramento ambiental, chamados de macrotemas. Estipula-se, no contrato, um percentual da receita (operacional bruta) que a concessionária deve necessariamente aplicar em macrotemas relativos a ações que beneficiam a população do entorno, como o desenvolvimento de cadeias produtivas locais e a revitalização do patrimônio histórico-cultural; além da preservação dos parques, abrangendo o manejo de espécies, o combate a incêndios e a educação ambiental. Trata-se de característica peculiar desses contratos de concessões ambientais (Rio de Janeiro, 2023).

Com base nessa alteração legislativa, o Ministério do Meio Ambiente (MMA) e o ICMBio lançaram em conjunto o Programa Parcerias Ambientais Público-Privadas (PAPP), com o objetivo de formular e fomentar parcerias ou alianças ambientais público-privadas para o aproveitamento sustentável das potencialidades econômicas das UCs. A ideia é melhorar a gestão e a conservação da biodiversidade, além de gerar benefícios sociais e econômicos para moradores do entorno das unidades. Desde 2018, o MMA contratou a concessão de uso de serviço público em diversos Parques, a exemplo do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, como parte do Programa de Concessão de Serviços à Visitação nas UCs federais (ICMBio, 2020). A concessão de serviços de apoio à visitação tem como objetivo o desenvolvimento e a implementação de melhorias nas infraestruturas e atividades de visitação em unidades de conservação federais, por meio da atração de investimentos privados, ampliando e aperfeiçoando a visitação em UCs e promovendo melhorias nos serviços oferecidos aos visitantes. Dessa forma, busca-se estimular o aproveitamento do potencial turístico da unidade visando sua conservação, manutenção e valorização por meio de ações de recreação, lazer, serviços de apoio à visitação e educação ambiental, além de oferecer aos visitantes serviços e informações de qualidade, mantendo as infraestruturas em bom estado de funcionamento e segurança.

Além disso, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) lançou, no final de 2020, o Programa de Estruturação de Concessões de Parques Naturais, projeto voltado a oferecer apoio, avaliação, estruturação e implementação de projetos visando à concessão à iniciativa privada da responsabilidade pelos serviços de

visitação e de exploração comercial dos parques estaduais. Vários estados aderiram ao programa. É preciso que as terras onde se pretende implantar a infraestrutura de visitação já contem com a regularização fundiária da parte do bem público a ser concedida, para dar segurança aos investimentos em infraestrutura previstos na modelagem econômico-financeira do contrato.

O Estado de Santa Catarina firmou, em 2021, contrato com o BNDES para elaboração de projetos de concessão para dar suporte ao Programa Estadual de Concessão de Parques.⁵ Concluída a fase de estruturação do projeto, houve a realização de consulta e audiência pública, tendo sido expedido o Decreto n. 238/2023, autorizando a concessão do Parque Estadual da Serra Furada, pelo prazo de 30 anos, “[...] para fins de exploração econômica de atividades de ecoturismo e visitação, bem como de serviços de gestão e operação dos atrativos existentes a serem implantados na unidade de conservação” (Santa Catarina, 2023, preâmbulo). O Programa é executado pelo IMA em parceria com o BNDES e o Instituto Semeia, integrando o Programa de Parcerias e Investimentos de SC (PPI/SC).

Quanto ao controle externo dessas concessões ambientais, menciona-se a Nota Técnica sobre a Atuação dos Tribunais de Contas na Fiscalização de Projetos de Desestatizações, elaborada pelo Comitê Técnico de Concessões do Instituto Rui Barbosa publicada em 2022, a qual apresenta diretrizes gerais para fiscalização de projeto de desestatização, trazendo melhores práticas nesse setor e rol de procedimentos de controle a serem avaliados pela auditoria, com destaque para o estabelecimento de relação dialógica com o poder concedente ao longo do acompanhamento, dada a complexidade do tema. A Nota Técnica traz pontos de controle específicos de concessões de parques:

ANEXO

PONTOS DE CONTROLE A SEREM ESTABELECIDOS NA ANÁLISE DE PROJETOS DE DESESTATIZAÇÃO

[...]

10. Parques

⁵ Os estudos e diagnósticos contratados junto ao BNDES abrangem: avaliação comercial e estudo de demanda, diagnóstico socioambiental, estudo preliminar de engenharia, arquitetura e transporte, modelo econômico-financeiro, elaboração de minutas de edital e contrato.

- Regularização fundiária da área da concessão;
- Delimitação precisa da área da concessão;
- Atualização dos regulamentos aplicáveis aos parques (e.g.: planos de manejo);
- Compatibilidade dos locais dos atrativos propostos, em termos de atrações e demanda projetada, com zoneamento estabelecido nos regulamentos aplicáveis (e.g.: planos de manejo);
- Compatibilidade do CAPEX com zoneamento estabelecido nos regulamentos aplicáveis (e.g., planos de manejo);
- Presença de bens da União na área da concessão (e.g., cavernas e sítios arqueológicos, CF, art. 20, inc. X);
- Compatibilidade entre demanda projetada e capacidade de carga dos ativos;
- Possibilidade de sazonalidade na demanda do ativo (e.g., férias escolares, condições naturais, que possibilitam a visitação de determinados atrativos em épocas específicas);
- Indicadores de desempenho que considerem a preservação da flora e fauna;
- Limites ao compartilhamento de receitas acessórias (créditos de carbono, pagamentos por serviços ambientais);
- Definição do atrativo como Unidade de Conservação e sua inclusão no Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC e no respectivo Sistema Estadual de Unidades de Conservação – SEUC;
- Previsão de destinação de recursos para encargos acessórios destinados a ações de promoção a educação socioambiental, pesquisas, monitoramento ambiental (Instituto Rui Barbosa, 2022, p. 24-25)⁶.

Da atuação do TCE-RS nos processos de concessões dos parques estaduais, resultou a exclusão de cláusulas com aprovação tácita dos encargos acessórios em virtude dos riscos ambientais envolvidos e a

⁶ De acordo com o mesmo Anexo, são pontos de controle específicos nas (11) Concessões de Uso de Bem Público: – Expressa indicação dos bens reversíveis; – Observância de lei autorizativa, quando couber; – Aplicação subsidiária da lei geral de concessões; – Regras de preservação do patrimônio cultural imaterial, quando couber; – Preservação do interesse público (Instituto Rui Barbosa, 2022, p. 25).

exclusão do limite máximo de compartilhamento de receitas acessórias, por ausência de justificativa e razoabilidade desse limite, sobretudo ante a possibilidade de receitas futuras, como pagamentos por serviços ambientais (PSA) e comercialização de crédito de carbono ainda não precificáveis. É um desafio para o futuro. Afinal, é possível que se chegue a valores que poderiam viabilizar a concessão mesmo sem o pagamento de ingresso, de modo a se tornarem receitas principais e não acessórias. Nesse ponto, é relevante citar que, pela recente Lei n. 14.590, de 2023, que incluiu artigo 14-D na Lei n. 11.516/2000, as concessões em UCs poderão contemplar, em seu objeto, o direito de desenvolver e comercializar créditos de carbono e serviços ambientais, conforme regulamento.

3 Abordagem Crítica

Frente à realidade atual do Estado, marcada pelo “[...] cenário de sucateamento de serviços públicos, de negligência e falta de investimentos públicos nas atividades de gestão, administração, conservação e manutenção das áreas protegidas” (Silva; Raimundo, 2021, p. 56) e por ajustes fiscais que aumentam a carência de recursos orçamentários-financeiros para implementação e gestão eficiente do uso público dos parques, verifica-se a tendência de concessões de serviços e uso público dos parques. Tais parceiras podem constituir fórmulas legítimas e economicamente eficientes para atingimento da finalidade pública, com potencial de conjugar todas as dimensões do princípio da sustentabilidade: ambiental, social e econômica. Contudo, deve-se investigar, de forma crítica, se as experiências existentes e as modelagens atuais contribuem, igualmente, para a efetiva conservação da biodiversidade em tais áreas protegidas.

Trata-se de um tema polêmico, havendo quem o compreenda como uma forma de privatização do meio ambiente, que constitui bem de toda a coletividade. Argumentos como o de que as parcerias fazem parte de um projeto neoliberal, o qual visa transferir cada vez mais atribuições para a iniciativa privada, excluindo-se a participação do Poder Público, ou de que os processos de concessão podem gerar

a elitização do acesso aos bens públicos são utilizados de maneira contundente pelas vertentes críticas ao processo (Rodrigues; Abrucio, 2019, p. 107).

De outro lado, tem sido sustentada a viabilidade da exploração do serviço destinado ao uso público, como a recreação e o ecoturismo, à iniciativa privada, considerando a experiência (*expertise*), a eficiência e a capacidade de investimento do setor privado. Podem, no entanto, desvirtuar-se em mera geração de lucro privado como objetivo principal, resultando em mero processo de mercantilização e apropriação/cercamento privado dos bens comuns naturais ou comuns (Dardot; Laval, 2017). Certamente, o tema merece abordagem crítica, a partir da constatação de experiências em que o turismo ecológico, numa fase de massa, pode destruir-se a si próprio, por um processo de consumismo das atividades turísticas e da maximização dos lucros que podem delas advir (Rodrigues, 2005, p. 118).

A priorização do arranjo jurídico-institucional das concessões é vista como questão de sobrevivência, para alguns, mas a crescente diminuição do orçamento na área ambiental tende a gerar uma relação de dependência de investimentos privados, e não uma perspectiva de parceria com estrutura forte e qualificada por parte do Estado (Rodrigues; Abrucio, 2019, p. 111-112).

Consoante Rodrigues e Abrucio (2019, p. 118), os processos de concessão e parceria para o desenvolvimento do turismo em parques públicos, no Brasil ou no mundo, fazem parte de um modelo abrangente de uma nova forma de governança, em que as decisões coletivas, o provisionamento dos serviços e a *accountability* envolvem a participação e a readequação dos três setores (governo, empresas e organizações da sociedade) para uma atuação conjunta. Muitos são os desafios para construir essa nova governança e há uma ampla agenda de pesquisas neste tema. Concluem que a possibilidade de avanço na gestão dos parques por meio de parcerias depende de características da governança estabelecida por meio de três elementos principais: a transparência, de modo a aumentar a capacidade de os reguladores e a sociedade controlarem o desempenho; a criação de uma comunicação eficaz, que estimule a confiança entre os setores envolvidos; e a participação social, que fortalece a *accountability* e aumenta a

legitimidade do processo, e que um poder público fortalecido, em termos de gestão e monitoramento, é fundamental para viabilizar um modelo de provisionamento não-estatal da política. Ademais, a insuficiência do Estado não deve ser utilizada como o principal argumento para a defesa das concessões. Por essa via, que caracteriza o viés neoliberal da proposta, as concessões tendem a gerar uma situação de dependência, comprometendo as funções públicas dos parques. Ao invés de se partir de uma visão dualista e excludente, deve-se pensar num modelo de articulação entre as partes em torno de objetivos comuns, e na legitimidade do processo por meio da participação efetiva das populações locais na tomada de decisão sobre o modelo de turismo que se deseja. Ainda, é preciso fazer com que a responsabilização, em suas múltiplas dimensões, seja a base dos processos de concessão dos parques. O fortalecimento da responsabilização não é uma questão apenas de instrumentos regulatórios, devendo-se realçar os valores públicos que guiam os processos de parceria. Em síntese, a nova governança proposta envolve a combinação entre desempenho e democratização, e a análise empírica do caso brasileiro indica, de acordo com os autores, uma maior preocupação com a eficiência do que com a transparência e a participação, descompasso que pode prejudicar o alcance dos valores públicos que devem orientar a gestão das UCs.

Porém, essa mudança depende também de um governo estruturado para regular os entes privados e promover a compreensão sobre o impacto das concessões para a sociedade e a conservação da natureza. Em suma, a gestão e o monitoramento adequados das parcerias, portanto, depende de uma estrutura condizente, em termos quantitativos e qualitativos, para conduzir o processo de forma adequada. Assim, compreendem que “[...] o processo de concessão ou parceria exige um Estado forte e capacitado, de modo que a agenda de governança vai muito além de um jogo de repasse de funções ao setor privado ou à sociedade civil” (Rodrigues; Abrucio, 2019, p. 115). Os elementos da teoria da governança – segundo a qual as questões coletivas são definidas hoje por meio de mecanismos de articulação e interação entre o governo, a sociedade e o setor privado, desenvolvidos a partir de certos modelos regulatórios – buscam, ao mesmo tempo, melhorar o desempenho e a democratização das políticas públicas. O conceito

de público, portanto, é reformulado indo além do estatal, tendo de responder a certos valores públicos. Elemento central da teoria da governança (Rodrigues; Abrucio, 2019, p. 108).

Em estudo posterior, Rodrigues e Abrucio (2020, p. 67) apresentam um ensaio teórico-conceitual sobre valores públicos. Conceito utilizado com mais frequência pela literatura internacional, que faz a ponte entre os campos de Turismo e Administração Pública, com ênfase na responsabilização, que tende a influenciar diretamente a forma como as parcerias são planejadas e implementadas na gestão do turismo em áreas protegidas, destacando-se que o debate sobre parcerias deve ir além da dicotomia público *versus* privado, incentivando-se a parceria norteada por valores públicos, que são, os de âmbito mais geral, vinculados a objetivos democráticos, e de cunho específico, relacionados à política pública em pauta, que concerne à função pública associada à conservação e a garantia do acesso ao patrimônio público natural.

A efetivação da responsabilização constitui o maior desafio, e também diz respeito à ampliação da capacidade normativa e regulatória do Estado, na medida em que o repasse de funções às organizações públicas não estatais e às organizações privadas não retira do Estado a responsabilidade de controlar as políticas, de modo que esse arranjo somente poderá alcançar bons resultados se o Estado tiver a capacidade de construir, regular e repensar continuamente essa relação contratualizada entre o governo e o provedor (Rodrigues; Abrucio, 2020, p. 82-83).

Sustenta-se, então, que há que se atentar sempre para as especificidades dessas parcerias, respeitando as normas jurídicas setoriais, com contínua regulação e monitoramento do contrato, com fulcro nos princípios ambientais da prevenção, da precaução e da sustentabilidade.

Os modelos importados de outros lugares ou setores, descontextualizados do território tendem a gerar conflitos e posições contrárias, que se intensificam devido ao histórico de uso e ocupação do espaço. Deve-se evitar o risco de desvio de função de um “parque nacional para um parque de diversões”, se referindo ao excesso e tipo de infraestrutura que estimula o consumo de serviços, descolado de um aproveitamento que também pode gerar sensibilização e conhecimento, de modo que

o tema “uso público” precisa ser efetivamente adotado na instituição como uma estratégia de conservação.

Como somente nos últimos anos o Poder Público passou a dar mais atenção ao assunto, Silva e Raimundo (2021, p. 56-57) concluem que é essencial a realização de pesquisas que analisem os pontos positivos e negativos dos modelos de concessão em vigor, estudando-se como considerar e minimizar os impactos negativos nessas áreas naturais protegidas, e como aumentar a participação das comunidades locais na gestão dos parques, uma vez que os atuais contratos de concessão não destacam a importância da gestão conjunta com essas comunidades, sendo essencial controlar e monitorar o processo e as atividades das concessionárias na exploração das áreas e dos serviços de apoio à visitação em prol da conservação.

Dinica (2017) enfrenta o tema da sustentabilidade ambiental do turismo em áreas protegidas, propondo o desenvolvimento de uma teoria geral da regulação relacionada à concessão, a fim de mediar a relação entre o desenvolvimento do turismo e a sustentabilidade ambiental, mapeando-se a compatibilidade e as interações entre várias abordagens regulatórias e suas consequências para o turismo sustentável nas áreas protegidas. Para tanto, seleciona e conceitua quatro aspectos regulatórios: a saber, as abordagens para o planejamento das UCs, os tipos de monitoramento realizados, os métodos de atribuição de concessões e o desenho dos requisitos ambientais nos contratos de concessão.

O Observatório de Parcerias em Áreas Protegidas (OPAP, 2020, p. 441-443) entende que, considerando a ordem democrática inaugurada pela Constituição de 1988, a pluralidade de interesses na gestão de UCs e o contexto de conflitos socioambientais, é essencial o efetivo controle social das parcerias, de modo a garantir ampliação da participação da sociedade na gestão das áreas protegidas, a perspectiva democrática de gestão do patrimônio público, e o fortalecimento dos órgãos públicos no processo de regulação e monitoramento das parcerias.

Com as ressalvas postas pelo STF ao processo de concessão dos parques, devem ser adotadas as devidas cautelas, conforme previsão em plano de manejo atualizado e o zoneamento da unidade por ele estabelecido, respeitada, sempre, a capacidade de suporte da unidade.

Isto é, sem comprometer os objetivos de conservação. Como ressalta Cruz (2015, p. 108), “[...] a previsão no Plano de Manejo é fundamental para prevenir que um excesso de demanda decorrente da visitação possa prejudicar os atributos naturais para os quais as unidades são destinadas a preservar”. Um contrato bem estruturado, precedido de concorrência pública, que tome em conta os erros e acertos das concessões já existentes e que seja publicamente gerido e monitorado, pode realizar o potencial turístico dos parques e constituir fonte de recursos para gestão da UC (Cruz, 2015, p. 103-104), contribuindo para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente.

Enfim, a abordagem crítica e aperfeiçoamento das concessões de parques e seus modelos de negócios são fundamentais para que essas parcerias estejam cada vez mais alinhadas com os Objetos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecidos pela Agenda 2030 da ONU e assumidos pelo Brasil, notadamente os ODS 14 e 15, relativos à conservação da biodiversidade, e o ODS 17, alianças e parcerias, sobretudo a meta 17.17, referente às parcerias público-privadas como instrumentos de viabilização dos demais objetivos. Para Bliacheriene, Godinho e Santos (2021, p. 491-503), em artigo sobre o incentivo à promoção de parcerias público-privadas como instrumentos de viabilização dos demais ODS, o ODS 17 foi direcionado a fortalecer os meios de implementação dos demais objetivos e fomentar os arranjos colaborativos entre os atores públicos e privados para a efetivação dos compromissos na Agenda 2030. O ideário de partilha de responsabilidades e de cooperação motiva a articulação entre o Poder Público, a iniciativa privada e a sociedade em prol das finalidades comuns.

4 Considerações Finais

A implementação do SNUC é estratégica para a conservação da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos. Entre as áreas protegidas, destaca-se a figura dos parques, categoria de proteção integral, que possui como um dos seus objetivos a visitação pública para fins de recreação, turismo e educação ambiental. A tendência de promoção de parcerias em diversos setores do Estado chegou ao SNUC, especialmente

por meio das concessões de uso público dos parques, como aposta na maior eficiência na exploração turística do uso público. Nesse modelo, cabe ao concessionário a prestação de serviços de apoio à visitação, à revitalização, à modernização, à operação e à manutenção dos serviços turísticos nas zonas previstas no plano de manejo; permanecendo, porém, sob a responsabilidade do Estado, a gestão da UC enquanto de proteção integral e a execução dos serviços de monitoramento ambiental e manejo de espécies, por exemplo. A atuação da concessionária é por um período definido, para uma finalidade específica e numa área específica, cabendo ao Estado a obrigação de monitorar o cumprimento do contrato pela concessionária.

São constitucionais as concessões da exploração de serviços ou do uso de áreas em próprios estaduais para fins de ecoturismo, desde que sejam atendidas as normas gerais ambientais, exceto em terras indígenas, de remanescentes quilombolas e comunidades tradicionais, conforme orientação do STF. As concessões, quando incidentes sobre UCs, serão regidas pela Lei Federal n. 9.985/2000, devendo ser previsto, como hipótese de rescisão, o inadimplemento de obrigações legais no que tange a essa legislação ambiental incidente sobre as áreas concedidas. As concessões de parques para iniciativa privada e sua gestão deverão observar os seus planos de manejo e os preceitos da sustentabilidade, respeitando-se a capacidade de suporte da unidade.

É de fundamental importância que o edital da licitação contenha previsão do custeio pelo contratado de ações e serviços de apoio à conservação e à gestão da UC, devendo os custos decorrentes dos encargos previstos no edital serem considerados nos estudos de viabilidade econômica do modelo de uso público pretendido. Isso constitui fonte de recursos para a própria manutenção e manejo dos parques e, com isso, a conservação da biodiversidade, dando maior efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente.

É essencial o efetivo controle social das parcerias para garantir a ampliação da participação da sociedade na gestão das UCs, a perspectiva democrática de gestão do patrimônio público e o fortalecimento dos órgãos públicos no processo de regulação e monitoramento do desempenho das parcerias. Uma boa regulação contratual é necessária, mas também a gestão, o monitoramento contínuo e o controle da concessão

pelo Poder Público. O qual deve permanecer responsável e presente na gestão das UCs, no manejo da biodiversidade e no exercício do poder de polícia ambiental, de sorte a resultar numa parceria com estrutura forte e qualificada por parte do Estado e de sua irrenunciável função pública associada à conservação e à garantia do acesso ao patrimônio natural e à utilização de bens públicos de uso especial.

Tais parceiras podem ser política e juridicamente legítimas, além de economicamente eficientes para atingimento do fim público. Com potencial de conjugar e atender a todas as dimensões do princípio da sustentabilidade: ambiental, social e econômica. No entanto, a abordagem crítica multidisciplinar e o aperfeiçoamento das concessões de parques são fundamentais para que essas parcerias estejam cada vez mais alinhadas com os ODS estabelecidos pela Agenda 2030 da ONU, notadamente os ODS 14 e 15, relativos à conservação da biodiversidade, e o ODS 17, sobretudo a meta 17.17, referente às parcerias público-privadas para sua implementação, como instrumentos de viabilização dos demais objetivos de desenvolvimento sustentável.

Referências

BLIACHERIENE, Ana Carla; GODINHO, Heloísa Helena A. M.; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Parcerias público-privadas como instrumentos de implementação das políticas públicas de desenvolvimento sustentável no Brasil. *In*: WARPECHOWSKI, Ana Cristina M.; GODINHO, Heloísa Helena A. M.; IOCKEN, Sabrina N. (coord.). **Políticas públicas e os ODS da Agenda 2030**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 491-503. ISBN 978-65-5518-225-5.

BRAGA, Alice Serpa. **Parques nacionais**: participação privada na viabilização do uso público. Curitiba: CRV, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 6 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm. Acesso em: 6 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm. Acesso em: 6 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 7.008, Rel. min. Roberto Barroso**, j. em 22-5-2023, publicada em 6-6-2023.

CRUZ, Larissa Ribeiro da Cruz. **Compensação ambiental e financiamento de áreas protegidas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2015.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Comum**: ensaios sobre a Revolução no Século XXI. São Paulo: Boitempo, 2017.

DINICA, Valentina. **A sustentabilidade ambiental do turismo em áreas protegidas**: em direção a uma teoria da regulação relacionada à concessão. Em 8 maio 2017. p. 146-164. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/action/showCitFormats?doi=10.1080%2F09669582.2017.1322599>. Acesso em: 6 abr. 2024.

DOUROJEANNI, Marc C.; PÁDUA, Maria Tereza Jorge. **Arcas à deriva**: unidades de conservação do Brasil. Rio de Janeiro: Technical Books, 2013.

GODOY, Larissa R. da Cruz. **Compensação ambiental e financiamento de áreas protegidas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 155-156.

ICMBio – INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. **Estratégias de implementação da visitação em unidades de conservação federais**: prioridades de execução 2018-2020. [2020]. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/publicacoes/publicacoes-diversas/parques_do_brasil_estrategia_implementacao_visitacao_2018_2020_ICMBio.pdf. Acesso em: 6 abr. 2024.

INSTITUTO RUI BARBOSA. **Nota Técnica sobre a Atuação dos Tribunais de Contas na Fiscalização de Projetos de Desestatizações**. Comitê Técnico de Concessões, Parcerias Público-Privadas e Privatizações dos Tribunais de Contas, 2022. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/nota-tecnica-publicada-pelo-comite-de-concessoes-e-ppps-do-irb-apresenta-diretrizes-gerais-para-fiscalizacao-de-projetos-de-desestatizacao/>. Acesso em: 8 abr. 2023.

MORO, Carolina C.; FRACALANZA, Ana Paula. Controle social de parcerias em unidades de conservação: o papel dos Conselhos Gestores. In: X ENANPPAS, 2021. **Anais** [...]. [S.l.], 2021.

OPAP – OBSERVATÓRIO DE PARCERIAS EM ÁREAS PROTEGIDAS. Carta Aberta – Parcerias em Áreas Protegidas: por uma gestão pública democrática e plural. **Revista Brasileira de Ecoturismo**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 435-441, maio-jul. 2020.

RIO JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado (TCE-RJ). Escola de Contas e Gestão (ECG/TCE-RJ). Instituto Rui Barbosa. Comitê Técnico de Concessões, Parcerias Público-Privadas e Privatizações dos Tribunais de Contas. **Oficina Online:** concessão de parques e aspectos práticos da fiscalização, 3 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4zLkUawBCKc>. Acesso em: 5 abr. 2024.

RODRIGUES, Camila Gonçalves de Oliveira. **O uso do público nos parques nacionais:** a relação entre as esferas pública e privada na apropriação da biodiversidade. 2009. 358f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2009.

RODRIGUES, Camila Gonçalves de Oliveira; ABRUCIO, Fernando Luiz. Parcerias e concessões para o desenvolvimento do turismo nos parques brasileiros: possibilidades e limitações de um novo modelo de governança. **RBTUR – Revista Brasileira de Pesquisa em Turismo**, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 105-120, set.-dez. 2019.

RODRIGUES, Camila Gonçalves de Oliveira; ABRUCIO, Fernando Luiz. Os valores públicos e os desafios da responsabilização nas parcerias para o turismo em áreas protegidas: um ensaio teórico. **Turismo: Visão e Ação – Revista Univali**, Balneário Camboriú, v. 22, n. 1, p. 67-86, jan.-abr. 2020.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTA CATARINA. **Decreto n. 238, de 10 de agosto de 2023**. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/sc/decreto-n-238-2023-santa-catarina-autoriza-a-concessao-do-parque-estadual-da-serra-furada-no-municipio-de-grao-para-e-orleans-para-fins-de-exploracao-economica-de-atividades-de-ecoturismo-e-visitacao-bem-como-de-servicos-de-gestao-e-operacao-dos-atrativos-existentis-e-a-serem-implantados-na-unidade-de-conservacao?origin=instituicao>. Acesso em: 6 abr. 2024.

SILVA, Grislaíne Lopes da Silva; RAIMUNDO, Sidnei. Modelos de concessões de serviços de parques nacionais. **Turismo e Sociedade – Revista UFPR**, Curitiba, v. 14, p. 42-61, maio-ago. 2021.

YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann; MEDEIROS, Rodrigo (org.). **Quanto vale o verde:** a importância econômica das unidades de conservação brasileiras. Rio de Janeiro: Conservação Internacional, 2018.

Evandro Régis Eckel

Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente pela Universidade do Vale do Itajaí em dupla titulação com a Universidade de Alicante, Espanha. Procurador do Estado de Santa Catarina.

E-mail: evandro@pge.sc.gov.br

Endereço profissional: Rua Prof. Luís Sanches Bezerra da Trindade, n. 111, Centro, Florianópolis, SC. CEP: 88015-160.

Ricardo Stanziola Vieira

Pós-doutor em Direito Ambiental pela Universidade de Limoges. Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito na Universidade do Vale do Itajaí.

E-mail: ricardostanziolavieira@gmail.com

Endereço profissional: PPCJ, Univali, Rua Uruguai, n. 458, Itajaí, SC. CEP: 88302-901.

Recebido em: 15/07/2024

Aceito em: 06/08/2024

Como referenciar este artigo

ECKEL, Evandro Régis; VIEIRA, Ricardo Stanziola. Concessões de Serviços de Apoio ao uso Público nos Parques Ambientais: estado atual da arte e perspectivas críticas. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 85-106, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Consensualidade e Controle na Administração Pública: estratégia de aperfeiçoamento com Termos de Ajustamento de Gestão

Juliana Ribeiro Goulart¹

¹Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

Este artigo teve como objetivo analisar a temática dos Termos de Ajustamento de Gestão (TAGs) como um instrumento de controle consensual capaz de promover o aperfeiçoamento da gestão pública. O método utilizado foi revisão bibliográfica e análise documental de casos aplicados. Os resultados indicam que os TAGs promovem uma maior cooperação entre os órgãos de controle e os gestores públicos, permitindo a correção de falhas e a melhoria na implementação de políticas públicas. As conclusões apontam que, apesar dos desafios na implementação e no monitoramento, os TAGs promovem a transparência e a eficiência administrativa e reduzem a judicialização, oferecendo uma estratégia eficaz para alinhar os interesses governamentais com as necessidades da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Consensualidade; Termos de Ajustamento de Gestão; Controle consensual; Administração Pública; Eficiência administrativa.

Consensus and Control in Public Administration: the use of adjustment terms of management as a strategy for improving public management

Abstract

This article aims to analyze the effectiveness of Management Adjustment Terms (TAGs) as a consensual control instrument in Public Administration. The method employed was a bibliographic review and documentary analysis of applied cases. The results indicate that TAGs promote greater cooperation between oversight bodies and public managers, allowing for the correction of shortcomings and improvements in the implementation of public policies, without the immediate need for judicial litigation. The conclusions suggest that, despite challenges in implementation and monitoring, TAGs enhance transparency, administrative efficiency, and reduce litigation, offering an effective strategy to align governmental interests with the needs of Brazilian society.

Keywords: Consensuality; Management Adjustment Terms; Consensual Control; Public Administration; Administrative Efficiency.

1 Introdução

A Administração Pública brasileira tem passado por sucessivas transformações nas últimas décadas, impulsionada pelo imperativo de atualização e pela busca por maior eficiência na gestão dos recursos e nos serviços públicos. Nesse contexto, a consensualidade emerge como um conceito central, redefinindo as relações entre os órgãos públicos, os gestores e a sociedade civil.

A consensualidade na Administração Pública fundamenta-se na ideia de que a cooperação e o consenso são instrumentos eficazes para alcançar as finalidades públicas de forma menos conflituosa e mais prospectiva. A abordagem se diferencia da tradicional, punitiva, representada pela imposição de sanções para corrigir desvios.

Essa mudança de perspectiva não apenas busca a pacificação social e o atendimento mais efetivo às demandas dos cidadãos, mas também visa a superar uma cultura administrativa repressiva, que, muitas vezes, não se revela eficaz na promoção das finalidades públicas. A consensualidade permite não apenas a conformação das práticas administrativas às normas legais e constitucionais, mas também o estabelecimento de metas e de ações por meio do consenso entre os diferentes atores envolvidos na gestão pública.

A introdução dos Termos de Ajustamento de Gestão (TAGs), respaldada pela legislação e pelas resoluções dos Tribunais de Contas, exemplifica esse novo enfoque consensual. Os TAGs representam acordos bilaterais entre os órgãos de controle e os gestores públicos, que incentivam a correção de rumos de forma colaborativa e transparente.

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é demonstrar que a utilização do termo de ajustamento de gestão se apresenta como uma oportunidade de estabelecer uma estratégia de aperfeiçoamento da gestão pública, indo além da mera sanção.

O trabalho está dividido em três seções: a primeira contextualiza a consensualidade, em especial no que diz respeito ao controle externo. A segunda conceitua o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) na perspectiva da boa administração, sua finalidade e objetivo. E a terceira seção aponta como a utilização dos TAGs pode se desenvolver como uma estratégia de aperfeiçoamento da gestão pública.

A relevância deste estudo reside na necessidade de explorar alternativas para a abordagem tradicionalmente punitiva, promovendo um modelo que favoreça a cooperação e a melhoria contínua dos serviços públicos. A implementação dos TAGs pode representar um avanço na governança pública, promovendo maior eficiência, transparência e responsabilidade na gestão dos recursos públicos. Compreender e divulgar os benefícios e os desafios dessa estratégia são fundamentais para incentivar sua adoção e o aperfeiçoamento.

Justifica-se o presente trabalho, tendo em vista que os Termos de Ajustamento de Gestão não são meros mecanismos de consensualidade na Administração Pública, mas se configuram como instrumento de boa administração, capazes de fortalecer a participação cidadã, promover a transparência e a responsabilidade na gestão dos recursos públicos, e, sobretudo, alinhar as práticas administrativas aos interesses coletivos de maneira mais eficiente e democrática.

2 A Consensualidade na Administração Pública nos Mecanismos de Controle Externo

A consensualidade ganha cada vez mais relevância diante das crescentes referências normativas ao tema. Entre elas, destacam-se: (i) a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015); (ii) o advento da Lei n. 13.140/2015, que disciplina a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; e (iii) o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei n. 4.657/1942), incluído pela Lei n. 13.655/2018 e entendido como uma cláusula geral de consensualidade (Voronoff; Canetti, 2022, p. 171).

A consensualidade fixada como missão comum a todos os órgãos da Administração Pública trouxe uma série de reconfigurações para a relação entre gestores públicos e sociedade. Por meio da elaboração de ações e meta por meio do consenso, se fortalecem os processos de pacificação social e o atendimento ao cidadão, finalidade última do Estado brasileiro (Coelho; Lúcio, 2010, p. 13).

A ideia de consensualidade vem se consolidando como um instrumento eficaz no Direito Público brasileiro. Sua aceitação já não suscita questionamentos quanto à sua legitimidade e compatibilidade com os princípios fundamentais da Administração Pública. Ao serem vistos como concretizações do interesse público em casos específicos, os acordos administrativos são agora amplamente reconhecidos, respaldados pela primazia desse interesse e pela sua indisponibilidade. No entanto, persistem incertezas práticas quanto aos processos de celebração desses acordos. Hoje, há uma preocupação pragmática, no sentido de como otimizar tais acordos para alcançar seu máximo potencial. Nesse sentido, Palma (2022, p. 286) destaca que:

Após um período de novidade, a consensualidade se afirmou no Direito Público brasileiro como um efetivo instrumento jurídico. Não restam mais dúvidas sobre a sua juridicidade e perfeita harmonia com os valores mais caros da gestão pública. Uma vez que os acordos são eles próprios a materialização do interesse público no caso concreto, praticamente ninguém mais os questiona à luz da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Contudo, remanescem dúvidas operacionais sobre a celebração dos acordos administrativos. A fase atual da agenda da consensualidade administrativa corresponde justamente a uma inquietação pragmática sobre como otimizar os acordos administrativos e, nessa perspectiva, alcançar o máximo de sua potencialidade.

A consensualidade – guiada por um viés prospectivo e preditivo – tem sido uma tendência adotada pelos tribunais de conta, no exercício de suas competências constitucionais de controle externo, em atendimento aos artigos 70 e 71 da Constituição Federal¹ de 1988 (Oliveira; Barbirato, 2023, p. 89).

A iniciativa de uma atuação concertada está em consonância com a necessidade de superação da cultura repressiva manifestada pelas práticas sancionadoras no exercício do poder de autoridade.

¹ A título de exemplo, cite-se o caso do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que normatizou, no âmbito do TCE/SC, a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de por meio da Lei Complementar (Estadual) n. 769, de 8 de janeiro de 2021.

As finalidades públicas passam a ser o verdadeiro foco da atuação administrativa e não a imposição de medidas restritivas aos faltosos (Palma, 2015, p. 300).

Em um contexto de aproximação da atividade do Poder Público com o particular, a partir de instrumentos consensuais de controle é, portanto, possível “[...] substituir parcialmente o controle-sanção pelo controle-consenso; o controle-repressão pelo controle-impulso” (Ferraz, 2011, p. 4).

Essa proposta tem sido acolhida pelas Cortes de Contas ao exercerem a missão constitucional, pois o exercício do controle pode ser viabilizado por modelos outros que não necessariamente repressivos e punitivos.

Evidente que o controle orientado pelo consenso tem parâmetros de resposta diferente do controle tradicional. O controle consensual é voltado para verificar a aderência da atuação administrativa ao cumprimento da norma e não tem como resposta apenas uma manifestação de aprovação ou reprovação, com a aplicação de uma sanção (controle-sanção) (Alves Barroso Filho, 2020, p. 399).

Nesse contexto, as alterações inseridas na LINDB pela Lei n. 13.655/18 trouxeram importantes repercussões jurídicas para o debate acerca da consensualidade na esfera controladora, mediante a utilização de mecanismos bilaterais (Ferraz, 2018).

Ao substituir a abordagem repressiva por um modelo baseado no consenso, os órgãos de controle não apenas cumprem sua função constitucional, mas também fomentam uma cultura de responsabilidade compartilhada na busca pelas finalidades públicas. A adoção de mecanismos como os Termos de Ajustamento de Gestão representa um passo significativo rumo a uma Administração Pública mais transparente, participativa e eficaz, alinhada com as expectativas contemporâneas da boa administração.

3 Termo de Ajustamento de Gestão como Instrumento Essencial para a Boa Administração

Segundo Medauer (2016, p. 347), o princípio da boa administração, também tratado como direito fundamental à boa administração, emergiu após ser promulgada, em dezembro de 2000, em Nice, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Essa Carta prevê em seu bojo o denominado Direito a uma boa administração², que destaca a importância de as pessoas terem o direito de que seus assuntos sejam tratados de forma imparcial, equitativa e em prazo razoável pelas instituições; que possam ser ouvidas antes de qualquer medida desfavorável, promovendo um diálogo aberto e inclusivo; e que tenham acesso aos processos, respeito à confidencialidade e que exista a obrigação por parte da administração de fundamentar suas decisões, fomentando a transparência e a colaboração, essenciais para uma administração participativa.

Segundo Freitas (2015, p. 105-107), no direito fundamental à boa administração, abrigam-se, entre outros, os seguintes direitos: (a) o direito à administração pública transparente; (b) o direito à administração pública sustentável; (c) o direito à administração pública dialógica; (d) o direito à administração pública imparcial e o mais desviesada possível; (e) o direito à administração pública proba; (f) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada; e (g) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas economicamente eficiente).

A boa administração é fundamental para garantir a transparência, a eficiência e a responsabilidade na Administração Pública. No contexto do Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), a boa administração se manifesta por meio de mecanismos consensuais que promovem a correção de irregularidades sem a necessidade de ações coercitivas.

² “Art. 41. Direito a uma boa administração: 1. Todas as pessoas têm direito a que seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União, de forma imparcial, equitativa e em um prazo razoável. 2. Este direito compreende, notadamente: – o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de ser tomada qualquer medida individual a seu respeito que a afete desfavoravelmente, – o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, – a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões” (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2016).

Inspirado pelo Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), o TAG tem como propósito não apenas diagnosticar e resolver falhas, mas também fortalecer a gestão pública ao assegurar o cumprimento de objetivos e de metas acordados.

Trata-se de um instrumento estratégico que representa uma nova perspectiva de controle na qual o objetivo é a melhoria contínua das políticas públicas, garantindo que as ações governamentais sejam realizadas de forma eficaz e em conformidade com as leis e a Constituição Federal, promovendo-se a confiança e a integridade nas instituições públicas.

O Termo de Ajustamento de Gestão é um mecanismo de consenso entre o órgão controlador e o controlado, que tem como objetivo diagnosticar irregularidades e, ao mesmo tempo, apresentar as soluções (Cunda, 2009, p. 1).

Lembra Nunes (2021) que o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) inspirou o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG). Nas palavras da autora:

Assim como o TAC, parte de um ajuste de interesses entre o controlador e o controlado, sendo este quem se compromete ao cumprimento da lei e à reparação de falhas de gestão, nos termos do acordo firmado entre os interessados. Busca-se, portanto, prevenir e reformar irregularidades ao passo que se promove uma melhoria no desempenho dos órgãos, entidades e programas, sempre que não seja necessária a aplicação do poder coercitivo da Administração (Nunes, 2021, p. 60).

Trata-se de um instrumento de controle consensual, já amplamente admitido pela doutrina administrativista brasileira, estando previsto em normas que estruturam as competências das Cortes de Contas no país, verificados em suas Leis Orgânicas, assim como em demais normas infralegais – Resoluções, Instruções Normativas, Regimentos Internos – e que demonstra essa nova perspectiva de controle. Apesar de não haver a previsibilidade específica dos TAGs no âmbito de controle externo da União, o tema da consensualidade tem sido tratado por outros mecanismos institucionais (Oliveira; Barbirato, 2023, p. 90).

De acordo com Oliveira e Barbirato (2023, p. 89), os Termos de Ajustamento de Gestão podem ser conceituados como negócios jurídicos celebrados entre o órgão de controle e a entidade controlada, por meio de uma ação concertada, com o objetivo de firmar compromissos para adequar e corrigir falhas detectadas na execução de determinada ação pública.

Os acordos consensuais podem ser realizados em qualquer etapa do controle externo – preditiva, preventiva, concomitante e posterior. Dessa forma, destaca-se não apenas o controle de conformidade e o controle operacional, mas principalmente o controle preditivo e preventivo, cujo principal objetivo é evitar a realização de atos ou de medidas administrativas que possam comprometer a efetividade, a eficiência e a legitimidade das ações governamentais (Oliveira; Barbirato, 2023, p. 90).

O fundamento jurídico para sua celebração possui amparo nas leis orgânicas e nas resoluções dos Tribunais de Contas da Federação (Santos, 2017, p. 57). Trata-se de um acordo de vontades entre controlador e controlado, quando eles pactuam objetivos a serem cumpridos, correção de rumo a ser implementada, acordando que seu descumprimento resulta em aplicação de sanção (Alves Barroso Filho, 2020, p. 400). Ou seja, tais ajustes podem sujeitar a parte controlada ao pagamento de multa, rescisão do termo, bem como a eventual processo ou procedimento de fiscalização.

Em outras palavras: ao firmar o Termo de Ajuste de Gestão (TAG), o controlado compromete-se “[...] a cumprir a lei, a alcançar o objetivo da política pública; em troca, fica suspenso o andamento do processo que lhe poderia resultar em penalidade” (Alves Barroso, 2020, p. 391).

O TAG, como é chamado, pode ser utilizado para várias finalidades: como fazer um município se comprometer a realizar nos próximos exercícios financeiros os investimentos nas áreas de educação e saúde que não atingiram os percentuais mínimos da receita estabelecidos pela Constituição Federal³. Serve, ainda, para estabelecer ajuste para

³ O Tribunal de Contas do Estado do Paraná firmou o primeiro Termo de Ajustamento de Gestão com o Município de Saudade do Iguaçu. O processamento do termo se deu sob o processo n. 597214/16, e a aprovação em virtude da decisão consubstanciada no Acórdão n. 3078/2017, proferido pelo Tribunal Pleno na Sessão n. 21, de 6 de julho de 2017 (Zelinski, 2019).

correção de estruturas físicas com vista ao adequado armazenamento de medicamentos (saúde), merenda escolar, avaliação de contratação de serviços de transporte escolar, rescisão contratual e realização de novo certame licitatório e estudo sobre a falta de servidores (Alves Barroso Filho, 2020).

No lugar da sanção, o gestor público pode assinar um Termo de Ajustamento de Gestão em razão da não execução de convênio e de termos de cooperação ou pela falta de execução orçamentária oportuna, abrindo oportunidade para a correção de rumos, readequando as ações e as metas para alcançar os fins pactuados (Alves Barroso Filho, 2020, p. 408).

Trata-se de um mecanismo estratégico para o controle da gestão pública e seu aperfeiçoamento que permite a utilização de diretrizes com objetivo maior de cumprir as finalidades públicas do que de meramente a aplicação de uma penalidade. É um mecanismo consensual que substitui a lógica da sanção pela lógica da solução construída e acordada entre gestores (controlados) e órgãos de controle (controladores).

4 Estratégia de Aperfeiçoamento na Administração Pública com Termos de Ajustamento de Gestão

A implementação dos Termos de Ajustamento de Gestão (TAGs) representa uma estratégia inovadora de aperfeiçoamento da Administração Pública brasileira, direcionada ao aprimoramento contínuo das políticas públicas e à resolução consensual de irregularidades administrativas. Ao serem celebrados entre os órgãos de controle e os gestores públicos, os TAGs estabelecem compromissos claros e objetivos para corrigir desvios, melhorar a eficiência e garantir o cumprimento das finalidades públicas.

Isso porque nem sempre a imputação de sanções administrativas ao gestor responsável por determinadas irregularidades significa que o prejuízo causado será por ele reparado e que as futuras práticas de gestão se modificarão. Portanto, o controle-consenso apresenta-se como uma estratégia de aperfeiçoamento da gestão pública ao permitir o acompanhamento do ato controlado.

Os Tribunais de Contas, ao se abrirem para uma abordagem preditiva e prospectiva, mitigam a lógica binária legalidade/ilegalidade, lançando luzes para novos critérios de legitimidade dos atos administrativos, sem, contudo, negligenciar os controles tradicionais, como auditorias e imposição de sanções (Oliveira; Barberato, 2023, p. 91)

Os TAGs adotam uma perspectiva de cooperação e de diálogo construtivo. Essa abordagem alinha-se com a cultura de mediação (e não com a cultura do litígio), em que o foco principal é a solução colaborativa de problemas em vez da imposição de sanções. Esses termos permitem que os gestores públicos reconheçam e corrijam falhas sem a necessidade imediata de litígios judiciais, promovendo, assim, um ambiente mais harmonioso e participativo na Administração Pública.

Por exemplo, um município que não atingiu os percentuais mínimos de investimento em educação e saúde, conforme exigido pela Constituição Federal, pode firmar um TAG com o Tribunal de Contas local. Nesse TAG, esse município se compromete a realizar investimentos nos próximos anos para cumprir as obrigações constitucionais, evitando sanções imediatas enquanto se alinha gradualmente às normas legais (TCE-PR, 2017).

Como bem pontuam Oliveira e Barbirato (2023), há muito ainda a avançar e a aprimorar, principalmente com a avaliação pragmática e a análise dos termos de compromisso de gestão firmados pelos tribunais de contas brasileiros. Não se pode ignorar os benefícios que a abordagem consensual pode trazer em certos casos, especialmente no controle de políticas públicas que demandam medidas estratégicas planejadas para períodos de curto, médio e longo prazo (Oliveira; Barbirato, 2023, p. 108-109).

Por oportuno, vale lembrar que, em uma perspectiva dialógica e de consenso, “[...] o unilateralismo autoritário e monológico ceda lugar ao ponderado exercício de consensos desarmados, sem prejuízo de atentos controles preventivos, concomitantes e sucessivos” (Freitas, 2017, p. 32).

Adverte Vieira (2023, p. 458) que há a necessidade de considerar uma série de premissas para garantir a viabilidade e a efetiva aplicação dos TAG pelas autoridades de controle externo da Administração Pública. Essas premissas envolvem reconhecer a natureza excepcional

e os possíveis riscos de sua utilização, avaliar sua implementação em comparação com outras abordagens e definir critérios objetivos para decidir sobre a sua aplicação, que podem ajudar a consolidar a sua legitimação no contexto do controle consensual (Vieira, 2023, p. 458).

O Termo de Ajustamento de Gestão apresenta-se como um mecanismo apto a controlar políticas públicas, já que permite analisar atos de gestão praticados pelos administradores públicos e possibilita a sua necessária adequação. Seus benefícios incluem a promoção da transparência, o incentivo à eficiência administrativa e a redução da judicialização. No entanto, desafios como a necessidade de monitoramento rigoroso para garantir o cumprimento dos compromissos assumidos e a resistência cultural à mudança também precisam ser enfrentados para maximizar os benefícios dessa estratégia de aperfeiçoamento da gestão pública.

Em resumo, os TAGs representam não apenas uma ferramenta de controle, mas uma oportunidade estratégica para fortalecer a governança e promover uma cultura de consensualidade e de responsabilidade na Administração Pública brasileira.

5 Considerações Finais

A consensualidade na Administração Pública, consolidada por meio dos Termos de Ajustamento de Gestão (TAGs), emerge como um paradigma transformador no cenário governamental brasileiro. Ao substituir a tradicional abordagem punitiva por um modelo de cooperação e de correção de rumos, os TAGs não apenas mitigam conflitos e irregularidades, mas também fortalecem os princípios de eficiência, transparência e responsabilidade na gestão pública.

A implementação dos TAGs reflete uma mudança significativa na maneira como os órgãos de controle e os gestores públicos interagem, privilegiando o diálogo sobre a imposição unilateral de sanções.

Ao adotar os TAGs como estratégia de aperfeiçoamento da gestão pública, os órgãos de controle não apenas monitoram o cumprimento das finalidades públicas, mas também colaboram ativamente na formulação de soluções que atendam aos interesses coletivos de forma

mais eficaz. Isso não só reduz a judicialização como também fomenta uma cultura de mediação e de consenso, essencial para a construção de uma sociedade mais justa e participativa.

Portanto, os TAGs representam um instrumento administrativo e são uma verdadeira ferramenta de transformação institucional, capaz de alinhar os interesses da Administração Pública com as expectativas da sociedade em busca de uma gestão mais eficiente, responsável e comprometida com o bem-estar coletivo.

Referências

ALVES BARROSO FILHO, Angerico. Avaliação do termo de ajuste de gestão como instrumento do controle consensual da administração pública.

Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, [s.l.], v. 6, n. 11, p. 391-415, 2020. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/94>. Acesso em: 8 jul. 2024.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial da União Europeia**. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT>. Acesso em: 10 jul. 2024.

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: 13 jul. 2024.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Um breve diagnóstico sobre a utilização do termo de ajustamento de gestão pelos Tribunais de Contas estaduais. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 11, n. 58, p. 1, nov.-dez. 2009.

FERRAZ, Luciano. **Novos Rumos para o Controle da Administração Pública**. 2003. 35p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

FERRAZ, Luciano. Termos de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, setembro, outubro, novembro, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-27-SETEMBRO-2011-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2024.

FERRAZ, Luciano. **LINDB consagra controle consensual da administração pública**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica>. Acesso em: 6 jul. 2024.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista Nomos**, [s.l.], v. 35, n. 1, p. 197-227, jan.-jun. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 14 jul. 2024.

FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 70, p. 105-124, jan.-jun. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/bJmp9HRG7ynPXHSzNJpbTZJ/>. Acesso em: 3 set. 2024.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 276, p. 25-46, 2017. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/72991>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MEDAUER, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Editora Gazeta Jurídica, 2016.

NUNES, Marcela Cristina Arruda. **O Termo de Ajustamento de Gestão como instrumento de contribuição dos Tribunais de Contas, na efetivação de políticas públicas de competência das gestões municipais: aplicação ao TCE-SP**. 2021. 173f. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2021.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BARBIRATO, Bruno Vieira da Rocha. A importância dos acordos consensuais no controle externo. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 22, n. 2, p. 87-111, abr.-jun. 2023. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2983>. Acesso em: 27 jun. 2024.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A obrigação de dar nos acordos substitutivos de sanção. In: EIDT, Elisa *et al.* (org.). **Consensualidade na administração pública**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre; Escola Superior de Direito Municipal, 2022. p. 83-98.

SANTOS, Daniela Ramos de Oliveira dos. **Termo de ajustamento de gestão no modelo de controle consensual da administração pública**: estudo de caso do Estado de Minas Gerais. 2017. 57p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (*stricto sensu*) da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/634>. Acesso em: 7 jul. 2024.

TCE-PR – TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. **TCE-PR firma o primeiro Termo de Ajustamento de Gestão com município**. Em 18 jul. 2017. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tce-pr-firma-o-primeiro-termo-de-ajustamento-de-gestao-com-municipio/5219/N>. Acesso em: 24 jul. 2024.

VORONOFF, Alice; CANETTI, Rafaela. ANPC, Acordo de Leniência e TAC: A que servem tais instrumentos no atual espaço mais completo – mas também mais complexo – de consensualidade. In: EIDT, Elisa *et al.* (org.). **Consensualidade na administração pública**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre; Escola Superior de Direito Municipal, 2022. p. 165-182.

VIEIRA, Cristiane Gonçalves. O termo de ajuste de gestão como instrumento de controle externo consensual no Brasil. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, [s.l.], v. 22, n. 1, p. 435-464, 2023. DOI: 10.32586/rcda.v22i1.887. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/887>. Acesso em: 24 jul. 2024.

ZELINSKI, Renata. O termo de ajustamento de gestão e o controle externo: a novel experiência no âmbito do tribunal de contas do estado do Paraná. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 17, n.1, p. 356-383, jan.-jun. 2019. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/473>. Acesso em: 6 jul. 2024.

Juliana Ribeiro Goulart

Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora da Faculdade Unicesusc. Assistente Jurídica da PGE-SC. Mediadora Judicial. Advogada.

E-mail: julianag@pge.sc.gov.br

Endereço profissional: Rua Prof. Luís Sanches Bezerra da Trindade, n. 111, Centro, Florianópolis, SC. CEP: 88015-160.

Recebido em: 26/07/2024

Aceito em: 06/08/2024

Como referenciar este artigo

GOULART, Juliana Ribeiro. Consensualidade e Controle na Administração Pública: estratégia de aperfeiçoamento com Termos de Ajustamento de Gestão. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 107-121, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Constitucionalismo: Evolução e Base para o Anseio de uma Justiça Sustentável

Nataniel Martins Manica¹

Rodrigo Roth Castellano¹

¹Procuradoria-Geral do Estado, Blumenau, SC, Brasil

²Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente trabalho teve por objetivo analisar a evolução do conceito de constitucionalismo por meio dos séculos e sua influência na construção de um ideal de justiça sustentável. Parte-se, assim, do estudo de como o constitucionalismo se formou e se consolidou nas diversas mutações sociais e dos fatos históricos que marcaram sua atuação. Em seguida, aborda-se os direitos fundamentais e sua relevância para o Estado constitucional democrático. Outrossim, sugere-se a premissa de que justiça sustentável não se limita à resolução de casos individuais, mas visa a reestruturar sistemas legais para garantir equidade e inclusão. Assim, busca-se um sistema legal em que todos tenham acesso à justiça e à garantia de seus direitos fundamentais, promovendo a coesão social e a dignidade humana. Ao final, chega-se à conclusão da influência constitucionalista como meio eficaz e seguro para assegurar o bem-estar das pessoas e a proteção dos direitos individuais, sem olvidar o bem-estar coletivo. Quanto à metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva, além das técnicas do referente, da categoria e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Constitucionalismo; Justiça sustentável; Legalidade.

Constitutionalism: Evolution and Base for the Desire of a Sustainable Justice

Abstract

The present work aims to analyze the evolution of the concept of constitutionalism over the centuries and its influence on the construction of an ideal of sustainable justice. It thus starts with the study of how constitutionalism was formed and consolidated through the various social mutations and historical facts that marked its performance. Next, fundamental rights and their relevance for the democratic constitutional State are discussed. Sustainable justice is not limited to resolving individual cases, but aims to restructure legal systems to ensure equity and inclusion. Thus, we seek a legal system in which everyone has access to justice and the guarantee of their fundamental rights, promoting social cohesion and human dignity. In the end, we conclude that

constitutionalist influence is an effective and safe means of ensuring people's well-being and the protection of individual rights, without forgetting collective well-being. Regarding methodology, the inductive rationale was used in addition to the Technical Referent, the Category and Library Research.

Keywords: Fundamental Rights; Constitucionalism; Sustainable Justice; Legality.

1 Introdução¹

O presente artigo foi escrito por meio de revisão de literatura, buscando-se encontrar o máximo de subsídios para se traçar um estudo analítico sobre a evolução do constitucionalismo, suas bases teóricas, princípios, aplicações sociais e alcance jurídico em Constituições democráticas, como forma de colaborar e de permitir o alcance de um ideal de justiça sustentável.

O Constitucionalismo, desde sua primeira concepção – ainda na idade antiga – tem influenciado as bases dos sistemas sociais, políticos e jurídicos ao longo da formação das sociedades. Sua evolução reflete não apenas a busca por equidade e por garantia de direitos individuais, mas, sobretudo, propicia a formação de um sistema judicial sustentável, capaz de promover a justiça de forma duradoura e equitativa.

Nesse contexto, a análise da relação entre o Constitucionalismo e a justiça sustentável revela não apenas os desafios enfrentados, mas também as oportunidades para promover um sistema jurídico que seja resiliente e orientado para o bem-estar social.

Nessa toada, a noção de justiça sustentável nasce como um conceito multidisciplinar, que visa não apenas a garantir a equidade no acesso à jurisdição, mas, mormente, a promover uma ordem jurídica capaz de dar resposta e de enfrentar os desafios contemporâneos de forma eficaz e perene. Para compreensão do papel do constitucionalismo na promoção de um sistema jurídico sustentável, deve-se passar pelo exame dos princípios constitucionais fundamentais, os quais garantem não apenas a proteção aos direitos individuais, mas o desenvolvimento de uma sociedade justa e isonômica.

¹ Este artigo foi elaborado com base em releitura de trecho do livro *Utilitarismo e Justiça Sustentável: efetividade do processo civil brasileiro* (Castellano, 2017).

Sem a pretensão de esgotar de modo profundo e definitivo esse complexo dilema, a intenção da presente análise é lançar elementos para uma meditação, fomentando o surgimento de um debate que talvez não encontre uma solução cartesiana.

Para embasar as visões apresentadas e subsidiar o próprio ponto de vista deste artigo, foram utilizados livros e artigos científicos, sendo objetivo da pesquisa examinar a evolução do conceito de constitucionalismo e sua influência na construção de uma justiça sustentável. O estudo justifica-se pela importância de se conceber o sistema jurídico como direito indisponível à sociedade, na busca para atingir o maior bem-estar possível entre os seres sociais.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo, por meio das técnicas do referente, da categoria e da pesquisa bibliográfica, tendo como consequência a elaboração de um artigo claro e conciso (Pasold, 2018, p. 89 e ss.).

2 Constitucionalismo

O constitucionalismo, como conceito fundamental no âmbito do direito e da política, tem suas raízes profundamente entrelaçadas com a necessidade de limitar o poder arbitrário e de garantir os direitos individuais. É uma teoria que surge da reflexão sobre a organização política e social de uma comunidade com intuito de estabelecer princípios que assegurem a liberdade e a justiça para os indivíduos.

Canotilho (2003, p. 51) denominou o constitucionalismo de “*movimentos constitucionais*”:

Teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Uma das bases do constitucionalismo reside na ideia de que o poder estatal deve ser limitado e controlado. Esse princípio foi articulado de maneira eloquente por John Locke, filósofo inglês do século XVII, que argumentava que o governo deveria estar sujeito à lei e ao consentimento dos governados. Em sua obra “*Segundo Tratado sobre o Governo Civil*”, Locke (1994) defende a necessidade de um contrato social que estabeleça as regras pelas quais o governo deve atuar, protegendo os direitos naturais dos indivíduos, como a vida, a liberdade e a propriedade.

Outro pensador cujas ideias contribuíram para os fundamentos do constitucionalismo foi Montesquieu (2005), o qual propôs a separação dos poderes do Estado em legislativo, executivo e judiciário, como forma de evitar abusos de poder e garantir o equilíbrio entre as diferentes funções estatais. Essa concepção influenciou diretamente a elaboração das constituições modernas que consagram a divisão de poderes como um princípio fundamental da organização política.

Ao longo da história, o constitucionalismo desempenhou um papel crucial na proteção dos direitos individuais contra a interferência estatal. Desde os primórdios da civilização, há indícios desse movimento em diversas culturas e sociedades.

Na antiguidade clássica, Karl Loewenstein identificou exemplos incipientes de constitucionalismo entre os hebreus, e as limitações ao poder político foram estabelecidas no Estado Teocrático. As Cidades-Estados gregas também serviram como importante exemplo de democracia constitucional, distribuindo o poder político entre os cidadãos ativos.

Ou seja, o Constitucionalismo atuou como marca indelével na proteção dos direitos individuais contra a interferência estatal, positivando direitos e garantias aptos a salvaguardar os cidadãos em face dos arbítrios cometidos pelo Estado.

Em um rápido apanhado histórico, durante a antiguidade clássica, o já citado autor Karl Loewenstein (1970, p. 154-155) apontou o surgimento tímido do Constitucionalismo, estabelecendo-se no Estado Teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos.

Avançando para a Idade Média, a Magna Carta de 1215 representou o marco do Constitucionalismo medieval, contendo, mesmo que formalmente, a proteção a direitos individuais de extrema importância à época.

No chamado Constitucionalismo moderno, pode-se perceber o movimento político e ideológico que se contrapôs ao absolutismo, considerado a primeira versão do Estado Moderno (Streck; De Moraes, 2014, p. 45-46).

Conforme destaca Bobbio (1987, p. 115), a formação do Estado absoluto se deu por meio de um duplo processo (paralelo) de concentração e de centralização do poder em um território determinado.

E o conceito de Constitucionalismo, afirmado pelas revoluções americana (1776) e francesa (1789), surgiu como importante ferramenta tendente a limitar o poder absoluto conferido ao soberano e para garantir segurança à população, especialmente para os considerados cidadãos à época que almejavam estabilidade para o exercício de suas atividades e garantias de atuação política

Foram promulgadas, então, constituições escritas que garantiam a separação de poderes e reconheciam direitos de natureza individual em face do Estado (Auad, 2011, p. 42).

O *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701, se destacaram. Segundo Ferreira Filho (1999, p. 4-5), tanto a Magna Carta, de 1215, como o *Petition of Rights*, de 1628, são exemplos dos denominados pactos firmados durante a história constitucional inglesa, correspondendo a convenções entre monarca e súditos no que se refere à forma de governo e às garantias dos direitos individuais, tendo como fundamento o acordo de vontades.

Da mesma forma, houve a *Declaration of Rights* do Estado de Virgínia, de 1776, seguida pelas Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte, constituição dos Estados Americanos, de 1781.

Nesse momento histórico, a concepção de Estado não interventor deve-se principalmente aos ideais de liberdade, de igualdade e de fraternidade, influenciadores do Constitucionalismo moderno e que tiveram papel relevante nas Constituições Norte-Americana de 1787

e Francesa de 1791, iluministas, e concebidas como contraposição ao absolutismo reinante, elevando o povo como titular legítimo do poder.

A Constituição Francesa de 1791, inclusive, teve no seu preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Os direitos fundamentais se confundiam, pois, com direitos individuais.

Com a concepção do Constitucionalismo liberal, fortemente marcado pelo liberalismo clássico, desencadeou-se o processo de concentração de renda e de exclusão social. Além disso, a Revolução Industrial, a Primeira Guerra Mundial e as crises econômicas ensinaram com que o Estado interviesse para evitar abusos e limitar o poder econômico, evidenciando a chamada segunda geração de direitos, cujos documentos mais marcantes foram a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919 (Estado Social de Direito).

Há a existência de um novo contrato social, nominado de socialismo liberal, pelo qual incluem-se princípios de justiça distributiva em que o governo busque a implementação da democracia efetivamente igualitária (Streck; De Moraes, 2014, p. 80).

Nessa nova fase do Constitucionalismo moderno – Estado social –, os governos passaram a intervir nas relações privadas e na própria economia, buscando assegurar o estado de bem-estar-social.

Na sequência histórica, nasceu o Constitucionalismo contemporâneo, também conhecido como neoconstitucionalismo. Tal período produziu a ideia de constituição programática, tendo como bom exemplo a constituição brasileira de 1988.

Fala-se em “totalitarismo constitucional” na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas² [...] e se destacando aquela ideia de constituição dirigente (Lenza, 2009, p. 7).

No Brasil, o renascimento do direito constitucional ocorreu quando da sua redemocratização, que culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual

² As normas programáticas são entendidas como metas a serem atingidas pelo Estado e programas de governo.

transformou o Estado autoritário em um Estado democrático de direito (Barroso, 2005, p. 4).

2.1 Direitos Fundamentais

O conceito de direitos fundamentais é um tema central no campo do direito constitucional, pois estabelece as bases para garantir liberdades individuais e coletivas em uma sociedade.

Sarlet (2015, p. 27) afirma que a Constituição de 1988 caracteriza-se por uma diversidade semântica, utilizando termos variados ao referir os direitos fundamentais, entre eles, direitos humanos (art. 4º, inc. II), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI), direitos e garantias individuais (art. 60, par. 4º, inc. IV).

O doutrinador espanhol Peces-Barba Martinez (1995, p. 36) tem preferido o uso do termo “direitos fundamentais” como forma linguística mais adequada, para isso, justifica que essa expressão, além de mais precisa do que “direitos humanos”, não tem o peso da ambiguidade que esta acarreta.

No entanto, é bastante comum que os doutrinadores abordem os direitos fundamentais e os direitos humanos como sinônimos (Duarte, 2012, p. 36). Já Romanelli (2008, p. 56) entende que os direitos fundamentais e os 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, se trata da mesma realidade sob um prisma internacional.

O autor italiano Ferrajoli (2008, p. 42) identifica os direitos fundamentais como descritos universalmente a todos como pessoas e como cidadãos, sendo indisponível e inalienáveis.

Já para Alexy (2015, p. 95-96), os direitos fundamentais são, em essência, direitos do homem convertidos em direito positivo por meio da Constituição. Direitos do homem possuem, a princípio, uma validade exclusivamente moral, essa transformação não elimina a sua validade moral, mas acrescenta a ela uma validade jurídico-positiva.

Em relação à perspectiva histórica dos direitos fundamentais, esta assume importância não apenas como um mecanismo de interpretação, 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. É a própria história da limitação do poder (Sarlet, 2015, p. 24).

Para tanto, pode-se dizer 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 outros (Mendes; Coelho; Branco, 2000, p. 104).

E, para compreender os direitos fundamentais, cabe lembrar que eles foram sendo reconhecidos em momentos históricos distintos.

Quanto ao seu nascimento, destaca-se a importância histórica da 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 que se seguiram nos diversos Estados nacionais.

Tal nascimento, contudo, no sentido que hodiernamente se atribui ao termo, ocorreu com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, em que se verificou a primeira marca efetiva de transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, incorporando virtualmente direitos e liberdades. “Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis” (Sarlet, 2015, p. 44).

Sua importância residiu na tentativa inédita de estabelecer regras válidas universalmente para todo o ser humano, independentemente de sua origem, raça, religião ou cultura. As Nações Unidas aprovaram o conteúdo por meio da Resolução 217, sendo corroborada pelo Brasil na mesma data de sua assinatura.

Ronald Dworkin propôs uma alternativa à doutrina positivista do direito, sustentando que juristas ao lidar e raciocinar com direitos

e obrigações nos chamados “casos difíceis” utilizam padrões que não funcionam como regras, mas operam de maneira diferente como princípios, políticas e outros tipos de padrão. Os juízes devem descobrir quais são os direitos das partes, sem abusar de sua discricionariedade, pois haveria outros padrões – além regra – vinculantes ao juiz, mormente a utilização dos princípios do direito.

A teoria de Dworkin (1999, p. 26) se baseia na forte separação entre regras e princípios, propondo que tal diferença não é meramente de grau de generalidade, mas qualitativa. As regras são aplicáveis em forma de tudo ou nada, enquanto os princípios não determinam necessariamente a decisão, mas proporcionam razões aplicáveis para uma ou para outra decisão.

Para Alexy (2006, p. 39), a teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa apenas um ideal teórico, pois tem como objetivo uma tese que englobe, de forma ampla, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, que possam ser formulados e combinados de forma otimizada.

O autor difere as normas do tipo regra e normas do tipo princípio, considerando como um marco de uma teoria normativa dos direitos fundamentais apta a responder à indagação acerca das possibilidades e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Para ele, os princípios são normas que determinam que se realize algo na maior medida do possível, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são, pois, mandamentos de otimização (Alexy, 1998, p. 143).

Desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais enfrentaram diversas transformações, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto no que se refere à titularidade, à eficácia e à efetivação.

Os nominados direitos de primeira geração ou dimensão substanciaram liberdades públicas, pois, exercidos em face do poder estatal, constituindo liberdades negativas e deveres de omissão do Estado, tiveram uma postura de cunho individualista e demarcaram uma zona de não intervenção do Estado na esfera individual.

Cuidaram-se, pois, de direitos civis e políticos, que acabaram correspondendo à fase inicial do Constitucionalismo ocidental e que continuam integrando o rol de direitos das constituições hodiernas

em diferentes continentes no mundo. “Na internalidade desses limites que se construiu o Direito Privado – e, mais especificamente, o Direito Civil [...] instrumento assecuratório da liberdade individual, e espaço de não intervenção estatal” (Fachin; Ruzyk, 2010, p. 99).

Os direitos de segunda geração ou dimensão relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre os indivíduos.

A Revolução Industrial foi o grande marco dessa classe de direitos, a partir do século XIX, implicando na luta do proletariado, na defesa dos direitos sociais (essenciais básicos: alimentação, saúde, educação, etc.), os quais foram concretizados no decorrer do século XX, como ficou evidenciado, entre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, de 1919 (OIT).

Daniel Sarmento pondera que as Constituições do México e de Weimar trouxeram novos direitos que requerem contundente ação estatal para sua implementação concreta, destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora, como o direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência, etc. (Sarmiento, 2006, p. 19).

Paulo Bonavides (1993, p. 517), fazendo referência aos direitos de segunda geração, conclui que os direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos coletivos ou de coletividades, são introduzidos no Constitucionalismo das distintas formas de Estado social.

Esses direitos representam, pois, o fortalecimento do princípio da justiça social, abrangendo reivindicações das classes menos favorecidas, como forma de compensar as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

No século XX, tais direitos fundamentais foram consagrados em diversas Constituições, inclusive figurando nos pactos internacionais, caracterizando-se, definitivamente, a consagração da chamada justiça social.

Quanto aos direitos de terceira geração, estes afirmam os princípios da solidariedade ou da fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos

interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado. Isso retrata preocupação com as gerações humanas e possui origem na revolução tecnocientífica.

Ingo Sarlet (2015, p. 48) afirma que tais direitos trazem como nota própria o fato de se desprenderem da figura individual do seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), servindo à titularidade coletiva ou difusa, citando o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito de comunicação.

Os direitos da terceira geração tendem a efetivar-se no fim do século XX como direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, pois destinam-se ao gênero humano, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (Bonavides, 1993, p. 569). Paulo Bonavides (1993), ao se posicionar sobre os direitos de terceira geração, leciona que um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade.

Ingo Sarlet (2015, p. 53) alerta que as diversas dimensões dos direitos fundamentais nos mostra que o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, sendo fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano.

No Brasil, a Constituição de 1988 rotulou os princípios fundamentais como

[...] imprescindíveis à configuração do Estado, determinando-lhe o modo e a forma de ser. Refletem os valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins da sociedade (Bulos, 2012, p. 493).

Busca-se, assim, explicitar garantias para a consolidação do Constitucionalismo por meio de ferramentas legais limitadoras e disciplinadoras da atuação estatal. Como consequência, objetiva-se otimizar a prestação jurisdicional em todos os aspectos, trazendo à

população a segurança de que os princípios constitucionais serão observados desde o seu acesso à jurisdição até a resposta final.

2.2 Justiça Sustentável

A expansão da jurisdição constitucional envolve, notadamente, a ampliação da participação do Poder Judiciário como ator na concretização de direitos fundamentais.

Nesse novo prisma, o Poder Judiciário, além de aplicar a lei ao caso concreto, passa a julgar a própria lei, ou, em casos extremos, a ser forçado a decidir mesmo quando ela não exista, realizando atividade integradora.

Com esse modelo de interpretação constitucional, decorrente da força normativa da Constituição e da especificidade das normas constitucionais, doutrina e jurisprudência passaram a desenvolver um elenco próprio de princípios, de natureza instrumental, como pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e de atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade e da Efetividade (Barroso, 2005, p. 10-11).

De acordo com o princípio da primazia da constituição, a Constituição é a norma máxima, cujos ditames devem ser obedecidos por toda legislação infraconstitucional. Assim é que nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desacordo com as normas e princípios constitucionais, sob pena de ser rechaçada do ordenamento jurídico. Nessa senda, a validade jurídica de qualquer ato praticado pelo Poder Público está condicionada à sua conformidade material e formal com a Carta Magna.

Segundo Canotilho (2003 p. 162), o princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando demonstra que o direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes.

José Afonso da Silva (2001, p. 45) entende que a constituição está “[...] no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.

Em suma, o princípio da supremacia da Constituição aponta no sentido de que os poderes dela oriundos são limitados, tanto expressa quanto implicitamente. De outra banda, todas aquelas normas que integram o ordenamento jurídico só serão válidas se estiverem em conformidade com as regras inseridas na Magna Carta.

Desse modo, o neoconstitucionalismo acaba permeando as searas jurídica, política e filosófica, modificando “[...] a concepção e interpretação do direito, ao introduzir conteúdos axiológicos e ao atribuir força normativa à Constituição, reposicionando-a como principal elemento na ordem jurídica” (Alves, 2012, p. 138).

Do mesmo modo, ao limitar o poder autoritário e pregar regras de prevalência dos direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo desenvolve-se no sentido de consagrar o Estado Democrático de Direito e, como corolário, a própria soberania popular.

Nesse contexto em que os valores são constitucionalizados, o grande desafio do neoconstitucionalismo passa a ser o de encontrar mecanismos de sua efetiva concretização, aproximando o direito e a justiça, como forma de conduzir a uma concepção de Justiça Sustentável, que seja ágil, eficiente, integradora e que atenda à sociedade na medida necessária para proteção dos direitos.

Essa nova perspectiva, com efeito, não mais atrela o Constitucionalismo à ideia apenas de limitação do poder político, mas sim à busca da Eficácia da constituição na prestação jurisdicional, passando o texto a ter um caráter efetivo.

E para dar Efetividade à Norma Fundamental, há a ampliação da participação do Poder Judiciário e se passa a interpretar a norma máxima de forma distinta, com base em princípios de natureza instrumental e de diferentes categorias.

O Poder Judiciário não serve apenas para julgar processos, mas para garantir direitos nos mais variados espectros, servindo como Órgão de pacificação social. E esse almejo de pacificação, num país

democrático, só pode encontrar base e legitimação na sua ordem constitucional.

Justiça Sustentável, assim, não pode ser concebida como um conceito fechado. É o resultado da influência do constitucionalismo e a consolidação de direitos e garantias fundamentais pelos quais os aplicadores da norma respondem à sociedade na medida dos direitos reivindicados, sempre tendo como limite os parâmetros constitucionais.

3 Considerações Finais

O Ministro Luís Roberto Barroso (2005, p. 2), em obra citada neste artigo, afirma que a “[...] injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”.

Para avançar no enfrentamento desse dilema, dessa realidade, a prestação jurisdicional não pode renunciar à principal ferramenta de um país democrático: a Constituição.

E a intersecção entre o constitucionalismo e a sustentabilidade oferece uma oportunidade única para repensar o papel da justiça na promoção de uma sociedade mais equitativa e responsável pela pacificação social por meio da promoção dos direitos. Justiça sustentável pressupõe não apenas a proteção dos direitos humanos, mas também a preservação de direitos como condição para a realização plena da dignidade humana.

Nesse contexto, o acesso à justiça desempenha um papel central na construção de uma sociedade que se diga sustentável. Isso porque a justiça não é apenas uma questão de distribuição de recursos, mas também de capacitação das pessoas para reivindicarem seus direitos e participarem ativamente das decisões que afetam suas vidas.

Apesar dos avanços alcançados, a construção de uma justiça sustentável enfrenta uma série de desafios, incluindo a resistência de setores conservadores, a falta de recursos financeiros e a necessidade de uma mudança cultural em relação ao enfrentamento dos infundáveis acervos de processo. No entanto, esses desafios também representam oportunidades para repensar o papel da justiça na era da sustentabilidade e promover uma transformação mais ampla na sociedade.

Pode-se afirmar que a justiça sustentável não se limita ao julgamento de casos individuais, mas busca também promover uma mudança estrutural nas relações sociais e econômicas, visando, mediante resposta eficaz e em tempo razoável, a uma distribuição mais equitativa dos recursos e uma convivência mais harmoniosa na sociedade.

E, nesse contexto, o constitucionalismo e sua evolução ao longo da história desempenha um papel fundamental na construção de sistemas judiciais mais equitativos, acessíveis e comprometidos com a sustentabilidade. Ao reconhecer a interdependência entre o Estado de Direito, os direitos humanos e até mesmo a preservação do meio ambiente, pode-se trabalhar na construção de comunidades sociais em que a justiça prevaleça e todos tenham a oportunidade de viver com dignidade.

Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razon pratica. **DOXA: Cuadernos de Filosofia del Derecho da Universidade de Alicante**, Madri, n. 5, p. 139-151, 1998.
- ALVES, Marina Vítório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012.
- AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. **Revista constitucional e internacional**, [s.l.], v. 77, ano 19, p. 41-61, out.-dez. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**, [s.l.], v. 240, p. 1-42, 2005. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e Justiça Sustentável: efetividade do processo civil brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Título original: *A matter of principle*).

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 17. imp. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. [1977-1978].

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 97-110.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo.: Martins Fontes, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoria 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. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

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

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Nataniel Martins Manica

Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Direito Pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e Mestre em Território, Urbanismo Y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular pela Universidade de Alicante, Espanha. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo.

E-mail: nataniel@pge.sc.gov.br

Endereço profissional: Rua Paulo Zimmermann, n. 118, Centro, Blumenau, SC. CEP: 89010-170.

Rodrigo Roth Castellano

Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Direito Pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e Universidade de Alicante, Espanha. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp.

E-mail: castellano@pge.sc.gov.br

Endereço profissional: Av. Osmar Cunha, n. 220, Edifício JJ Cupertino Medeiros, Centro Florianópolis, SC. CEP: 88015-100.

Recebido em: 07/06/2024

Aceito em: 06/08/2024

Como referenciar este artigo

MANICA, Nataniel Martins; CASTELLANO, Rodrigo Roth. Constitucionalismo: Evolução e Base para o Anseio de uma Justiça Sustentável. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 122-140, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Curadoria da Sustentabilidade: contornos iniciais

João Paulo de Souza Carneiro¹

¹Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, Joinville, SC, Brasil

Resumo

O objetivo deste trabalho foi desenvolver os contornos iniciais da ideia de curadoria da sustentabilidade. Neste artigo, trata-se do conceito de sustentabilidade cuja adoção é mais conveniente. Na sequência, investiga-se a quem deve ser atribuída por excelência a tarefa de proceder à defesa da sustentabilidade. Por fim, utilizando o método dedutivo para processar os dados colhidos, demonstra-se a importância da curadoria da sustentabilidade para o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Sustentabilidade; Advocacia Pública; Gerações Futuras.

Sustainability Curatorship: initial remarks

Abstract

This work aims to develop the initial contours of the Sustainability Curatorship idea. First, this article deals with the concept of sustainability whose adoption is the most convenient. Next, we identify who could be the best defender of sustainability. Finally, using the deductive method to process the knowledge collected, we demonstrate the importance of the Sustainability Curatorship for a democratic rule of law.

Keywords: Sustainability; Public Attorneys; Future Generations.

1 Introdução

Nos últimos anos, assiste-se a uma intensificação da preocupação com o futuro. Se, no passado, havia uma visão otimista sobre o porvir, pautado por uma “fé no progresso”, hoje tende a preponderar uma perspectiva mais sombria. As discussões sobre o que nos reservam os anos vindouros são caracterizadas por um certo mal-estar: quais serão as consequências das mudanças climáticas? A inteligência artificial vai acabar com os empregos? Acidentes com experimentos de laboratório podem causar pandemias devastadoras? Será que vai acontecer uma guerra com o uso de armas nucleares?

Um bom modo de lidar com a ansiedade sobre o futuro é preparar-se no tempo presente para enfrentar os desafios que estão por vir, adotando uma atitude de precaução ou de prevenção, como a da formiga que estoca comidas para o inverno. Porém, mais do que isso, é possível adotar uma postura mais ativa: tentar evitar, no presente, que os cenários desfavoráveis projetados para o futuro realmente aconteçam. A formiga não pode evitar a chegada do inverno, mas o ser humano tem condições de impedir catástrofes nucleares, tragédias sanitárias, distopias tecnológicas ou alterações climáticas antrópicas.

Buscar evitar o advento de um *mau futuro* é algo que está na ordem do dia, sob o nome de “sustentabilidade”. Adotar a ideia de sustentabilidade implica determinar como ela deve ser compreendida, definir a quem compete defendê-la e em quais situações, e, também, esboçar a estrutura institucional destinada à discussão das medidas que lhe são relacionadas. Este trabalho é uma tentativa de responder a essas questões, tendo em vista a realidade brasileira, não se aventurando a discorrer sobre os problemas do futuro, limitando-se a traçar linhas gerais para a abordagem deles.

A primeira parte do artigo tratará do conceito de sustentabilidade. Inicialmente, é apresentado um problema atinente ao tema, a fim de ilustrar como ele se insere no cotidiano das pessoas. Na sequência, discute-se um conceito de sustentabilidade proposto por uma doutrina de referência, cotejando-o com outro conceito, dado por uma comissão da Organização das Nações Unidas (ONU). No fim dessa primeira parte, opta-se por um dos conceitos, esclarecendo-se o porquê.

Na segunda parte, empreende-se o esforço de responder à seguinte indagação: “A quem compete a defesa da sustentabilidade?”. Examina-se inicialmente uma determinada forma de encarar a pergunta, submetendo-a a uma análise mais aprofundada que revela a sua fragilidade. Demonstrada a vulnerabilidade da resposta inicial à pergunta, o artigo lança-se à tarefa de desenvolver uma solução para o problema proposto, culminando com a indicação da personagem institucional mais apropriada para exercer a defesa da sustentabilidade.

Por fim, na terceira e última parte, valendo-se do método dedutivo, parte-se das premissas estabelecidas anteriormente para desenvolver a ideia de curadoria da sustentabilidade, definida como um espaço institucional adequado para a discussão pública sobre o atendimento das necessidades das gerações futuras e para a legitimação de medidas relacionadas à matéria. Procura-se evidenciar a necessidade e a conveniência de dotar tal espaço de salvaguardas que o habilitem ao bom desempenho de suas atribuições.

Encontrar caminhos para o enfrentamento dos desafios que estão por vir envolve a construção de foros onde eles sejam nominados, discutidos e processados, sem o que a luta pela sustentabilidade tende a converter-se em uma disputa entre visões de mundo inconciliáveis ou, o que é pior, em um pretexto para exibição de virtudes. A curadoria da sustentabilidade, cuja identificação aqui se propugna, é um desses foros.

2 O que é Sustentabilidade?

Em *A insustentável leveza do ser*, o narrador criado por Milan Kundera faz uma exposição sobre o “mito do eterno retorno” de Nietzsche, segundo o qual a repetição eterna de um determinado evento torna-o insuportavelmente pesado. Como os acontecimentos tendem a não se repetir, são imbuídos de uma efemeridade que os dota de leveza. Para defender essa perspectiva, alude-se à Revolução Francesa e a Robespierre, ponderando-se que “Existe uma diferença infinita entre um Robespierre que apareceu uma só vez na história e um Robespierre que voltaria eternamente para cortar a cabeça dos franceses” (Kundera, 2008, p. 9)

As observações feitas pelo narrador de *A insustentável leveza do ser* parecem corretas, ao se considerar a brevidade com que os livros de História tratam, em geral, do período do Terror revolucionário, e a aparente naturalidade com que é tratada a invenção da guilhotina. As decapitações, os confiscos de terras e a destruição de igrejas são eventos distantes, certamente irrepetíveis... Em uma palavra: *leves*.

Se há eventos leves e dificilmente repetíveis, há também apenas eventos leves, porque se relacionam a coisas leves, mas com propensão à incessante repetição, desmentindo a ideia defendida no início da obra de Milan Kundera. Todos os dias, ocorre o descarte de milhões e milhões de artefatos produzidos a partir de polímeros (Brasil, 2011), que, apesar de muito leves, não são efêmeros, mas quase eternos, pois demoram de 100 a 400 anos para se degradarem no meio ambiente: as sacolinhas plásticas de supermercado (Santos *et al.*, 2012). Alguém com talento literário poderia, com razoável chance de êxito, lançar-se à aventura de escrever um livro intitulado “A insustentável leveza das sacolinhas de supermercado”.

Embora não se tenha notícia da existência de um romance com o título aqui sugerido, há outro tipo de obras escritas a respeito, apesar de não serem consideradas propriamente literárias. Um exemplo é a Lei n. 6.322/2019, do Distrito Federal, que dispõe sobre a proibição da distribuição de sacolas plásticas em todos os estabelecimentos comerciais daquela Unidade Federada. Em seu artigo 1º, a referida lei estabelece “[...] a proibição da distribuição gratuita ou venda de sacolas plásticas descartáveis, confeccionadas à base de polietileno, propileno, polipropileno ou matérias-primas equivalentes [...]” para acondicionar ou transportar mercadorias adquiridas em estabelecimentos comerciais do Distrito Federal (Distrito Federal, 2019).

No Projeto de Lei que antecedeu a edição do referido diploma legislativo, tecem-se argumentos que demonstram a insustentabilidade da leveza das sacolas plásticas, observando-se que “Na natureza as sacolas plásticas demoram pelo menos 300 anos para sumir [...]” e que em nosso país “[...] cerca de 1 bilhão de sacolas são distribuídas nos supermercados mensalmente – o que dá em média 66 sacolas por brasileiro ao mês [...]”, citando-se prejuízos ambientais efetivos causados pelo descarte de tais produtos, como danos à vida marinha,

pois “[...] muitas sacolas acabam nos rios, lagos e córregos, e por fim acabam chegando aos mares [...]”, e danos diretos à vida humana, haja vista que “[...] as sacolas plásticas também são causas de entupimento da passagem de água em bueiros e córregos, contribuindo para as inundações e retenção de mais lixo, e, quando incinerado, libera toxinas perigosas para a saúde”. Para ilustrar a seriedade com que o problema vem sendo enfrentado, o proponente menciona medidas rigorosas adotadas por outros países, afirmando que no Quênia, a produção, o uso e a comercialização de sacolas “[...] é motivo de prisão ou aplicação de multa de até 40 mil dólares [...]”, tendo havido também o banimento das sacolas na China, em 2008, e na Itália, em 2011 (Distrito Federal, 2019, p. 2).

Apesar de vedar a distribuição gratuita ou venda de sacolas plásticas descartáveis, a Lei Distrital n. 6.322/2019 permite, por outro lado, “[...] a distribuição ou venda de sacolas do tipo biodegradável [...]” (Distrito Federal, 2019, art. 2º), que são aquelas elaboradas a partir de matérias orgânicas como fibras de celulose, amidos de milho e mandioca, e prevê que os estabelecimentos comerciais “[...] devem estimular o uso de sacolas reutilizáveis” (Distrito Federal, 2019, art. 1º, § único). Assim, oferece-se uma alternativa ao uso do produto cuja utilização é proibida, de forma a preservar o modo com que os consumidores transportam e acondicionam as mercadorias adquiridas em estabelecimentos comerciais.

A regulação da distribuição e do consumo de sacolas no Distrito Federal pode ser vista como uma exaltação do “paradigma da sustentabilidade” e uma condenação do “paradigma da insaciabilidade patológica”, conforme descritos por Juarez Freitas (2011, p. 76): o uso de sacolas plásticas descartáveis, proibido pela lei distrital, seria um exemplo de “[...] consumo irracional e fadado ao desperdício, sem logística reversa”, ao passo que o uso de sacolas biodegradáveis e reutilizáveis, permitido pela mesma lei, viria ao encontro de um “[...] consumo consciente e frugal” e da promoção de uma “[...] reciclagem material e imaterial de monta”. A referida regulação indica não só uma inovação legislativa, mas uma mudança de mentalidade.

A disciplina do uso de sacolas plásticas ilustra a preocupação com o consumismo irracional e com o desperdício de recursos, que

causam efeitos deletérios ao meio ambiente, chegando-se a dizer que “[...] a humanidade pode simplesmente inviabilizar a sua permanência na Terra, por obra e desgraça, em larga escala, do seu estilo devorante” (Freitas, 2011, p. 26). A solução para fazer frente aos problemas captados por essa preocupação seria a adoção de uma nova perspectiva de desenvolvimento econômico, pautada pela ideia de sustentabilidade. Para Juarez Freitas, a sustentabilidade, mais do que uma injunção moral, constitui-se em princípio jurídico com caráter vinculante independentemente de regulamentação legal. O autor formula o seguinte conceito para esse princípio:

Nessa perspectiva, eis o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos (Freitas, 2011, p. 40-41).

O conceito acima transcrito pode ser considerado amplo. Com o perdão da tautologia, vamos repeti-lo para numerar os itens que o compõe, podendo-se de cada um deles extrair-se uma disposição normativa: a sustentabilidade é enquadrada como princípio constitucional (1) com eficácia direta e imediata (2) que obriga o Estado (3) e a sociedade (4) à concretização solidária (5) do desenvolvimento material (6) e imaterial (7), de maneira socialmente inclusiva (8), durável (9) e equânime (10), ambientalmente limpa (11), inovadora (12), ética (13) e eficiente (14), com a finalidade de assegurar, preferencialmente de modo preventivo (15) e precavido (16), no presente (17) e no futuro (18), o direito ao bem-estar físico (19), psíquico (20) e espiritual (21), em consonância homeostática (22) com o bem de todos (23).

De forma coerente com a amplitude do conceito por ele elaborado, Juarez Freitas (2011) defende a natureza multidimensional da

sustentabilidade, que teria uma dimensão social, “[...] no sentido de que não se pode admitir um modelo excludente [...]”, uma dimensão ética, “[...] no sentido de que todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, donde segue a empática solidariedade como dever-prazer universalizável [...]”, uma dimensão ambiental, “[...] no sentido de que existe dignidade do ambiente, assim como se reconhece o direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo, em todos os aspectos [...]”, uma dimensão econômica, “[...] no sentido de que se faz essencial saber praticar a pertinente ponderação, o adequado ‘trade-off’ entre eficiência e equidade [...], e, por fim, uma dimensão jurídico-política, “[...] no sentido de que a busca da sustentabilidade é um direito e encontrá-la é um dever constitucional inalienável e intangível [...]” (Freitas, 2011, p. 55-65). Com firmeza, Juarez Freitas (2011, p. 69) afirma que a postura sustentável apresenta-se “[...] como poderoso anteparo crítico contra o paradigma da insaciabilidade, ainda hegemônico, com seus tentáculos corruptos, chicaneiros e dissolutos [...]”, o que dá a seu discurso laivos quase religiosos – aliás, Fabrizio Fracchia (2010, p. 26) observa que a ideia de desenvolvimento sustentável traz um componente de sabor quase religioso ou algo de equivalente ao sagrado, fazendo sobressair a responsabilidade da espécie humana frente a um destino.

A amplitude do conceito de sustentabilidade proposto por Juarez Freitas, aliada à sua natureza multidimensional, parece sedutor, dada a sua completude e a exaustividade dos aspectos nele contidos. Contudo, essas características trazem em si um problema que pode ser chamado de “digestibilidade restrita”: combinando os itens do referido conceito, haure-se, por exemplo, uma norma principiológica (1), com eficácia direta e imediata (2), que obriga o Estado (3) a realizar a concretização solidária (5) do desenvolvimento imaterial (7), com a finalidade de assegurar o bem-estar espiritual (21); ou uma norma principiológica (1), com eficácia direta e imediata (2), determinando à sociedade (4) a concretização solidária (5) do desenvolvimento material (6) de forma inovadora (12) e ética (13), visando ao bem-estar psíquico (20). No primeiro caso, como o Estado cumpriria a finalidade de garantir o bem-estar espiritual? Mantendo uma espécie de culto religioso ou incentivando a adesão a uma linha filosófica? E, no segundo caso,

como a sociedade promoveria o desenvolvimento de forma inovadora e ética? Punindo, de alguma forma, aqueles que impulsionassem um desenvolvimento à maneira “velha” e “antiética”? A quem competiria classificar algo como “inovador” e ético”?

As possibilidades abertas pelo conceito de sustentabilidade em discussão são proporcionais às resistências sociais que ele pode enfrentar: reconhecer a existência de um princípio constitucional diretamente vinculante do comportamento humano preenche de termos de significação indeterminada, como “concretização solidária”, “durável” e “modo preventivo e precavido”, leva ao risco de seu manejo para a prática de arbitrariedades pelos titulares do poder de especificar o seu conteúdo em situações concretas.

Dadas as questões levantadas pelo conceito de sustentabilidade formulado por Juarez Freitas, há a opção de trabalhar com uma definição enxuta, menos ambicioso e com uma capacidade de captar uma adesão mais extensa por implicar uma quantidade menor de compromissos. Um conceito desse tipo é o adotado em 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, celebrizado no chamado *Relatório Brundtland*: “O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades” (CMMAD, 1991, p. 46).

Enquanto o conceito de Juarez Freitas (2011) centra-se na noção de sustentabilidade, o conceito do *Relatório Brundtland* trabalha com a noção de “desenvolvimento sustentável”, que nada mais é do que uma forma de desenvolvimento, ou seja, “[...] é o acesso para atingir a sustentabilidade [...]” (Feil; Schreiber, 2017, p. 676); assim, a sustentabilidade consistiria no atendimento das necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem suas necessidades. “Desenvolvimento sustentável” e “sustentabilidade” são conceitos intercambiáveis, como “processo poluente” confunde-se com “poluição”.

Dizer que o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem afetar a necessidade das gerações futuras envolve duas questões: determinar o que é indispensável no tempo atual – tarefa difícil – e estimar as carências a serem satisfeitas

pelas gerações futuras – tarefa quase impossível. A par disso, a vagueza desse conceito possibilitaria a sua utilização como algo utilizado por todos de forma descompromissada, como um clichê cujos contornos não são definidos mas que trazem prestígio a quem o utiliza (Lélé, 1991, p. 607).

As fraquezas acima apontadas no conceito adotado no *Relatório Brundtland* são, também, as suas forças: a menção às necessidades humanas atuais e das gerações futuras introduz a noção de intergeracionalidade, associando a sustentabilidade à noção de justiça social e aos valores éticos (Nascimento, 2012, p. 54). Por outro lado, a sua tessitura aberta dá à sustentabilidade uma flexibilidade semântica que permite o seu uso para que posições aparentemente inconciliáveis busquem pontos de convergência sem o comprometimento prévio de nenhuma das posições (Feil; Schreiber, 2017, p. 671). Com uma vantagem: a natureza multidimensional da sustentabilidade não é excluída, mas reforçada pela definição dada pelo *Relatório Brundtland*, uma vez que a ausência de predeterminação das necessidades a serem supridas no presente e no futuro significa que todas as necessidades – de ordem econômica, social, ética, ambiental, etc. – devem ser objeto de preocupação.

Há, contudo, uma crítica contundente: limitar o conceito de sustentabilidade ao “[...] atendimento das necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades [...]”, sem caracterizá-lo como norma jurídica, seria destituí-lo de utilidade e de eficácia social. Para rebater essa linha de argumentação, deve-se lembrar do papel exercido pelos ideais no mundo jurídico.

Wibren van der Burg (2004, p. 29, tradução nossa) dá a seguinte definição para os ideais:

Ideais são valores que estão usualmente implícitos ou latentes na lei ou na cultura pública e moral de uma sociedade ou grupo, os quais usualmente não podem ser completamente realizados e os quais transcendem, em parte, formulações e implementações históricas contingentes na forma de regras e princípios¹.

¹ “Ideals are values that are usually implicit or latente in the law or the public and moral culture os a society or group, which usually cannot be fully realised and which partly transcend

Essa definição de ideais parece relegá-los à irrelevância jurídica. O que se pode aproveitar de valores destituídos de normatividade? Para responder a essa questão, levantam-se três pontos: em primeiro lugar, o fato de os ideais não serem explicitados em textos legais não significa que não sejam parte do Direito; ao se dizer que estão implícitos ou latentes na lei, isso significa que os ideais já estão conectados com que se aceita e se pratica espontaneamente. Em segundo lugar, o fato de os ideais jamais serem inteiramente realizados ou até mesmo completamente formulados não impede que eles operem como uma inspiração ou uma fonte de críticas, desafiando o que já estabelecido ou reconhecido pela lei positiva. Em terceiro lugar, por serem valores, os ideais são imbuídos de um apelo normativo, sendo utilizados de forma muitas vezes decisiva na argumentação jurídica; contudo, ao contrário dos demais valores, os ideais, por não serem realizáveis e por apresentarem uma formulação mais rarefeita, desempenham um importante papel em processos de mudança (Van der Burg, 2004, p. 29-30).

Reconhecer a sustentabilidade como um ideal, em vez de enquadrá-la como um princípio constitucional de eficácia direta e imediata, não implica expungir-la do mundo jurídico, mas, sim, emprestar-lhe funções nobres, como fonte de inspiração para a inovação normativa, como vetor interpretativo e plataforma de críticas do Direito vigente. Nas palavras de Wibren van der Burg (2004, p. 30, tradução nossa, como os ideais “[...] são sempre realizados parcialmente e nunca completamente formulados, eles oferecem uma perspectiva crítica sobre a realidade e uma fonte de inspiração para mover-se além dessa realidade”².

O conceito de sustentabilidade como um ideal que preconiza “[...] o atendimento das necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades [...]” pode ser considerado vago e despido de força jurídica. Contudo, é um conceito convidativo e inclusivo, na medida em que rejeita pretensões ambiciosas em prol de um processo de construção

contingent, historical formulations and implementations in terms of rules and principles” (Van der Bug, 2004, p. 29).

² “[...] they are always only partly realised and never completely formulated, they offer a critical perspective on reality and a source of inspiration for moving beyond reality” (Van der Burg, 2004, p. 30).

continua de um conteúdo, aberto a contribuições de posições antagônicas e a redefinições dos aspectos por ele abrangidos. Uma definição leve de sustentabilidade, como a proposta pelo *Relatório Brundtland*, parece a mais apropriada para equipar a comunidade jurídica para o enfrentamento de problemas como o descarte inadequado de sacolas plásticas: para combater o que é insustentavelmente leve, é preciso um conceito leve de sustentabilidade.

3 A Quem Compete a Defesa da Sustentabilidade?

Se o conceito de sustentabilidade consiste no atendimento das necessidades do presente sem comprometer o atendimento das necessidades das gerações futuras, seriam estas – as gerações futuras – as suas defensoras por excelência? E, na impossibilidade de as gerações futuras defenderem a sustentabilidade por futuras serem, o seu papel poderia ser exercido por quem? Pelos jovens, que delas estão mais próximos? A resposta a tais indagações parece importante, pois o secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, pediu desculpas, em nome da sua geração, pela degradação dos oceanos (ONU News, 2022). Caso o leitor considere tais perguntas impertinentes, pode pular os próximos oito parágrafos.

“Vocês roubaram meus sonhos e minha infância com suas palavras vazias, mas eu sou uma sortuda. Pessoas estão sofrendo, pessoas estão morrendo, ecossistemas inteiros estão entrando em colapso”. Com essas palavras, a adolescente sueca Greta Thunberg, então com 16 anos, dirigiu-se ao plenário da Cúpula do Clima das Nações Unidas em 23 de setembro de 2019. Os destinatários da sua acusação, segundo reportagem publicada no *site* UOL, eram “os líderes mundiais”, que teriam traído a geração de Greta Thunberg por meio da falta de ação diante do aquecimento global (UOL, 2019).

A primeira reação ao libelo da adolescente sueca pode ser na forma de admoestação: “Greta, envelheça rapidamente!”, na linha do que Nelson Rodrigues disse ao ser instado a dar um conselho aos jovens – “Jovens: envelheçam rapidamente!” (Alkimim, 2023). Contudo, para alguns pensadores os jovens, dada a sua “inocência”, no sentido de não

serem responsáveis pelas escolhas dos adultos, teriam legitimidade para acusar estes últimos pelas consequências da degradação ambiental. Outro fator que reforçaria a legitimidade dos jovens para censurar a conduta dos mais velhos seria a vulnerabilidade que os atinge, uma vez que os mais novos sofreriam de ecoansiedade, ou seja, por um medo crônico da destruição ambiental. Essa linha de raciocínio não está se restringindo ao aspecto meramente retórico ou de *marketing*: a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu admitir uma ação judicial de cidadãos portugueses com idades entre 10 a 23 anos, em que alegam sofrer de forma particular com os incêndios florestais que afetam o país deles desde 2017, por conta, segundo a ação judicial, do desregramento climático (Djemni-Wagner, 2023, p. 58-59).

Ver na juventude uma ponte intergeracional entre o presente e o futuro, e conferir em favor dela uma posição de magistério diante dos adultos, num exercício de pedagogia inversa, pode parecer, para alguns, uma postura sedutora. No entanto, leva a pelo menos uma perplexidade: os jovens de hoje são os velhos de amanhã, ou seja, os acusadores do presente converter-se-ão nos culpados do futuro... Há mais de 30 anos, em 1992, por exemplo, a canadense Severn Cullis-Suzuki, então com 12 anos, disse o seguinte na Cúpula das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro: “Se vocês [adultos] não podem recuperar nada disso [danos ambientais], por favor parem de destruir! [...] O que vocês [os adultos] fazem me faz chorar à noite!”³ (Frioux, 2019, p. 37, tradução nossa). É de se questionar se as palavras da Severn Cullis-Suzuki de 1992 podem ser dirigidas à Severn Cullis-Suzuki de 2023, já adulta.

A Constituição brasileira, ao tratar expressamente dos interesses das gerações vindouras no que toca especificamente à questão ambiental, abordou a questão de maneira a fugir do conflito intergeracional: o seu artigo 225 prevê que o meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser defendido pelo Poder Público e pela coletividade em prol das presentes e futuras gerações – ou seja: pelo Estado e pelo povo (Brasil, 1988). Essa mesma diretiva, dada de forma manifesta pelo texto constitucional no que concerne a meio ambiente, há de ser estendida

3 “Si vous ne savez pas réparer quelque chose, arrêtez de le casser! [...] Ce que vous faites me fait pleurer la nuit” (Frioux, 2019, p. 37).

para as outras dimensões da sustentabilidade citadas por Juarez Freitas (2011, p. 55-65) – social, ética, econômica e jurídico-política – pelo seguinte motivo: a simples existência de uma Constituição, por si só, consubstancia a existência de um dever geral de as gerações presentes resguardarem os interesses das gerações futuras.

As Constituições contemporâneas, por sua natureza, têm em mira o futuro e parecem vocacionadas a assegurar que as gerações presentes não ignorem, nas suas escolhas, a solidariedade intergeracional. Nas palavras de Tania Groppi (2016), a rigidez constitucional “[...] contém já em si uma ideia de permanência, de um horizonte temporal que ultrapassa aquele do circuito ordinário da decisão política [...]”⁴, obrigando as autoridades com poder decisório “[...] a não seguirem servilmente a vontade das maiorias políticas contingentes, embora nela se exprima a soberania popular, mas a levar em conta outros princípios e valores, consagrados na própria constituição [...]”⁵ sendo, tais princípios e valores, expressão “[...] de uma forma mais elevada de manifestação da soberania popular, o poder constituinte”⁶ (Groppi, 2016, p. 50-51, tradução nossa).

No caso da Constituição brasileira, não é difícil encontrar dispositivos dedicados à garantia e promoção dos direitos das gerações futuras: citem-se, como exemplos, o artigo 60, § 4º, IV, veda a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais, visando à preservação de todo o elenco de direitos do artigo 5º, entre outros; o artigo 3º, III, põe como objetivo da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; o artigo 170, VIII, consagra como princípio da ordem econômica a busca do pleno emprego; o artigo 208, II, prevê a progressiva universalização do ensino médio gratuito; e, por fim, o artigo 227, § 1º, atribui ao Estado o dever de promover programas de assistência integral à saúde da

4 “[...] contiene già in sé un’idea di durata, um orizzonte temporale che oltrepassa quello dell’ordinario circuito dela decisione politica [...]” (Groppi, 2016, p. 50).

5 “[...] a non seguire pedissequamente la volontà delle maggioranze politiche contingenti, benché in esse si esprima la sovranità popolare, ma a tenere conto di altri principi e valori, sanciti nella costituzione medesima [...]” (Groppi, 2016, p. 50).

6 “[...] di una forma più elevata di manifestazione dela sovranità popolare, il potere costituyente” (Groppi, 2016, p. 51).

criança, do adolescente e do jovem (Brasil, 1988). As chamadas “normas programáticas”, muito presentes em nossa Carta Magna, constituem um compromisso com o futuro, sendo uma expressão jurídico-positiva do ideal da sustentabilidade – que, é bom repetir, tem natureza multidimensional e não se reduz à questão ambiental, como bem demonstram os dispositivos constitucionais aqui lembrados. Pode-se dizer, assim como Antonio D’Aloia (2017, p. 304) considera a Constituição italiana, que a Constituição brasileira é uma Constituição *future-oriented*, eis que voltada a construir um futuro de progresso social, de igualdade e de desenvolvimento econômico por todos compartilhado.

O fato de a Constituição brasileira consignar um projeto para o futuro, não se limitando a disciplinar o exercício do poder no presente, revela sua opção pela unidade temporal do povo, de forma a esvair de consistência jurídica a ideia de conflito intergeracional, que daria a um setor da sociedade – aquele identificado com as demandas “dos jovens” – um lugar de fala para dirigir um libelo acusatório contra “setores inconsequentes” porque não ciosos das necessidades das gerações vindouras – como na hipótese formulada por Hans Jonas, em que os homens do futuro terão o direito de acusar seus antecessores de serem a causa de sua infelicidade, caso lhes tiverem arruinado o mundo ou a constituição humana com uma ação descuidada ou imprudente (Jonas, 2006, p. 91). O ordenamento constitucional brasileiro, ao lançar projeções para o porvir, deixa expressa a adoção de uma concepção de povo como elemento historicamente considerado, cuja identidade subsiste na sucessão das diferentes gerações.

Estando assentado o descabimento da perspectiva da cisão intergeracional, resta a conclusão de que a defesa das necessidades das gerações futuras, assim como a defesa das necessidades das gerações atuais, é tarefa de todo o povo, como criador e destinatário atemporal do projeto constitucional. Sendo essas duas necessidades o cerne do conceito de sustentabilidade, cabe afirmar, em termos mais sintéticos, que o povo é o guardião da sustentabilidade. Ora, dizer que o povo é o guardião da sustentabilidade, em rigor, nada significa. Caso não se determine o modo pelo qual esse papel será exercido e em quais situações específicas ele se manifestará, constitui tão somente um

esboço de resposta, cuja capacidade de captar adesão é diretamente proporcional à sua incapacidade de impor deveres concretos.

Para determinar a forma de defesa da sustentabilidade e detalhar os casos em que essa ela ocorre, afigura-se essencial desenvolver os contornos da ideia de “povo”. Em linhas gerais, e para os efeitos deste trabalho, pode-se dizer que a ideia de povo tem um caráter dúplice: no primeiro caráter, como o conjunto de integrantes de uma “sociedade natural”, que se reúnem com o objetivo de cooperação mútua (Dallari, 2011, p. 21 e ss.), à margem ou ao lado do Estado, por ele não absorvido (Justen Filho, 2015, p. 116), denominados pela Constituição de “sociedade” – artigos 3º, I, 5º, XXXIII, 165, § 10, 173, §§ 1º e 3º, 193, 194, 195, 205, 216-A, 226, 227 e 230 – ou de “coletividade” – artigos 192 e 225, *caput*; no segundo caráter, como elemento formador do Estado e legitimador do exercício do poder político, sendo designado pela Constituição como tal, ou seja, como “povo” – artigo 1º, § único, artigo 45 e artigo 78 – ou, ainda, como “Pátria” – artigo 142 (Brasil, 1988).

A defesa da sustentabilidade pelo povo na condição de sociedade ou de coletividade, ou seja, fora do Estado, pode dar-se de maneiras as mais diversas e sob as mais variadas estruturas associativas de Direito Privado – “organizações não governamentais” em geral. Como parte da sociedade ou da coletividade, os cidadãos têm a faculdade de lançar-se à definição das pautas relacionadas aos interesses das gerações futuras e de atuar livremente em prol delas, sem nenhum tipo de restrição que não seja a licitude das propostas patrocinadas e da forma de veiculá-las. Embora pareça despiciendo, cabe observar que a defesa de tais pautas por parte dos particulares, como decorrência do direito de liberdade, pode não ser exercido – aliás, as pessoas podem até mesmo advogar em favor de interesses presumivelmente contrários àqueles das gerações futuras. Por não existir uma obrigação ou um dever de defesa da sustentabilidade *como tal* cometido aos particulares, pode-se dizer que, em verdade, a eles não compete tal defesa, embora *possam* exercê-la⁷.

⁷ Há várias normas jurídicas concernentes à temática da sustentabilidade expressas em vários dispositivos legais impondo obrigações aos particulares; exemplo disso é o contido no Capítulo V da Lei n. 9.605/1998, intitulado “Dos crimes contra o meio ambiente”, que, ao impor proibições, veicula obrigações de não-fazer. Contudo, esses dispositivos tratam apenas de dimensões isoladas da sustentabilidade, não estabelecendo obrigações de defesa da sustentabilidade

Por sua vez, a questão da defesa da sustentabilidade pelo povo na condição de elemento formador da vontade do Estado merece uma conclusão diferente. Sendo a sustentabilidade um ideal que ordena o cuidado com as necessidades das gerações futuras ao atender-se as necessidades do presente, e sendo a nossa Constituição, como já dito, voltada para o futuro (*future-oriented*), a observância da sustentabilidade é uma obrigação jurídica que ressaí de seu texto, como consequência inevitável da existência de um projeto constitucional. Assim, ao agir sob vestes estatais, o povo tem a obrigação de defender a sustentabilidade e de levá-la em consideração em suas decisões. A partir desse ponto, surge a pergunta: como o “povo” se manifestará?

Ao contrário do “povo como sociedade” ou “como coletividade”, o povo “como elemento do Estado” não tem a possibilidade de definir quais são as pautas relacionadas aos interesses das gerações futuras e de agir em favor delas de forma livre: para operarem nessa qualidade, devem seguir procedimentos juridicamente fixados. Via de regra, e com base no artigo 1º, § 1º, da Constituição, o povo exerce seu poder por meio de representantes eleitos, que, no Brasil, são os membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, nos termos, entre outros, dos artigos 45, 46 e 77, da Constituição. Tais agentes políticos tomam as suas decisões normativas principalmente mediante o processo legislativo, conforme preveem os artigos 59 e seguintes da Constituição. Já o Poder Judiciário, composto no Brasil de agentes não eleitos, na linha do que rezam, entre outros, os artigos 93, I, e 94 da Constituição, deve aplicar concretamente a vontade popular plasmada em leis gerais e abstratas nas situações em que há conflito de interesses, a fim de dirimi-los (Silva, 2014, p. 558).

A defesa da sustentabilidade – ou, em outras palavras, a defesa dos interesses das atuais e futuras gerações – pelo povo enquanto componente da comunidade política é rigorosamente disciplinada pela Constituição, como qualquer manifestação da vontade estatal. Se é verdade que essa defesa deve ser exercida por membros dos três poderes, é certo que no regime democrático o seu *locus* por excelência seria, em princípio, o Poder Legislativo (Barroso, 2018, p. 2.187), uma

em si, enquanto diretriz de convívio humano ou modo de gestão de recursos.

vez que o produto do desempenho de sua função típica – a lei – é, no Estado Democrático de Direito, “[...] o ato oficial de maior realce na vida política”, constituindo-se no “Ato de decisão política por excelência [...]” por meio do qual “[...] o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta [...]” que guiam os membros da sociedade na realização de seus intentos (Silva, 2014, p. 123). Contudo, sob outra ótica, pode-se considerar que o trabalho costumeiro do Poder Legislativo, por envolver a edição de atos gerais e abstratos, não propiciaria meios efetivos para resguardar as necessidades das futuras gerações, motivo pelo qual se poderia pensar no Poder Executivo, a quem cabe preponderantemente o desempenho da chamada “função administrativa” (Justen Filho, 2015, p.111), como *locus* institucional adequado para realizar atos destinados ao atingimento da sustentabilidade de modo direto e imediato, como é típico da atividade administrativa (Bandeira de Mello, 2015, p. 32 e ss.).

Tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo possuem uma vantagem importante para exercerem a defesa da sustentabilidade: são compostos de membros eleitos democraticamente, o que tende a conferir-lhes legitimidade popular, algo a que se está condenado a dar relevância nas democracias. Por outro lado, esses dois Poderes apresentam uma desvantagem importante para exercerem a defesa da sustentabilidade: são compostos de membros eleitos democraticamente. Explica-se: a dinâmica da democracia eleitoral pressiona as elites políticas a formularem propostas e a atuarem de acordo com o horizonte de curto prazo dos mandatos eletivos, com o objetivo de conquistarem a simpatia dos eleitores atuais, sem levar em conta o interesse das gerações futuras, que, por não estarem presentes, não podem influir com seus votos no resultado da disputa eleitoral (Groppi, 2016, p. 51). Dessa forma, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo, conquanto dotados de forte *pedigree* democrático, padecem de “presentismo”, ou seja, de um condicionamento exagerado à realidade presente, ao cotidiano e ao efêmero.

Dadas as desvantagens apresentadas pelo Legislativo e pelo Executivo, pode-se pensar no Poder Judiciário como aquele a quem competiria, por excelência, a defesa da sustentabilidade. Para exercer tal tarefa, o Poder Judiciário conta com um atributo favorável relevante:

os seus membros não são escolhidos em eleições, sendo selecionados via de regra por concurso público, e ocupam cargos em caráter vitalício, de maneira que a sua atuação não é pautada pela necessidade de renovação periódica de mandatos, conforme se depreende dos artigos 93, I, e 95, I, da Constituição (Brasil, 1988). Se esse é o atributo favorável, o atributo desfavorável é a contraface da mesma moeda: falta de *pedigree* democrático decorrente da ausência de submissão de seus membros à disputa eleitoral. Há, ainda, outro fator que pesa contra a indicação do Judiciário como o *locus* institucional mais adequado para a proteção dos interesses das gerações futuras: o Judiciário não deve tomar iniciativas por força do chamado “princípio da inércia da jurisdição”, consagrado, por exemplo, no artigo 2º do Código de Processo Civil (Brasil, 2015) e no artigo 24 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

Diante das vulnerabilidades apresentadas pelos três Poderes para se qualificarem como espaços institucionais propícios à defesa da sustentabilidade, resta averiguar se tal papel pode ser cumprido por aqueles que, no entendimento de Marçal Justen Filho (2015, p. 108), seriam o quarto e o quinto poder: o Ministério Público e o Tribunal de Contas. No que concerne ao Ministério Público, a ele cabe a mesma observação feita para o Poder Judiciário: carece de legitimidade democrática, haja vista que seus agentes são escolhidos via concurso público, nos termos do artigo 127, § 2º, da Constituição. Esse problema vem a ser acentuado pelo princípio da independência funcional, previsto no artigo 127, § 1º, da Constituição, que possibilita, grosso modo, que cada um de seus integrantes atue de acordo com o seu livre convencimento, de maneira que a atuação ministerial não está jungida a procedimentos que lhe deem o respaldo, simbólico ou real, da vontade popular.

O Tribunal de Contas, por sua vez, parece ser um bom candidato a *locus* de defesa da sustentabilidade: se é certo que seus integrantes também são selecionados por concurso público, conforme artigo 73, *caput*, c/c artigo 127, § 2º, da Constituição, essa falta de “unção pelas urnas” seria remediada pelo fato de ser órgão auxiliar do Poder Legislativo, nos termos do artigo 71, *caput*, da Constituição. Ora, mas se há, como se disse acima, quem afirme que o Tribunal de Contas é um Poder, que “Só não tem a denominação formal de Poder” (Justen Filho,

2015, p. 108), ele não pode ser visto como mero órgão auxiliar, e sim como mais um órgão de soberania não eleito, ao lado do Judiciário e do Ministério Público. Independentemente do enquadramento que se dê ao Tribunal de Contas – como mero órgão auxiliar do Poder Legislativo ou como quarto ou quinto poder da República – algo é certo: o art. 71 da Constituição reserva-lhe uma função de controle, com caráter censório ou admoestador, descrevendo as suas competências com a utilização de expressões tais como “[...] julgar as contas [...]” (inciso II), “[...] realizar, por iniciativa própria [...] inspeções e auditorias [...]” (inciso IV), “fiscalizar” (incisos V e VI), “[...] aplicar aos responsáveis [...] as sanções previstas em lei [...]” (inciso VIII), “[...] assinar prazo [...]” (inciso IX), e “[...] sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado [...]” (inciso X). Como visto, as competências do Tribunal de Contas consistem fundamentalmente em corrigir desvios dos demais Poderes, estando o seu trabalho fundamentado em um saber técnico – o artigo 73, III, da Constituição exige que seus ministros detenham “[...] notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública [...]” – à luz do qual são avaliadas e monitoradas as decisões tomadas pelos mandatários democraticamente eleitos (Brasil, 1988). Sendo assim, é de se concluir que o Tribunal de Contas, por sua natureza, invoca para si uma legitimidade técnica, que se contrapõe à legitimidade democrática tida aqui como importante para uma defesa adequada da sustentabilidade.

A busca pelo *locus* institucional por excelência da defesa da sustentabilidade poderia dar-se por encerrada. Apesar da falta de êxito do empreendimento, haveria o consolo de que, afinal de contas, em maior ou menor grau, a defesa da sustentabilidade é tarefa de todos os órgãos e poderes estatais, malgrado as falhas de cada um. É possível adotar essa conclusão, mas também é possível insistir mais um pouco na investigação: como visto, os Poderes cujos integrantes são eleitos pelo povo – Legislativo e Executivo – apresentam como vantagem o *pedigree* democrático e como desvantagem o “presentismo”, no sentido de condicionamento de sua atuação à temporalidade estreita dos ciclos eleitorais; já o (os?) Poder (Poderes?) cujos integrantes não são eleitos pelo povo – Judiciário, Ministério Público (?) e Tribunal de Contas (?) – apresentam como vantagem a não sujeição ao presentismo e como

desvantagem a falta de *pedigree* democrático, reforçada, talvez, pela natureza censória ou corretora de suas atuações. O *locus* institucional por excelência da defesa da sustentabilidade seria, então, um órgão ou uma instituição – não necessariamente um Poder – que conjugasse *pedigree* democrático e não sujeição ao presentismo ou a uma lógica eleitoral de curto prazo. Ora, existe um órgão com essas duas características: a Advocacia Pública.

Afirmou-se aqui, poucas linhas acima, que o Tribunal de Contas parecia um bom candidato a *locus* de defesa da sustentabilidade na condição de órgão auxiliar do Poder Legislativo, mas que as suas atribuições constitucionais posicionavam-no como órgão de correção e de controle. Pois bem: a Advocacia Pública também não é composta por integrantes eleitos diretamente, e sim por membros selecionados via concurso público, conforme rezam os artigos 131, § 2º e 132, *caput*, da Constituição; no entanto, a sua missão constitucional, consistente na representação judicial e na consultoria jurídica da União e dos Estados, empresta-lhe o papel de interagir com os detentores de mandatos eletivos a fim de dar expressão jurídica à vontade política por eles manifestada – tarefa inescapável nas relações de direito público, em que “[...] a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como inexistência de poder jurídico [...]” (Justen Filho, 2015, p. 213) – e a defender, nos limites do ordenamento, o conteúdo de tal vontade quando necessário – perante o Poder Judiciário, por exemplo. Logo, levando-se em conta a sinergia e a relação de solidariedade que mantém com a atuação dos mandatários eleitos pelo povo, pode-se dizer que a Advocacia Pública detém um *pedigree* democrático “por contágio”.

O fato de atuar associada ou em colaboração com os mandatários eleitos não implica a sujeição da Advocacia Pública à lógica eleitoral. Em primeiro lugar, porque está relativamente resguardada, pelas regras do concurso público e da estabilidade, previstas nos artigos 41, 131 e 132 da Constituição, de interferências estritamente político-eleitorais. Em segundo lugar, porque a sua missão constitucional – representação e consultoria jurídica da União e dos Estados, basicamente – vincula-a à observância do Direito, distanciando-a de preocupações eleitorais imediatistas. Pode-se dizer que há uma blindagem técnica em razão do ofício exercido.

A identificação da Advocacia Pública como o *locus* propício para a defesa da sustentabilidade não é um mero exercício teórico: os principais problemas atinentes à responsabilidade das gerações presentes com as futuras, como aquelas atinentes à exequibilidade da preservação do meio ambiente, à gestão da dívida pública, o combate ao desperdício de recursos e a manutenção de programas sociais, já merecem, desde há muito, a atenção da Advocacia Pública. Citem-se, como exemplos, a atuação da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina em favor da dimensão ambiental da sustentabilidade, ao defender a constitucionalidade da edição de um Código Estadual do Meio Ambiente que possibilita o ajuste da proteção ambiental às condições geográficas locais, viabilizando a adesão da comunidade (Santa Catarina, 2022), e, também, ao defender a incidência de alíquotas mais altas de ICMS em função da quantidade de energia elétrica consumida (STF, 2022a); a atuação da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina em prol da dimensão econômica da sustentabilidade, ao buscar a redução do aumento excessivo do endividamento público mediante a mudança na forma de cálculo dos juros da dívida estadual (Mendes; Carvalho, 2016); e, por fim, a atuação dessa mesma Procuradoria em favor da dimensão social da sustentabilidade, ao buscar em juízo a obediência às normas estruturantes do Sistema Único de Saúde na definição da responsabilidade pelo cumprimento de decisões judiciais que deferem o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde (STF, 2022b).

Os elementos reunidos até aqui permitem dizer que a defesa da sustentabilidade, como um ideal haurido do projeto constitucional que preconiza o atendimento das necessidades do presente sem comprometer o atendimento das necessidades das gerações futuras, embora possa ser promovido pelos particulares e por toda a estrutura do Estado, encontra nos órgãos da Advocacia Pública o espaço institucional mais propício dentre todos, dado o seu *pedigree* democrático – ainda que “por contágio” – temperado por sua blindagem técnica decorrente da natureza de seu ofício. Se assim é, não se afigura totalmente descabido dizer que o apelo de Greta Thunberg, transcrito linhas acima, dirige-se aos órgãos da Advocacia Pública.

4 A Curadoria da Sustentabilidade

O ideal da sustentabilidade tem como ponto central a preocupação com o atendimento das necessidades das gerações que nos sucederão: não é à toa que a obra de referência sobre o tema, escrita por Juarez Freitas apresenta como título “Sustentabilidade” e como subtítulo “direito ao futuro”. Logo da introdução desse livro, o autor afirma que a sustentabilidade “[...] não é uma campanha episódica, pois acarreta uma Agenda permanente [...]” (Freitas, 2011, p. 19). E, como aqui se procurou registrar, o *locus* institucional por excelência para a promoção dessa agenda é a Advocacia Pública.

A defesa do atendimento das necessidades do presente “[...] sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades” (CMMAD, 1991, p. 46) pode dar-se de várias formas, inclusive de uma forma não democrática. Um regime autoritário poderia criar um “Comissariado do Desenvolvimento Sustentável”, composto de cientistas dotados de profundos conhecimentos em matéria ambiental, sociológica e econômica, com a incumbência de determinar os objetivos a serem alcançados pelo restante do povo. Na mesma linha, um regime não tão autoritário poderia instituir um “Tribunal da Sustentabilidade”, composto de juízes com o poder de apreciar problemas de ordem ambiental, social e econômica, cuja tarefa seria proceder à correção de decisões tomadas por um eleitorado imprevidente. Nos dois casos, tanto o Comissariado do Desenvolvimento Sustentável quanto o Tribunal da Sustentabilidade saberiam de antemão quais as necessidades das futuras gerações e a melhor maneira de resguardá-las, e por isso guiariam o povo para que tomassem o caminho que considerassem o melhor. A atuação desses dois órgãos poderia ter o benefício de eliminar discussões estéreis, mas o risco a correr seria imenso: eventuais decisões erradas tenderiam a ser revertidas tardiamente, somente no momento em suas consequências desastrosas se tornassem insuportáveis. A par disso, é de se supor que órgãos autoritários ou não tão abertos ao escrutínio público, por não submeterem suas deliberações a variados pontos de vista, tenham inclinação para cometer mais equívocos do que órgãos

mais abertos à sociedade, o que reforça o inconveniente de atribuir a defesa da sustentabilidade a mecanismos não democráticos.

Reconhecer na Advocacia Pública o espaço institucional adequado para a proteção dos interesses das gerações futuras implica uma opção por formas democráticas de defesa da sustentabilidade, afastando a sua invocação como fundamento para pautas definidas aprioristicamente. De forma dialética, e principalmente no exercício da função de consultoria jurídica, a Advocacia Pública deve procurar “[...] a suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito”, que são as duas perspectivas de sentido contrário que caracterizam o Estado de direito (Luhmann, 2016, p. 565); a suspensão jurídica do poder político realiza-se pela observância da Constituição rígida, “[...] que tem a vocação de durar no tempo e a subtrair alguns princípios e valores da decisão das maiorias políticas [...]”⁸ (Groppi, 2016, p. 51, tradução nossa), ao passo que a instrumentalização política do direito dá-se pela edição das normas infraconstitucionais em geral, o que implica a “[...] a despolitização de problemas” (Luhmann, 2016, p. 568). Explique-se essa interação entre Direito e política a partir de um problema que envolve claramente as gerações futuras: a modificação de regras do regime previdenciário, mais especificamente a fixação de nova idade mínima para aposentadoria, assunto que concerne à dimensão social da sustentabilidade. Uma abordagem estritamente técnica da questão, à luz da ciência atuarial, talvez recomende a fixação da idade mínima em 70 anos para todos os cidadãos, sob pena de insolvabilidade do sistema previdenciário; no entanto, se a opinião pública relevante manifesta repulsa a essa ideia, a sua aplicação é inviável, instalando-se um dilema político. Esse dilema político, ao ser recepcionado pela Advocacia Pública, é constitucionalmente formatado, promovendo-se a “suspensão jurídica do poder político”, com a exclusão das possibilidades de fixação da nova idade mínima a quem já tem direito adquirido à aposentadoria, ou com o estabelecimento de uma idade mínima inferior para as mulheres, entre outras providências; posteriormente a essa formatação constitucional, o problema político da fixação da nova idade mínima para a aposentadoria deve ser

⁸ “[...] che ha la vocazione a durare nel tempo e a sottrarre alcuni principi e valori alla decisione dele maggioranze politiche” (Groppi, 2016, p. 51).

tratado, de forma a viabilizar a sua conversão em formas legais, o que representa a “instrumentalização política do direito”. Assim, antes de enviar o projeto de lei alterando a idade mínima para a aposentadoria para ser apreciado pelo Poder Legislativo, a questão deve ser submetida ao debate e à discussão com os setores interessados e com aqueles que detém conhecimento sobre a matéria, podendo-se chegar a uma proposta de fixação da idade mínima de 65 anos, desacreditando-se o risco de insolvabilidade apontado pela ciência atuarial, atenuando-o ou anulando-o com a redução do valor das aposentadorias futuras ou com o aumento do valor das contribuições atuais, culminando na conversão da proposta em lei.

O exemplo acima formulado permite a elaboração de um esquema de processamento de problemas relacionados à sustentabilidade pela Advocacia Pública: em um primeiro momento, os detentores de um conhecimento técnico “revelam” a existência de uma ameaça às gerações futuras e indicam uma solução técnica aparentemente não aceita pela opinião pública relevante (1); em um segundo momento, assumida essa ameaça como um problema pelos agentes políticos, a Advocacia Pública depura a solução técnica de seus aspectos inconstitucionais (2); em um terceiro momento, a solução técnica, devidamente “constitucionalizada”, é devolvida ao debate público (3), podendo culminar na edição de novas normas legais, que juridicizam o “antigo” problema político (4).

O esquema acima formulado permite entrever a importância crucial do terceiro momento, que é aquele em que ocorre o debate público, principalmente ao se levar em conta que é nessa fase que se vai definir o que se deve entender por “necessidades das gerações futuras”. Para que o debate público tenha um bom termo, proporcionando as condições para uma produção normativa consistente, é fundamental a ideia de procedimentalização, como mecanismo necessário para reduzir o risco de uma visão limitada e parcial dos fatos, uma vez que “A contraposição de teses, assegurada pelo contraditório inerente ao processo, restringe o risco de escolhas precipitadas e impulsivas”. Outros benefícios da procedimentalização são a redução da litigiosidade, dado que “[...] a participação dos potenciais interessados e a instrução minuciosa propiciam a melhor composição possível para

interesses contrapostos” e dotar a ação do poder público de um grau maior de respeitabilidade, haja vista que ela “[...] evidencia de modo objetivo a correção da atividade administrativa, o que diminui o risco de desafio posterior da validade da decisão adotada” (Justen Filho, 2015, p. 324-325). A procedimentalização é elemento central na construção democrática das decisões baseadas na sustentabilidade: com ela, busca-se a prevenção de conflitos, pela internalização de perspectivas díspares que são consideradas na emissão da decisão estatal.

Ao lado desses benefícios, espera-se que a procedimentalização forneça elementos a partir dos quais possam ser socialmente legitimadas a concepção adotada de “geração futura” e as escolhas feitas em nome delas. Sobre o primeiro ponto, há que se concordar com Hans Jonas quando afirma que não podemos prever os desejos dos que vêm depois, motivo pelo qual com tais desejos não nos comprometemos; o compromisso que temos é com a garantia da possibilidade de o dever ser dos homens futuros, ou seja, com a garantia de um direito dos homens futuros de existirem de um modo que consideramos valioso⁹ (Jonas, 2006, p. 92-93). Por sua vez, com relação ao segundo ponto, a procedimentalização deve servir como forma de conferir legitimidade às decisões tomadas pelo Estado: uma vez que a validade das normas jurídica não se ancora mais “[...] nas constantes religiosas ou naturais ou nas de uma estrutura social inquestionada, mas são vivenciadas e tratadas com projeções temporais [...]”, com uma validade “[...] ‘até segunda ordem’”, sendo cada vez mais difícil exigir que a legitimidade expresse-se no sentido “[...] de uma orientação dirigida por princípios ou valores indubitáveis [...]”. Dada a inexistência de parâmetros atemporais, a legitimidade é gestada em um procedimento que dê potenciais condições de consenso entre os interessados, como observa Niklas Luhmann em tom crítico (Jonas, 2016, p. 751-752).

A ideia de procedimentalização como instrumento de legitimação das escolhas feitas em nome da sustentabilidade é defendida por Tania

⁹ Não há como ser diferente: devemos imaginar os homens futuros como o somos no presente, sob pena de desumanizarmos os homens do presente – considerando os homens futuros melhores – ou os homens futuros – considerando-os piores. Devemos encarar essa questão mais ou menos no estilo da série animada *Os Jetsons*: criado em 1962, retratava uma família que vivia em 2062 em meio a um grande avanço tecnológico, mas preservando os modelos familiares, de relações sociais e de hábitos de consumo de 1962.

Groppi (2016), para quem a garantia da sustentabilidade deve passar do plano substancial ao plano procedimental, chegando a sugerir a necessidade de cláusulas constitucionais que individuem os procedimentos mediante os quais devam ser tomadas as decisões políticas capazes de influenciar a vida futura nos campos ambiental, financeiro e previdenciário, assegurando-se o respeito de tais procedimentos pelos juízes constitucionais. A autora afirma também é preciso inserir, no processo político decisório, a obrigatoriedade da edição de pareceres, formulados por órgãos incumbidos da defesa da sustentabilidade, destinados a avaliar o impacto futuro das decisões atuais, de modo a possibilitar uma análise acerca das medidas a serem adotadas para minorá-lo, que poderia ser desconsiderada pelo legislador apenas motivadamente. Esse tipo de procedimento, para ela, favoreceria a transparência do processo decisório e facilitaria o seu controle pela opinião pública, além de proporcionar mais agilidade para eventual apreciação por parte do juiz constitucional (Groppi, 2016, p. 62-66).

Ora, as funções exercidas pelos órgãos incumbidos da defesa da sustentabilidade cuja existência é sugerida por Tania Groppi (2016) podem ser prontamente desempenhadas pela Advocacia Pública brasileira: no exercício da consultoria jurídica, tanto as Procuradorias dos Estados quanto a Advocacia-Geral da União têm condições de exercer o papel de proceder à avaliação do impacto futuro de decisões estatais tomadas atualmente e de propor medidas destinadas a minorá-lo, de forma a resguardar a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem as suas necessidades, defendendo a sustentabilidade em suas diferentes dimensões – social, ética, econômica e jurídico-política. Para ser mais sintético: à Advocacia Pública cabe assumir a *curadoria da sustentabilidade*, zelando pelo procedimento de legitimação, à luz do tempo futuro, das decisões tomadas no presente.

O exercício adequado da curadoria da sustentabilidade pela Advocacia Pública pressupõe o reforço de sua posição institucional, a fim de evitar os males decorrentes da falta de condições para bem exercer suas atribuições. Como instituição cuja legitimidade social decorre da detenção de conhecimento técnico e da aplicação de premissas jurídicas, a Advocacia Pública constitui-se em uma instituição de garantia, no sentido que lhe empresta Luigi Ferrajoli (2008,

p. 427-428), e, como tal, deve ser dotada de salvaguardas institucionais que qualifiquem as suas interações no âmbito político e jurídico. Com essas salvaguardas institucionais, a relação entre esses órgãos e os mandatários eleitos deixa de ser permeada por questões autorreferentes – custeio da “máquina”, vencimentos, concursos, etc. – e passa a ser centrada na atividade precípua daqueles, que é, basicamente, a tradução do político para o jurídico. Assim, de um lado, protege-se a Advocacia Pública de eventuais interferências externas destinadas à desconsideração do saber jurídico na realização de seu trabalho – ou seja, voltadas à prática de ilegalidades ou inconstitucionalidades –, e, por outro lado, preservam-se os detentores de mandatos eletivos de eventuais pressões corporativistas ou quizílias internas na atuação sinérgica com seus órgãos de representação judicial e consultoria jurídica.

As salvaguardas institucionais indispensáveis ao adequado exercício da curadoria da sustentabilidade pela Advocacia Pública – aliás, de todas as suas missões – incluem a concessão em seu favor de autonomia administrativa, de autonomia financeira e de autonomia orçamentária, atributos sem os quais essa instituição de garantia não passaria de um soldado sem armas. Pode-se argumentar que há outras instituições de garantia que não são dotadas das referidas autonomias; contudo, há de se reconhecer que a Advocacia Pública detém uma dignidade especial: como esse Estado é caracterizado pela submissão do império da lei (Silva, 2014, p. 114-115), e como compete à Advocacia Pública traduzir as decisões políticas em normas jurídicas, *sem Advocacia Pública não há Estado de Direito; sem Advocacia Pública, o Estado não emite vontade juridicamente válida*. Logo, impõe-se um tratamento diferenciado aos órgãos que compõem essa instituição, sendo a concessão das autonomias uma medida de fortalecimento do Estado de Direito.

Um exemplo ajuda a ilustrar a importância das autonomias administrativa, financeira e orçamentária para a boa defesa da sustentabilidade. Parece não haver dúvidas de que uma reforma tributária ampla é uma inovação que tende a impactar o atendimento das necessidades das gerações futuras, em vista da redistribuição de rendas e de ônus que impõe no longo prazo. Eventual anteprojeto de extinção de tributos e de sua substituição por outros, proposta pelo Poder Executivo, com

novas hipóteses de incidência e bases imponíveis, exige uma robusta legitimidade democrática, que é alcançada pela demonstração de seus efeitos benéficos para a sociedade, demonstração esta que requer a realização de estudos de Economia, de Contabilidade, de Sociologia, etc. Conforme o esquema de processamento de problemas relacionados à sustentabilidade elaborado linhas acima, esses estudos devem ser submetidos pela Advocacia Pública ao debate público antes mesmo da formalização da proposta, em procedimento destinado a oportunizar o contraditório e a produção de um entendimento sobre o mérito ou demérito do anteprojeto; a depender do caso, o anteprojeto converte-se em projeto e segue para o Poder Legislativo, alterada ou não, ou é descartado. Pois bem: está claro que os estudos técnicos destinados à avaliação do anteprojeto de reforma tributária são complexos, envolvem uma infinidade de variáveis, e, a depender da metodologia adotada, podem chegar a conclusões díspares; para compreender esses estudos, faz-se necessário o auxílio de especialistas, e de especialistas de renome, cujas avaliações são prestigiadas pela sociedade. Ora, por apresentarem essas características, tais estudos técnicos são dispendiosos – caros – e demandam o trabalho de um corpo técnico competente para encaminhar a discussão pública das premissas, dos dados e das teses nele constantes. Para pagar pelos estudos, a Advocacia Pública precisa de recursos, e, para organizar o corpo técnico encarregado de encaminhar a discussão dos estudos, a Advocacia Pública precisa da capacidade de autoadministração. A concessão de autonomias à Advocacia Pública pode ter um certo custo, mas é o custo de garantir-se uma produção normativa qualificada, que previne conflitos porque fruto de um procedimento que lhe dá legitimação.

Não é difícil elucubrar o que pode acontecer no exemplo acima formulado caso a Advocacia Pública não possua os meios para bem desempenhar a sua tarefa. Sem a autonomia administrativa, financeira e orçamentária, não haveria condições para municiar o debate público acerca do anteprojeto de reforma tributária. A Advocacia Pública se veria forçada a recorrer a estudos e a especialistas cuja vinculação a pautas específicas patrocinadas por atores econômicos determinados seria mais ou menos mal disfarçada, comprometendo a credibilidade do debate em seu nascedouro. Diante dessa impossibilidade de bem conduzir

um procedimento legitimador de um projeto de reforma tributária, a tendência seria o envio da proposta ao Poder Legislativo sem a devida análise de seus aspectos, transferindo a tarefa de sua legitimação ao debate parlamentar. Dado o presentismo que inescapavelmente guia a atuação dos parlamentares, a discussão seria pautada por interesses de curto prazo, concernentes à lógica eleitoral: os políticos, antes de avaliarem os pontos fortes e fracos da reforma, preocupar-se-iam em modular previamente a sua opinião sobre o assunto de acordo com a sua posição partidária – governo ou oposição; buscariam, também, verificar os interesses imediatos a serem afetados, e se isso dificultaria a captação de votos na eleição vindoura – os parlamentares assim agiriam simplesmente porque são seres racionais, diga-se de passagem. O presentismo do debate parlamentar, talvez reforçado por uma campanha publicitária de setores favoráveis à proposta de reforma tributária, poderia levar à aprovação de uma lei de reforma tributária sem a devida consideração de seus impactos, repassando a responsabilidade de legitimá-la ao Poder Judiciário. Diante de um produto legislativo eventualmente defeituoso, e sob pressão de setores não ouvidos no processo de feitura da lei, não seria de estranhar se os juízes adotassem uma postura censória e de admoestação, falando em “situação constitucionalmente intolerável”, “inescusável omissão estatal” ou “comportamento que deve ser repellido”. Essa postura, com o tempo, poderia evoluir para uma atitude ativista: em face do defeito institucional, os juízes se sentiriam no dever de corrigir a manifestação da vontade política, indicando aos legisladores e aos administradores as medidas que, no entendimento deles, deveriam ser adotadas para preservar as gerações futuras, intervindo de forma intensa na esfera da decisão política, e em áreas – ambiental, econômica, previdenciária – em que talvez não detenham a necessária capacidade técnica (Groppi, 2016, p. 56). Em suma: uma Advocacia Pública destituída de autonomia implica judicialização e crise institucional.

Se é importante zelar pelo atendimento das necessidades das futuras gerações, e se é valioso que isso seja feito de forma democrática, impõe-se a reserva de um espaço estatal bem aparelhado para disponibilizar avaliações sobre o impacto futuro de ações tomadas no tempo presente, conduzindo um procedimento público para legitimar

socialmente eventuais medidas destinadas a enfrentar tal impacto. A Advocacia Pública, como aqui se buscou demonstrar, é a instituição mais bem posicionada para assumir essa indispensável função de curadoria da sustentabilidade, urgindo dotá-la de autonomia administrativa, financeira e orçamentária.

5 Considerações Finais

Quando se pensa no futuro, podem-se adotar apenas dois tipos de atitude: pessimismo ou otimismo, pois a indiferença, que seria o terceiro tipo de atitude, implica *não pensar no futuro*. À primeira vista, o otimismo e o pessimismo são duas posturas inconciliáveis, pois a primeira levaria à esperança de dias melhores e a segunda, ao desespero; o otimismo partiria do pressuposto de que as ações tomadas no dia de hoje estão preparando de forma acertada o dia de amanhã, ao passo que o pessimismo teria como fundamento a ideia de que as mesmas ações estão, pelo contrário, comprometendo o futuro.

As notícias veiculadas sobre a degradação ambiental, sobre a explosão do endividamento público e sobre o esgotamento de estruturas de suporte social dão razões para o pessimismo. Do pessimismo pode advir o desespero, mas, também, uma estranha forma de otimismo que nasce da esperança de superar a adversidade. No que toca às ameaças do futuro, a essa estranha forma de otimismo pode-se dar o nome de ideal da sustentabilidade. O objetivo deste artigo foi traçar, de forma preliminar, as condições institucionais necessárias para o desenvolvimento desse ideal.

Na primeira parte deste trabalho, apresentaram-se dois conceitos de sustentabilidade: o primeiro, formulado por Juarez de Freitas, e o segundo, formulado pelo *Relatório Brundtland* no âmbito da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU. Esclareceu-se que o segundo conceito, menos ambicioso, mostra-se mais inclusivo e, portanto, com maior capacidade de propiciar a adesão às ideias de sustentabilidade. A sua vagueza e a sua indeterminação, longe de serem defeitos, constituem-se em pontos fortes, na medida em que

possibilitam a inclusão de um amplo arco de posições, inclusive algumas aparentemente contraditórias, ao debate sobre a sustentabilidade.

Na segunda parte do trabalho, buscou-se esclarecer a quem compete a defesa da sustentabilidade. A perspectiva do conflito intergeracional – “jovens contra adultos” – foi rechaçada em favor do entendimento de que a preocupação com as necessidades das futuras gerações ressaí do próprio projeto constitucional, que nada mais é do que uma carta de intenções para o futuro, de forma que pode e deve ser abraçada por todo o povo. A partir desse entendimento, saiu-se à procura da personagem institucional mais apropriada para efetivar a defesa da sustentabilidade, encontrando-a na Advocacia Pública, cuja habilitação para exercer tal defesa resta demonstrada por sua atuação nas questões do endividamento público, da legislação ambiental e da manutenção do serviço público de saúde.

Na terceira e última parte deram-se os contornos iniciais da sistematização das funções a serem exercidas pela Advocacia Pública na defesa da sustentabilidade, identificadas sob o nome de “curadoria da sustentabilidade”. Ressaltou-se o papel essencial de um procedimento legitimador, permeado pela democraticidade, para a edição de medidas estatais relacionadas aos interesses das gerações futuras, observando-se que a boa condução desse procedimento legitimador exige o reconhecimento de autonomia administrativa, financeira e orçamentária para a Advocacia Pública.

Do exposto em todo o texto, há que se reter o seguinte: 1) a sustentabilidade é um ideal de conteúdo aberto, que preconiza o atendimento das necessidades do presente sem comprometer as necessidades das futuras gerações; 2) embora a defesa da sustentabilidade possa ser feita por todos, o seu *locus* por excelência é a Advocacia Pública, que se qualifica como curadoria da sustentabilidade; 3) a defesa da sustentabilidade requer a observância de um método de legitimação das medidas estatais a ser conduzido pela Advocacia Pública; e 4) para bem exercer as funções de curadoria da sustentabilidade, reforça-se a necessidade de conferir a autonomia administrativa, a autonomia financeira e a autonomia orçamentária em prol da Advocacia Pública.

Os achados aqui obtidos podem ser convertidos na seguinte proposição: a Advocacia Pública é o espaço institucional ao qual

incumbe por excelência a defesa dos interesses das futuras gerações, conduzindo procedimentos de legitimação democrática das decisões estatais, qualificando-se como “curadoria da sustentabilidade”, motivo pelo qual em seu favor deve ser reconhecida a autonomia administrativa, a autonomia financeira e a autonomia orçamentária.

Referências

ALKIMIM, Alexandre Flores. A última entrevista de Nélson Rodrigues.

Revista Bula, [s.l.], v. 24 ago. 2023. Disponível em: <https://www.revistabula.com/5753-2-a-ultima-entrevista-de-nelson-rodrigues/>. Acesso em: 31 ago. 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas.

Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2.171-2228, 2018.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. **Orientações sobre consumo consciente e propostas para redução de sacolas plásticas pelos consumidores**. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2011. Disponível em: <https://www.abras.com.br/pdf/cartilha3web.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.

CMMAD – COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

D'ALOIA, Antonio. Costituzione e protezione delle generazioni future. In: CIARAMELLI, F; MENGA, F. G. (org.). **Responsabilità verso le generazioni future**. Uma sfida al diritto all'etica e alla politica. Napoli: Editoriale Scientifica, 2017. p. 293-337. Disponível em: https://gspi.unipr.it/sites/st26/files/allegatiparagrafo/13-03-2023/costituzione_e_protezione_delle_generazioni_future_daloia.pdf. Acesso em: 31 ago. 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DISTRITO FEDERAL. **Lei n. 6.322, de 10 de julho de 2019**. Dispõe sobre a proibição da distribuição ou venda de sacolas plásticas e disciplina a distribuição e venda de sacolas biodegradáveis ou biocompostáveis a consumidores, em todos os estabelecimentos comerciais do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2019a. Disponível em: <https://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR-526747!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>. Acesso em: 31 ago. 2023.

DISTRITO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 342, de 17 de abril de 2019**. Dispõe sobre a proibição da distribuição ou venda de sacolas plásticas e disciplina a distribuição e venda de sacolas biodegradáveis ou biocompostáveis a consumidores em todos os estabelecimentos comerciais do Distrito Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2019b. Disponível em: <https://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao-1!342!2019!visualizar.action>. Acesso em: 31 ago. 2023.

DJEMNI-WAGNER, Sonya. **Droit(s) des générations futures**. Paris: Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice, 2023. Disponível em: <https://gip-ierdj.fr/wp-content/uploads/2023/04/DJ-Rapport-etude-GENERATIONS-FUTURES-web-OK-1104.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.

FEIL, Alexandre André; SCHREIBER, Dusan. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: desvendando as sobreposições e alcances de seus significados. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 667-682, jul.-set. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/hvbYDBH5vQFD6zfjC9zHc5g/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 31 ago. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. “Principia iuris”: uma discusión teórica. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 31, p. 393-434, 2008. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19324/1/Doxa_31_26.pdf. Acesso em: 31 ago. 2023.

FRACCHIA, Fabrizio. Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future. **Rivista Quadrimestrale di Diritti dell'Ambiente**, Torino, n. 0, p. 13-42, 2010. Disponível em: <https://www.rqda.eu/f-fracchia-sviluppo-sostenibile-e-diritti-delle-generazioni-future/>. Acesso em: 31 ago. 2023.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FRIIOUX, Dalibor. Climat: de l'enfant roi aux enfants juges. **Études: Revue de Culture Contemporaine**, França, n. 7, p. 29-40, jul.-ago. 2019. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-etudes-2019-7-page-29.htm>. Acesso em: 31 ago. 2023.

GROPPI, Tania. Sostenibilità e costituzionia: lo stato costituzionale ala prova del futuro. **Diritto Pubblico Comparato ed Europeo**, Bologna, n. 1, p. 43-78, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/38140476/Sostenibilit%C3%A0_e_costituzioni_lo_Stato_costituzionale_alla_prova_del_futuro. Acesso em: 31 ago. 2023.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KUNDERA, Milan. **A insustentável leveza do ser**. Tradução de Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

LÉLÉ, Sharachchandra M. Sustainable development: a critical review. **World Development**, Great Britain, v. 19, n. 6, p. 607-621, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/105953/mod_resource/content/9/texto_1.pdf. Acesso em: 31 ago. 2023.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MENDES, Marcos José; CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. O pleito do Estado de Santa Catarina junto ao STF para revisão de sua dívida com a União. **Boletim Legislativo**, Brasília, DF, n. 47, abr. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol47>. Acesso em: 31 ago. 2023.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/105953/mod_resource/content/9/texto_1.pdf. Acesso em: 31 ago. 2023.

ONU NEWS. **Guterres pede desculpas aos jovens do mundo pela degradação dos oceanos** Em 26 jun. 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/06/1793682>. Acesso em: 31 ago. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Órgão Especial). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5017219-29.2022.8.24.0000**. Autor: Ministério Público de Santa Catarina. Relatora: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, 6 de julho de 2022. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=14.675%20c%F3digo%20ambiental&only_ementa=&frase=&id=321657290069058851679498743356&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 31 ago. 2023.

SANTOS, Amélia S. F. e *et al.* Sacolas plásticas: destinações sustentáveis e alternativas de substituição. **Polímeros**, São Carlos, v. 22, n. 3, p. 228-237, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/po/i/2012.v22n3/>. Acesso em: 31 ago. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Pleno). **Recurso Extraordinário 714139/SC**: Tema n. 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. Recorrente: Lojas Americanas S/A. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de março de 2022a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154>. Acesso em: 31 ago. 2023.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Pleno). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Constitucional e Administrativo. Fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS. Interesse processual da União. Solidariedade dos entes federados. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Roger Henrique Testa. Relator: Min. Presidente, 13 de setembro de 2022b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762992810>. Acesso em: 31 ago. 2023.

UOL. **Vocês roubaram meus sonhos e infância, diz Greta Thunberg na ONU.** Em 23 set. 2029. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/ultimas-noticias/afp/2019/09/23/voces-roubaram-meus-sonhos-e-infancia-diz-greta-thunberg-na-onu.htm>. Acesso em: 31 ago. 2023.

VAN DER BURG, Wibren. The role of ideals in legal dynamics. In: SOETEMAN (ed.). **Pluralism and law**: proceedings of the 20th IVR World Congress, Archiv für Recht und Sozialphilosophie. Stuttgart: Franz Steiner, 2004. p. 28-33. Suplemento 91. Disponível em: <https://wibrenvanderburg.files.wordpress.com/2021/11/the-role-of-ideals.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.

João Paulo de Souza Carneiro

Procurador do Estado de Santa Catarina. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina.

E-mail: jpcarneiro@pge.sc.gov.br

Endereço profissional: Rua Orestes Guimarães, n. 876, 5º andar, Joinville, SC. CEP: 89204-060.

Recebido em: 29/07/2024

Aceito em: 20/08/2024

Como referenciar este artigo

CARNEIRO, João Paulo de Souza. Curadoria da Sustentabilidade: contornos iniciais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 141-176, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Direitos Fundamentais nas Constituições Estaduais do Brasil

Mateus Lardini Merlini¹

¹Universidade do Oeste de Santa Catarina, São Miguel do Oeste, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo tem por escopo investigar a existência de um catálogo próprio de direitos fundamentais nas cartas constitucionais das Unidades Federativas do Brasil. A pesquisa consiste em aferir se as constituições estaduais ostentam inovações no que tange aos direitos fundamentais delineados no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil. A abordagem central pauta-se pela necessidade de identificar quais outros direitos fundamentais vigoram no território brasileiro por intermédio das supracitadas constituições estaduais. Ao analisar o conteúdo desses documentos, a pesquisa busca evidenciar eventuais ampliações ou modificações nos direitos fundamentais para além daqueles consagrados pela Carta Magna Federal, bem como contribuir para uma compreensão mais abrangente e aprofundada do panorama dos direitos fundamentais no contexto jurídico brasileiro, considerando tanto as normas de caráter federal quanto as particularidades presentes nas constituições estaduais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direito Constitucional; Estados brasileiros; Constituição Federal; Constituições estaduais.

Fundamental Rights in Brazilian State Constitutions

Abstract

This article has the purpose of investigating the existence of a specific catalog of fundamental rights on the Brazilian state constitutions. The research consists of assessing whether state constitutions contain innovations regarding the fundamental rights outlined in Title II of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The central approach is guided by the need to identify which other fundamental rights are in force in Brazilian territory through the state constitutions. By analyzing the content of these documents, the research seeks to highlight possible expansions or modifications in fundamental rights beyond those established on the Federal Constitution, as well as contributing to a more comprehensive and in-depth understanding of the panorama of fundamental rights in the Brazilian legal context, considering both the federal standards regarding the particularities present in state constitutions.

Keywords: Fundamental rights; Constitutional law; Brazilian states; Federal Constitution; State constitutions.

1 Introdução

As constituições estaduais desempenham um papel significativo na consagração e na proteção dos direitos fundamentais, cuja importância é inegável para a concretização dos princípios democráticos e a garantia da dignidade humana. Esses direitos, que têm sua base normativa na Constituição da República Federativa do Brasil, representam o núcleo essencial do regime democrático e do estado de direito, conferindo aos cidadãos uma série de prerrogativas e de garantias que visam a assegurar sua liberdade, igualdade e dignidade.

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, consolidou um amplo rol de direitos fundamentais, abrangendo desde os direitos individuais e coletivos até os direitos sociais, culturais e econômicos. Essa Carta Magna estabeleceu um marco na história do Brasil ao reconhecer e promover a efetivação desses direitos como um dos pilares do estado democrático de direito, conferindo-lhes *status* normativo elevado e proteção jurídica robusta.

Nesse contexto, este artigo propõe-se a investigar a conformação e a efetividade dos direitos fundamentais presentes nas constituições dos estados brasileiros, com especial atenção para duas problemáticas centrais: a existência de um catálogo próprio de direitos fundamentais e as inovações introduzidas nesse campo.

A primeira problemática abordada diz respeito à estruturação dos direitos fundamentais nas constituições estaduais, considerando se estas adotam um catálogo específico de direitos, independentemente daquele consagrado na Constituição Federal, e de que forma essa autonomia se reflete na proteção e na promoção dos direitos em âmbito estadual. Já a segunda versa sobre as inovações promovidas pelas constituições estaduais no campo dos direitos fundamentais, examinando tanto a inclusão de novos direitos quanto a ampliação ou restrição dos direitos já consagrados na Constituição Federal.

O levantamento de dados não apenas permite a compreensão da relação entre a normativa estadual e a federal, mas também das dinâmicas de evolução e de adaptação dos direitos fundamentais no contexto estadual, assim como para a identificação de tendências e desafios na promoção desses direitos em nível regional.

O presente estudo está estruturado em duas partes: a primeira discute a previsão de direitos fundamentais na Constituição Federal, bem como nas constituições das Unidades Federativas do Estado Brasileiro; a segunda parte aborda as inovações trazidas pelas constituições estaduais no contexto de direitos fundamentais que não tiveram a atenção da Carta Magna, estabelecendo correlações entre os temas tratados e a problemática discutida. Ao final, são apresentadas as considerações finais e as referências que fundamentaram esta pesquisa.

2 Disposições Acerca dos Direitos Fundamentais Constitucionais

Os direitos fundamentais são de suma importância no ordenamento jurídico, representando conquistas históricas na busca pela garantia da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da fraternidade¹. Esses direitos estão intrinsecamente ligados aos princípios de cidadania e de bem-estar social, sendo reconhecidos como inalienáveis e imprescindíveis para o pleno desenvolvimento da pessoa humana e para a construção de uma sociedade justa e solidária.

Invioláveis e irrenunciáveis, esses direitos se conceituam desde a Idade Antiga, com a ascensão da lei natural em obras e pensamentos de diversas personalidades filosóficas. *Verbi gratia*, Sófocles, em sua peça “*Antígona*”², descreve esses direitos como sendo leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem ou de hoje; são eternas sim e ninguém sabe desde quando vigoram (Sófocles, 1999, p. 34).

Dessarte, transcendem o âmbito individual, estendendo-se ao funcionamento da sociedade como um todo, em que pese são responsáveis por conferir limites ao poder estatal e asseguram a proteção dos vulneráveis, promovendo, assim, a consolidação de uma sociedade democrática e plural.

¹ *Liberté, Égalité, Fraternité* (Liberdade, Igualdade, Fraternidade) são os lemas da Revolução Francesa (1789).

² Tragédia grega de Sófocles, escrita por volta de 442 a.C.

Nessa linha de raciocínio, parte substancial do trabalho de John Locke se dedicou à análise de mecanismos para a resolução de conflitos sociais que poderiam surgir com a instituição de leis e garantias sociais. Nesse sentido, Locke concluiu que o poder estatal não deveria ser autoritário, mas sim servir como um modelo a ser seguido pelos cidadãos, conforme estabelecem os termos do contrato social, em prol do bem comum (Locke, 2001, p. 151-152).

Insuficiente, portanto, o mero reconhecimento formal de direitos e garantias fundamentais consolidados na Carta Magna, aquém de sua efetivação no âmbito material, pelo Poder Público (Pinto, 2009).

De acordo com Silva (2005, p. 96):

Os deveres que decorrem dos incisos do art. 5º, têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular. A inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder. Alguns exemplos esclarecem o tema: o dever de proporcionar ampla defesa aos acusados, o dever de só prender alguém por ordem escrita de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militares e crimes propriamente militares, o dever de comunicar a prisão de alguém e o local onde se encontre ao juiz competente e à família do preso, o dever de informar ao preso os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado, o dever de identificação, ao preso, dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório do preso etc.

Portanto, a discussão sobre a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, além de reconhecer sua importância teórica, exige uma análise crítica da forma como esses direitos são concretizados no âmbito prático pelo Poder Público. Conforme destacado, a responsabilidade de garantir esses direitos recai significativamente sobre as autoridades e os agentes públicos em todos os níveis, evidenciando a necessidade de uma atuação diligente e eficaz na sua aplicação, como é o caso dos estados brasileiros, que possuem autonomia para elaborar legislações próprias objetivando a complementação de direitos e deveres de acordo com as necessidades locais.

A autonomia conferida às Unidades Federativas do Estado Brasileiro para a criação de legislação própria decorre do modelo federativo-presidencialista adotado pelo Brasil. O objetivo dessa autonomia, outorgada às esferas estadual e municipal na elaboração de suas constituições estaduais e leis orgânicas, respectivamente, é aprimorar o funcionamento dos instrumentos de administração do Estado, sem desrespeitar a hierarquia existente entre as diferentes instâncias governamentais.

Concernente às constituições estaduais, são estas fundamentalmente indispensáveis na organização jurídico-política dos estados-membros brasileiros. De modo abstrato, estabelecem diretrizes sociais voltadas para o funcionamento do estado e os municípios que os integram, além da prestação de serviços públicos, organização de recursos financeiros e garantias individuais e coletivas.

Uma das principais diferenças entre as constituições estaduais e a Constituição Federal reside na sua esfera de atuação. Enquanto a Constituição Federal estabelece as normas e os princípios gerais que regem todo o país, as constituições estaduais têm um escopo mais limitado, aplicando-se apenas ao respectivo estado e devendo, por obrigatoriedade, estar em conformidade com a Constituição Federal, evitando qualquer contrariedade ao texto da Carta Magna.

Para Nucci (2016, p. 56), “[...] não há Constituição sem direitos fundamentais, nem democracia sem Constituição, o que nos permite afirmar que a previsão dos direitos fundamentais do homem é da essência da democracia”.

Portanto, os direitos fundamentais estão estritamente ligados às constituições estaduais, podendo estas inclusive tratar de questões específicas e de peculiaridades regionais que não estão contempladas na Constituição Federal, permitindo uma maior adequação das normas às realidades locais. Isso confere às constituições dos estados uma relevância particular na definição das políticas públicas e na organização do estado em nível regional.

Consoante Sgarbossa e Bittencourt (2019, p. 12):

No Brasil o panorama é diverso, mas nem por isso o tema é desimportante ou desinteressante, tanto do ponto de vista teórico quanto do prático. Das cartas constitucionais

estaduais atualmente vigentes, 16 possuem título especificamente dedicado aos direitos fundamentais, como já registrado, normalmente o Título II ou I (a saber, as constituições do Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina e Sergipe). Além disso, mesmo nas constituições subnacionais que não contemplam título específico para direitos e garantias fundamentais, é possível encontrar os mesmos dispersos ao longo do texto, notadamente em títulos, capítulos ou seções como aqueles destinados à tributação, à ordem econômica e social, família, idoso, gestante, criança e adolescente, cultura, desporto, educação, meio-ambiente, entre outros, também conforme já referido anteriormente.

Em suma, as constituições estaduais reproduzem os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, garantindo a sua aplicação e efetividade no âmbito regional. No entanto, é comum que as constituições estaduais também incluam dispositivos específicos que atendam às necessidades relevantes para a realidade local, inclusive ampliando a perspectiva da legislação federal. E essa é a base da análise que será fragmentada nos subtítulos do estudo em andamento.

Para facilitar a compreensão acerca do rol de direitos e garantias fundamentais agrupados nas constituições estaduais, o presente artigo está subdividido entre as cinco regiões do Estado Brasileiro: Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul.

2.1 Região Norte

A Região Norte do Brasil é conhecida pela sua vasta extensão territorial, pela rica biodiversidade na Floresta Amazônica e pela influência de comunidades indígenas na sua cultura. Composta dos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins, essa região assume essas preocupações, mais claras no teor de algumas constituições subnacionais.

A Constituição do Estado do Acre embarca na minoria das constituições dos estados que não dedicam um título, ou sequer um capítulo,

para dispor sobre os direitos e garantias fundamentais. Contudo, assegura, ao decorrer do seu texto, aos brasileiros e aos estrangeiros, a inviolabilidade dos direitos e das garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal.

Concernente à Constituição do Estado do Amapá, esta estabelece inerente ao Título I: “Dos Princípios Fundamentais”, entre os constantes na Constituição Federal, a defesa dos direitos humanos, da igualdade, do meio ambiente e da qualidade de vida e a garantia da aplicação da justiça.

O Título II dedica dois capítulos acerca do rol de direitos e de garantias fundamentais. No primeiro, se assemelha à Constituição Federal, ao dispor de maneira abrangente sobre a garantia da igualdade. Nos termos do artigo 5º, “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, fazendo analogia direta ao artigo de mesmo número da Constituição da República Federativa do Brasil. No mesmo artigo de lei, enumera garantias fundamentais, como os serviços essenciais à saúde e à educação; a livre reunião e manifestações pacíficas de caráter individual e coletivas; a proteção ao consumidor; a assistência judiciária gratuita à população hipossuficiente; a liberdade de expressão artística e científica; o livre exercício de cultos religiosos; entre outros.

Já o segundo capítulo dispõe sobre direitos políticos e sociais, em que assegura “[...] a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]”, em referência ao artigo 6º da Constituição Federal³.

A Constituição do Estado do Amazonas, por sua vez, apresenta um diferencial quando comparada às demais constituições estaduais, mais especificamente no Título I: “Das Disposições Fundamentais”, em que pese proporciona uma discussão mais aprofundada sobre o seu território, promovendo a defesa e o aproveitamento racional da Floresta Amazônica, respeitando a sua função no ecossistema, um

³ Artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Brasil, 1988).

direito coletivo não tão somente à população amazonense, mas dos brasileiros como um todo. Ainda, traz particularidades que não são levadas à discussão pela grande maioria das constituições estaduais estudadas, como a garantia do acesso à educação, mas aqui, voltado para ressaltar a identidade cultural do povo amazonense.

O segundo título da Constituição do Estado do Amazonas tem como escopo a disciplina dos direitos e garantias fundamentais, os quais se encontram subdivididos em três capítulos distintos. O primeiro deles versa sobre os direitos e garantias individuais e coletivas, fazendo menção direta ao Título II da Constituição Federal; o segundo, abarca os direitos sociais conferidos na Constituição Federal; e o terceiro capítulo, por fim, se incumbe em tratar da defesa do consumidor.

No preâmbulo da Constituição do Estado do Pará, é mencionado o princípio da igualdade, na oportunidade em que reafirma os direitos e as garantias fundamentais consoantes à Constituição Federal. Ademais, essa constituição dedica o segundo título especialmente para tratar dos direitos e das garantias fundamentais. Reitera o conceito de liberdade trazido pela Carta Magna Federal e dispõe acerca da possibilidade garantida da busca por justiça e litigância contra violação de direitos, e, ainda, o livre acesso de ministros de cultos religiosos, entre outros lugares, em penitenciárias, para a prestação de assistência religiosa aos detentos.

Quanto à Constituição do Estado de Rondônia, esta apenas faz referência aos direitos e às garantias fundamentais, no que concerne à segurança, saúde, educação e cultura, como princípios norteadores da qualidade de vida, o que é garantido pelas diretrizes estratégicas de desenvolvimento adotadas pela referida lei.

A Constituição do Estado de Roraima confere o Título II do seu texto legal aos direitos e garantias fundamentais. Em dois curtos artigos, refere-se às prerrogativas de igualdade e direitos sociais como expressos na Constituição Federal.

Por último, a Constituição do Estado do Tocantins assegura como princípios fundamentais a garantia dos direitos dos indivíduos e os interesses da coletividade, bem como a defesa dos direitos humanos e a igualdade. Ainda, no contexto dos princípios fundamentais, garante a aplicação de mecanismos de controle da legalidade e legitimidade

dos atos do Poder Público, além da garantia dos direitos sociais, como a educação, a saúde e a assistência social.

2.2 Região Nordeste

A Região Nordeste do Brasil é conhecida pela sua diversidade cultural, histórica e geográfica. Composta de nove estados: Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Piauí, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe, cada um deles possui sua própria Carta Magna, e todas se assemelham ao abordar questões relacionadas ao desenvolvimento econômico regional, à preservação ambiental e à proteção dos povos tradicionais que habitam a região.

O Estado de Alagoas prevê em sua Constituição direitos e garantias fundamentais, consolidados no seu primeiro título, entre outros, os princípios de liberdade democrática, igualdade jurídica, solidariedade e justiça, na promoção do bem-estar social; bem como são asseguradas a dignidade da pessoa humana e a participação do povo na administração pública, e, ainda, os direitos sociais abrangidos também pela Constituição Federal, como a preservação do patrimônio cultural e do meio ambiente, e direitos de saúde e assistência social aos necessitados.

A Constituição do Estado da Bahia, por seu turno, abraça os direitos e as garantias previstos na Constituição Federal e enfatiza a livre reunião e manifestações pacíficas, a defesa do consumidor e da criança e do adolescente, a razoável duração do processo e celeridade, a permanência dos filhos junto à presidiária no período de amamentação, a gratuidade de registros civis e assistência jurídica aos comprovadamente pobres, entre outras.

A Constituição do Estado do Ceará, ao contrário da constituição subnacional supracitada, não dedica um capítulo exclusivamente para tratar acerca das garantias e direitos fundamentais. Entretanto, não se pode concluir que a referida lei é omissa quanto às garantias fundamentais. Em seu terceiro título, ao tratar da organização estadual, menciona, em respeito à Constituição Federal, os princípios fundamentais de dignidade e liberdade, preceitos elencados no extenso rol de direitos fundamentais na nossa Carta Magna Federal.

Quanto à Constituição do Estado do Maranhão, esta possui um título especial que aborda os direitos e as garantias fundamentais, apesar de não trazer inovações, é dependente do texto legal federal, eis que observa a inviolabilidade dos direitos previstos neste, com enfoque na liberdade religiosa e na igualdade.

A Constituição do Estado da Paraíba, por sua vez, abrange um extenso rol de garantias fundamentais. A iniciar pelos princípios estabelecidos no primeiro título: garante, entre outros, direitos sociais enumerados no artigo 6º da Constituição Federal, a destacar a busca da felicidade, princípio este não encontrado nas outras constituições estaduais, tampouco na nacional; ainda, menciona a proteção aos direitos humanos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e aos direitos das minorias.

No segundo título, assegura a inviolabilidade dos direitos e das garantias fundamentais, reconhecidos pela Constituição Federal, entre eles, o direito de litigância contra ato (c)omissivo de órgão estadual e o direito de reunião. Ao presidiário, é garantido o respeito à integridade moral e física, assistência espiritual de caráter permanente, acesso à notícia externa ao estabelecimento prisional e, ainda, oferecimento de creche às presidiárias, visando à permanência com seus filhos.

Concernente à Constituição do Estado de Pernambuco, esta traz no Título I: “Dos Princípios Fundamentais”, como “valores supremos” do Estado, a liberdade, a justiça, o pluralismo político, a dignidade da pessoa humana e demais valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Nada mais menciona acerca de direitos e garantias fundamentais no decorrer do texto constitucional, apenas dedica o Título II: “Da Organização do Estado e Seus Poderes”, para elucidar garantias sociais já conhecidas pela Carta Magna Federal, como a proteção à saúde e à assistência social, proteção do patrimônio cultural, histórico e artístico, proteção ao meio ambiente e às florestas, bem como promoção de práticas de combate à pobreza, etc.

A Constituição do Estado do Piauí traz em seu texto constitucional, mais precisamente no primeiro título, igualmente nomeado “Dos

Princípios Fundamentais”, a reprodução do princípio da igualdade, garantido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal⁴.

A seguir, assegura, no Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a inviolabilidade dos direitos e das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, acrescendo demais prerrogativas, como o direito de petição e de representação aos poderes públicos, inclusive de litigar contra órgão estadual, judicial ou administrativamente, sem prejuízo de discriminação de qualquer forma, bem como a garantia de direitos como os de livre reunião e manifestação, assegurada a ordem pública e a segurança pessoal. Assegura, também, a integridade física e moral dos presos, não obstante, a condição de permanecer com o filho durante o período de amamentação, à mulher presidiária.

Nos artigos subsequentes, a lei lista inúmeros direitos sociais, estes já previstos da Constituição Federal, *verbi gratia*, a educação, a saúde, a assistência social, a alimentação, entre outros.

Distintamente da maioria das Constituições Estaduais, e até mesmo da Lei Suprema, a Constituição do Estado do Piauí traz um interessante diferencial ao garantir a gratuidade de expedição de cédula de identidade para os reconhecidamente pobres, mencionado no *caput*, artigo 5º, inciso LXXVI, da Constituição Federal, que, por sua vez, apenas lista a gratuidade da expedição de registro civil de nascimento e certidão de óbito.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, por sua vez, abrange, no Título II: “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”, três capítulos destinados, respectivamente, aos direitos e deveres individuais e coletivos; aos direitos sociais; e aos direitos políticos.

Além de assegurar os direitos conferidos na Constituição Federal, a Constituição do Estado do Rio Grande do Norte adota procedimentos para garantir a integridade física e moral dos presos, bem como coibir a discriminação política e o favorecimento de partidos políticos

⁴ Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (Brasil, 1988).

sobre os outros, este último, de forma expressa, como um diferencial comparado às demais constituições estaduais.

Por fim, atinente à Constituição do Estado de Sergipe, se destaca um extenso rol de direitos e de garantias fundamentais, além das dispostas pela lei maior. Destaca-se, entre outras, a não privação de serviços essenciais à saúde [higiene e educação] àqueles que não dispõem de recursos financeiros para o respectivo custeio. Além disso, a proteção contra discriminação de qualquer natureza – prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal – o direito à livre reunião, à dignidade e à integridade moral e física do preso, facultando-lhe, entre outras garantias, a assistência espiritual e a permanência das presidiárias com seus filhos durante o período de amamentação; assegura, ainda, a gratuidade de expedição de cédula de identidade para as pessoas reconhecidamente pobres.

2.3 Região Centro-Oeste

A Região Centro-Oeste engloba os estados de Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Suas constituições estaduais têm em comum, além do estabelecimento dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, um olhar especial à proteção ambiental, considerando a importância da preservação do cerrado e do pantanal, biomas característicos da região.

A Constituição do Estado de Goiás não dedica um capítulo exclusivamente para tratar acerca das garantias e dos direitos fundamentais, mas alude aos princípios de liberdade, solidariedade e justiça, presentes na Constituição Federal, garantindo a sua observância pelo estado.

Por outro lado, a Constituição do Estado do Mato Grosso compreende um extenso catálogo de direitos e de garantias além dos estabelecidos pela Carta Magna Federal. É assegurada a observância dos princípios de dignidade da pessoa humana, de igualdade e os direitos humanos, além da gratuidade, aos hipossuficientes, de registro civil em todas as modalidades e certidões respectivas, e cédula de identidade, e, ainda, de assistência jurídica integral pela Defensoria Pública.

Por último, a Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul reafirma, em seu preâmbulo, os preceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, bem como assegura a inviolabilidade dos princípios fundamentais protegidos pela Constituição Federal e da dignidade da pessoa humana.

2.4 Região Sudeste

Composta dos estados do Espírito Santo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, que destacam em suas constituições – além da abrangência da Constituição Federal – a proteção à qualidade de vida nas grandes metrópoles, a Região Sudeste é bastante conhecida por abrigar grandes centros urbanos e econômicos do país.

A Constituição do Estado do Espírito Santo prevê, em seu segundo título, além dos direitos e garantias fundamentais mencionados na Constituição Federal, a razoabilidade na duração do processo e a celeridade, e a gratuidade na expedição da cédula de identidade individual aos reconhecidamente hipossuficientes, bem como abrange sessões especiais para tratar da defesa do consumidor e dos demais direitos sociais.

A Constituição do Estado de Minas Gerais, no que lhe concerne, dispõe no segundo título, especificamente para tratar dos direitos e das garantias fundamentais, a observância das garantias presentes na Constituição Federal, além de assegurar ao seu povo a inviolabilidade dos princípios de igualdade, direito de reunião, gratuidade na busca pelos seus direitos – direito de petição e representação em juízo, além de garantir ao preso, entre o que manda a Carta Magna Federal, serviços de assistência espiritual e creche.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro se destaca no contexto das constituições estaduais por seu abrangente catálogo de direitos e garantias fundamentais. Estruturada pelo Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em quatro extensos capítulos, esta constituição não apenas reafirma os preceitos da Carta Magna Federal, mas também se aprofunda nas especificidades de cada prerrogativa.

O primeiro capítulo, intitulado "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", contempla princípios basilares, como a dignidade da pessoa humana, inclusive da população carcerária, primando por sua integridade física e moral, a igualdade, a equidade salarial, a inviolabilidade da intimidade, vida privada e honra, entre outros. Versa, ainda, sobre a legitimidade de qualquer cidadão para intentar ações judiciais ou administrativas em defesa de seus direitos, bem como a garantia do contraditório e da ampla defesa em caráter processual.

Análoga às constituições dos estados do Piauí e do Espírito Santo, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro também assegura à população reconhecidamente pobre a gratuidade de expedição de cédula de identidade, cujo alcance não se esgota aqui. A gratuidade, assim garantida, estende-se igualmente à celebração do casamento civil e à respectiva certidão, bem como ao sepultamento e aos procedimentos correlatos.

Ademais, outra novidade trazida por essa lei consiste na concessão gratuita, mediante passe especial, dos serviços públicos de transporte coletivo estadual às pessoas que sofrem de doenças crônicas e às pessoas com limitações de mobilidade, conforme estabelecido no artigo 14 da legislação mencionada⁵.

A Carta Magna do Rio de Janeiro não deixa de mencionar, nos capítulos subsequentes, a abordagem, respectivamente, dos direitos sociais, dos direitos concernentes à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, e, por fim, dos direitos do consumidor.

A Constituição do Estado de São Paulo, por fim, não especifica um título ou um capítulo para tratar do tema, mas refere-se a estes logo após o preâmbulo do texto legal, garantindo a salvaguarda dos direitos e as liberdades fundamentais por meio de ações cujos procedimentos serão abreviados e as custas reduzidas.

Faz referência, ainda, ao princípio da igualdade, abarcado pela Constituição Federal, ao tratar de direitos sociais como educação, cultura, esportes, lazer, ciência e tecnologia.

⁵ Artigo 14 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro: É garantida, na forma da lei, a gratuidade dos serviços públicos estaduais de transporte coletivo, mediante passe especial, expedido à vista de comprovante de serviço de saúde oficial, a pessoa portadora: I – de doença crônica, que exija tratamento continuado e cuja interrupção possa acarretar risco de vida; II – de deficiência com reconhecida dificuldade de locomoção (Rio de Janeiro, 2023).

2.5 Região Sul

A Região sul do Brasil é composta dos estados do Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, possuindo cada um deles suas particularidades e demandas específicas, o que se reflete na elaboração de suas constituições.

A Constituição do Estado do Paraná é pontual ao destacar já no primeiro título do seu texto a garantia da dignidade da pessoa humana e a defesa dos direitos humanos, da igualdade e da justiça.

Dedica inteiramente o capítulo VI para tratar do saneamento, por meio do qual garante ao povo a defesa da saúde pública e do meio ambiente. No artigo 210-A, dispõe que: “a água é um bem essencial à vida. O acesso à água potável e ao saneamento constitui um direito humano fundamental”, indo ao encontro do que resolve a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução n. 64/A/RES/64/292, a ser estudada posteriormente.

Ausente de um rol de direitos e de garantias fundamentais, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul apenas se refere aos princípios fundamentais, aos direitos individuais e coletivos, sociais e políticos, abrangidos pela Constituição Federal.

A Constituição do Estado de Santa Catarina, por seu turno, assegura, além dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Carta Magna Federal, a gratuidade do registro civil e da respectiva certidão de nascimento, de adoção, de óbito e de casamento, a cédula de identificação individual e a assistência jurídica àqueles que forem reconhecidamente pobres, assim como preveem as constituições dos estados do Piauí, Espírito Santo, Rio de Janeiro e outros vistos anteriormente.

Garante, ainda, a dignidade e a integridade moral e física dos presidiários, sendo facultada a assistência jurídica e espiritual, particularidade pouco disseminada no âmbito das Constituições Estaduais e ignorada pela Constituição Federal, mas de extrema importância para amenizar a vida sub-humana vivenciada pelos carcerários, trazendo-lhes palavras de conforto (Bittencourt, 2012)⁶.

⁶ O Deputado José Bittencourt (PRB) foi o autor do Projeto de Lei n. 730/2012, que criou o serviço voluntário de Capelania Carcerária em todos os estabelecimentos do Departamento de Administração Penitenciária de São Paulo.

3 Inovações Promovidas pelas Constituições Estaduais

Ao decorrer do estudo, é possível identificar que as constituições de nível estadual apresentam, com frequência, um alto grau de dependência do texto constitucional federal (Bittencourt; Sgarbossa, 2019). Em sua maioria, houve a idêntica repetição dos direitos fundamentais federais de forma explícita, ou senão, uma breve remissão a estes.

É o caso da Constituição do Estado do Amapá, por exemplo, que reproduz em seu artigo 5º os dizeres do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal: “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”; e da Constituição do Estado do Piauí, que remete ao supracitado enunciado federal, em seu artigo 3º, inciso III, como se pode ver:

São objetivos fundamentais do Estado: [...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem etnia, raça, sexo, cor, deficiência física, visual, auditiva, intelectual ou múltiplas, idade, estado civil, orientação sexual, convicção religiosa, política, filosófica ou teológica, trabalho rural ou urbano, condição social, por ter cumprido pena e quaisquer outras formas de discriminação.

Essa norma se faz presente em diversas das constituições estaduais, conforme visto nos tópicos 2.1 a 2.5 do presente artigo, com algumas variações com relação às necessidades do estado.

É clara, portanto, a interpretação de conexão entre a Constituição Federal e as constituições estaduais, embora nem sempre os direitos e as garantias fundamentais abarcados pelas constituições estaduais sejam idênticos aos da Carta Magna Federal, em que pese se modificam para abraçar as particularidades de cada região, ainda que essa autonomia não desrespeite a lei maior no controle estadual de constitucionalidade.

Outrossim, além dos direitos e das garantias fundamentais modificados parcialmente pelas constituições estaduais, observa-se espécimes de direitos fundamentais não encontrados na lei maior, ou seja, previstos originalmente na esfera estadual.

Destaca-se que são inovações aos direitos fundamentais trazidas pelas constituições estaduais, além da Constituição Federal. É possível ver a seguir alguns interessantes exemplares.

3.1 Do Direito à Gratuidade de Serviços Públicos aos Reconhecidamente Pobres

Algumas constituições estaduais, curiosamente, trazem em suas definições a gratuidade do serviço público de expedição de documentos, direito não abrangido pelo artigo 5º, inciso LXXVI, da Constituição Federal.

O inciso menciona a gratuidade, aos reconhecidamente pobres, de expedição de: a) registro civil de nascimento; e b) certidão de óbito. Enquanto algumas constituições estaduais, por exemplo, as constituições dos estados do Piauí, Espírito Santo, Sergipe, Amapá e Mato Grosso, englobam nesse curto rol a expedição de cédula de identidade; a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, além da gratuidade de expedição de cédula de identidade, abrange a celebração de casamento civil e a respectiva certidão e o sepultamento; e, por último, a Constituição do Estado de Santa Catarina inova ao estabelecer a gratuidade de expedição de registro e de certidão de adoção de menor.

Quadro 1 – Rol de serviços públicos cuja gratuidade é estendida

Constituição	Serviços gratuitos aos reconhecidamente hipossuficientes
Constituição Federal	a) Registro civil de nascimento; e b) certidão de óbito.
Constituição do Estado do Piauí	a) Registro civil de nascimento; b) certidão de óbito; e c) cédula de identidade.
Constituição do Estado do Espírito Santo	a) Registro civil de nascimento; b) certidão de óbito; e c) cédula de identidade.
Constituição do Estado de Sergipe	a) Cédula de identidade.
Constituição do Estado do Amapá	a) Registros civis de nascimento e óbito e as respectivas certidões; b) cédula de identidade.

Constituição	Serviços gratuitos aos reconhecidamente hipossuficientes
Constituição do Estado do Mato Grosso	a) Registro civil em todas as suas modalidades e as respectivas certidões; cédula de identidade.
Constituição do Estado do Rio de Janeiro	a) Registro civil de nascimento e respectiva certidão; b) o registro e a certidão de óbito; c) cédula de identidade; d) celebração do casamento civil e a respectiva certidão; e) sepultamento e os procedimentos a ele necessários, inclusive o fornecimento de esquife pelo concessionário de serviço funerário.
Constituição do Estado de Santa Catarina	a) Registro civil e a certidão de nascimento; b) cédula de identidade; c) registro e a certidão de casamento; d) registro e a certidão de adoção de menor; a assistência jurídica integral; f) registro e a certidão de óbito;

Fonte: Elaborado pelo autor deste artigo

Ainda, tratando-se de inovações originadas no âmbito constitucional estadual, a constituição do estado fluminense, como já mencionado, prevê a gratuidade de serviços públicos de transporte coletivo àqueles que “[...] sofrem de doença crônica que exija tratamento continuado e cuja interrupção possa acarretar risco de vida; e de deficiência com reconhecida dificuldade de locomoção” (Rio de Janeiro, 2023, art. 14).

Partindo da mesma temática, as constituições dos estados da Bahia e de Sergipe preveem a vedação da suspensão de serviços essenciais à saúde para aqueles que forem incapazes de custeá-los.

A Constituição do Estado da Bahia reconhece como serviços essenciais a água, o esgoto e a energia elétrica no seu artigo 4º, inciso VI, *in verbis*:

Além dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal ou decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, é assegurado, pelas leis e pelos atos dos agentes públicos, o seguinte: [...] comprovada a absoluta incapacidade de pagamento, definida em lei, ninguém poderá ser privado dos serviços públicos de água, esgoto e energia elétrica (Bahia, 2023, art. 4º).

Por outro lado, a Constituição sergipana denomina essencial os serviços de higiene [que podem ser lidos como saneamento] e educação.

A norma, que embora não encontre previsão constitucional federal, é voltada para a proteção de um direito humano fundamental. O acesso à água e ao saneamento básico [e energia elétrica], igualmente disposto pela Constituição do Estado do Paraná, é reconhecido pela Resolução n. 64/A/RES/64/292 como “[...] condição essencial para o gozo pleno da vida e dos demais direitos humanos” (ONU, 2010).

3.2 Do Direito de Estabelecimento de Creches nos Presídios Femininos

Apesar de não se fazer presente no vasto rol de direitos e de garantias fundamentais na Constituição Federal, muitas das constituições estaduais garantem o direito de permanência da presidiária com o filho menor, mais especificamente durante o período de amamentação do infante. *Verbi gratia*, foi localizada tal previsão nas constituições dos estados da Bahia, Minas Gerais, Paraíba, Piauí e Sergipe.

Especialmente na Constituição do Estado da Paraíba (artigo 3º, §8º, alínea “f”), a garantia se estende ao oferecimento de estabelecimentos físicos – creches – às presidiárias, como é possível ver:

O Estado e os Municípios asseguram, em seus territórios e no limite de sua competência, a plenitude e inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal reconhece e confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, bem como outros quaisquer decorrentes do regime e dos princípios adotados. [...] É assegurado ao presidiário: [...] oferecimento de creche e de outras condições para que as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, na forma do art. 5º, I, da Constituição Federal [...] (Paraíba, 2023, art. 3º).

Embora expressamente estipulado, o direito de estabelecimento de creches nas penitenciárias femininas não parece ser uma realidade no estado. De acordo com o levantamento estatístico realizado por

Gorziza, Pilar e Buono (2023): “[...] nos 316 presídios femininos ou mistos, há apenas 51 berçários e 10 creches. Apenas Maranhão, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo contam com creches nas unidades prisionais”.

Acerca da importância das creches em penitenciárias, Teodoro e Haddad (2022, p. 5-6), destacam:

O direito das creches existe não somente para as mulheres-mães, mas também para o desenvolvimento educacional da criança, não se pode restringir o direito a condições dignas do mantimento de saúde, liberdade e educação de um ser como se se tratasse de uma extensão de direitos de outrem. Sendo assim, vale a ressalva de que garantir direitos a crianças que estão encarceradas com suas progenitoras não diminui suas penas, isso pouco ou nada tem a ver com a transgressão da mãe e sim sobre a garantia de direitos humanos na infância.

De fato, trata-se de um direito fundamental e social de suma importância que brinda com outras garantias, como a saúde [da mãe e do infante], a liberdade e a educação, mas que carece de atenção do Poder Público.

3.3 Do Direito à Assistência Religiosa aos Presidiários

O direito à assistência religiosa/espiritual facultativa é pouco mencionado pelas constituições estaduais, e não contemplado pela Constituição Federal.

As constituições dos estados de Minas Gerais, Pará, Paraíba, Santa Catarina e Sergipe são alguns exemplos inclusivos a respeito dessa garantia, conforme demonstrado no levantamento de dados (itens 2.1 a 2.5 do presente artigo).

3.4 Do Direito à Proteção da Floresta Amazônica

A Constituição do Estado do Amazonas, entre todas as constituições estaduais, é a que mais se destaca no quesito de adaptação às particularidades regionais. Se sobressaem duas: a primeira, abarcada no artigo 2º, inciso VII, compreende a garantia do direito social à educação, de modo a preservar e a ressaltar a identidade cultural do povo amazonense; e a segunda está voltada para a proteção da Floresta Amazônica.

O Amazonas é estado brasileiro que mais abrange o território da Floresta Amazônica destina em sua constituição (artigo 2º, inciso III) a proteção e o aproveitamento racional da Floresta Amazônica: “[...] são objetivos prioritários do Estado, entre outros: [...] a defesa da Floresta Amazônica e o seu aproveitamento racional, respeitada a sua função no ecossistema” (Amazonas, 2023, art. 2º).

Acerca da importância da preservação da Floresta Amazônica, o deputado estadual do Amazonas, Wilker Barreto (No Dia [...], 2023), destaca o seguinte:

[...] é preciso informar e alertar a sociedade sobre as ameaças constantes. Assim, faço este destaque quanto a Floresta Amazônica em pé, que através dos rios voadores permite o ciclo das chuvas, e isso envolve diretamente a Zona Franca de Manaus, um modelo econômico ambiental. Sem a ZFM, teríamos a migração direta para o extrativismo e, nós temos estudos já publicados, numa correlação direta que isto prejudicaria o clima de outros estados [...]. O mundo precisa entender que a Amazônia presta um serviço ecológico à nível global e sua conservação também é de uma importância essencial para a estabilidade do planeta. Atacar o bioma é atentar contra a nossa qualidade de vida e a das gerações futuras, por isso que a preservação da Amazônia precisa ser uma pauta de todos.

Nesse sentido, o direito à proteção da Floresta Amazônica, tipicamente difuso, trata-se não tão somente de um direito social voltado para o povo amazonense, mas a todos que subsistem da Floresta Amazônica e, no âmbito geral, para toda a população brasileira e internacional que

é afetada pela hidrografia e pelas águas pluviais. Cabe destacar que a Floresta Amazônica não abrange apenas o território brasileiro, mas também território internacional, compreendendo parte do território dos seguintes países: Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Venezuela, Suriname e Guiana Francesa.

3.5 Do Direito à Felicidade

Por fim, o mais curioso direito e pouco difundido no âmbito constitucional positivado, mas bastante aberto à discussão doutrinária e jurisprudencial; contemplado no rol de direitos fundamentais da Constituição do Estado da Paraíba (artigo 2º, inciso VII), a busca da felicidade é de extrema importância, eis que atrelado indissoluvelmente aos demais direitos fundamentais, baseados no princípio da dignidade da pessoa humana. *In verbis*:

São objetivos prioritários do Estado: [...] garantia dos direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, dentre eles, o bem-estar, a educação, a saúde, a seguridade social, o ensino, a habitação, o transporte, o lazer, a alimentação, a segurança, a proteção à maternidade, à infância e à velhice, e a assistência as pessoas desabrigadas por determinação do Poder Público, para atender necessidade de interesse da coletividade, e vítimas de desastres naturais [...] (Paraíba, 2023, art. 2º)

Acerca do reconhecimento do princípio felicidade como direito fundamental, fundamentam Rates e Mendonça (2019, p. 44):

É certo dizer que a busca da felicidade é um direito inalienável – que não pode ser doado, vendido ou entregue –, sendo que os governos foram encarregados de protegê-lo e de auxiliar os cidadãos a persegui-los, de encontrá-los, sugerindo uma relação entre as pessoas, o governo e os fins morais que devem reinar entre ambos, que por vezes pode ser flagrantemente contraditório com o liberalismo moderno que impera na atualidade, onde o Estado atual pensa insistentemente em deixar o mercado se regular, esquecendo-se que o mercado não possui

sentimentos, que o mercado não promove ações, que o mercado não está sensível as vontades individuais, que o mercado não produz a efetiva felicidade. Tudo isso pode parecer uma observação histórica singular. No entanto, pode haver uma importação constitucional mais prática em um futuro não muito distante, onde chegaremos à conclusão de que o que importa é realmente ser feliz.

A “felicidade”, entretanto, não se traduz como o sentimento de estar alegre e saltitante 24 horas por dia, visto que situações cotidianas, por exemplo, a perda de alguém querido, as frustrações no trabalho ou o término de um relacionamento, são ocasiões intangíveis e fora do controle do ente estatal. Logo, a frustração acometida por situações como essas não poderiam ser passíveis de responsabilidade do Poder Público.

O princípio da busca pela felicidade questionado pela doutrina diz respeito ao dever do Estado em proporcionar ao seu povo felicidade. Essa felicidade, no entanto, se origina da proteção estatal dos direitos e das garantias individuais e coletivas, sociais, etc. Logo, a garantia de saúde, educação, previdência social, moradia, lazer, etc., vinculados à dignidade da pessoa humana, proporciona ao ser humano felicidade.

4 Considerações Finais

Em síntese, o panorama delineado revela que os constituintes estaduais possuem um catálogo próprio de direitos fundamentais, além daqueles estabelecidos pela Carta Magna Federal. Dessa forma, tais direitos não se restringem a reproduzir os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal, mas detêm de uma sutil originalidade na construção de adendos peculiares às necessidades inerentes ao estado que representam.

Ademais, verificou-se a existência de direitos fundamentais que vigoram no Brasil mesmo não sendo positivados pela lei maior, seja para complementar, emendar ou até mesmo para suprir uma omissão legislativa.

De todo modo, a identificação de direitos fundamentais que operam no Brasil, mesmo sem estarem expressamente previstos na Constituição Federal, ressalta a importância da interpretação dinâmica e evolutiva dos direitos humanos que não se restringem ao texto legal, mas se fundamentam em princípios e em valores universais.

Por fim, esta análise não apenas enriquece o debate sobre os direitos fundamentais, mas também evidencia a vitalidade e a capacidade adaptativa do sistema jurídico brasileiro para enfrentar os desafios contemporâneos.

Referências

- ACRE. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Acre**. Rio Branco: Assembleia Legislativa do Estado do Acre, 2023.
- ALAGOAS. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Alagoas**. Maceió: Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas, 2023.
- AMAPÁ. [Constituição (1991)]. **Constituição do Estado do Amapá**. Macapá: Assembleia Legislativa do Estado do Amapá, 2023.
- AMAZONAS. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Amazonas**. Manaus: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, 2023.
- BAHIA. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado da Bahia**. Salvador: Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, 2023.
- BITTENCOURT, José. **Projeto de Lei n. 730 /2012**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1111743>. Acesso em: 10 jul. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CEARÁ. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Ceará**. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2023.
- ESPÍRITO SANTO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Espírito Santo**. Vitória: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, 2023.
- GOIÁS. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Goiás**. Goiânia: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, 2023.

GORZIZA, Amanda; PILAR, Vitória; BUONO, Renata. Só 16% das unidades prisionais do Brasil têm berçários e apenas 3% têm creches. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 ago. 2023. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/so-16-das-unidades-prisionais-do-brasil-tem-bercarios-e-apenas-3-tem-creches/>. Acesso em: 22 nov. 2023.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins dos limites verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis, SP: Editora Vozes, 2001.

MARANHÃO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Maranhão**. São Luís: Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, 2023.

MATO GROSSO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Mato Grosso**. Cuiabá: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso, 2023.

MATO GROSSO DO SUL. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul**. Campo Grande: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul, 2023.

MINAS GERAIS. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2023.

NO DIA da Amazônia, deputado Wilker Barreto destaca a importância dos “rios voadores” gerados pela floresta, para a manutenção do ciclo das chuvas no País. **Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas**, Manaus, AM, 5 set. 2023. Disponível em: <https://www.aleam.gov.br/no-dia-da-amazonia-deputado-wilker-barreto-destaca-a-importancia-dos-rios-voadores-gerado-pela-floresta-para-a-manutencao-do-ciclo-das-chuvas-no-pais/>. Acesso em: 15 nov. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2016.

O DIREITO Humano à Água e ao Saneamento. **Programa da Década da Água da ONU – Água sobre Advocacia e Comunicação**. Zaragoza, Espanha, 2015. Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf. Acesso em: 2 jan. 2024.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n. 64/A/RES/64/292, Assembleia Geral**. 2010. (Resolução adotada pela Assembleia Geral [das Nações Unidas] em 28 de julho de 2010. 64/292. O direito humano à água e ao saneamento (2010). Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n09/479/38/pdf/n0947938.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024

PARÁ. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Pará**. Belém: Assembleia Legislativa do Estado do Pará, 2023.

PARAÍBA. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado da Paraíba**. João Pessoa: Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, 2023.

PARANÁ. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Paraná**. Curitiba: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, 2023.

PERNAMBUCO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Pernambuco**. Recife: Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, 2023.

PIAUÍ. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Piauí**. Teresina: Assembleia Legislativa do Estado do Piauí, 2023.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos Fundamentais Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 12, n. 46, p. 126-140, 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf. Acesso em: 4 out. 2023.

RATES, Alexandre Waltrick; MENDONÇA, Pedro José Alcântara. **A proteção do princípio da felicidade como o princípio dos princípios**. Alicante, Espanha: Universidad de Alicante, 2019. 19p. (artigo, doutorado, Curso de Ciência Jurídica).

RIO DE JANEIRO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2023.

RIO GRANDE DO NORTE. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Rio Grande do Norte**. Natal: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 2023.

RONDÔNIA. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Rondônia**. Porto Velho: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, 2023.

RORAIMA. [Constituição (1991)]. **Constituição do Estado de Roraima**. Boa Vista: Assembleia Legislativa do Estado de Roraima, 2023.

SANTA CATARINA. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 2023.

SÃO PAULO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de São Paulo**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2023.

SERGIPE. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Sergipe**. Aracaju: Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, 2023.

SGARBOSSA, Luís Fernando; BITTENCOURT, Laura Carelli. Os 30 Anos das Constituições Estaduais no Brasil e os Direitos Fundamentais Estaduais. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 4, n. 1, p 90-116, ago. 2019. Disponível em: <https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/download/21/21/40>. Acesso em: 9 out. 2023.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2005.

SÓFOCLES. **Antígona**. 1. ed. Porto Alegre, RS: L&PM Pocket, 1999.

TEODORO, Deliane Nascimento; HADDAD, Lenira. O direito a creches em penitenciárias femininas no Brasil. In: IX SEMANA INTERNACIONAL DE PEDAGOGIA. Maceió, AL, Universidade Federal de Alagoas, 2022. **Anais [...]**. Maceió, AL, 2022. 6p. Disponível em: <https://doity.com.br/anais/ix-semana-internacional-de-pedagogia/trabalho/267778>. Acesso em: 22 nov. 2023.

TOCANTINS. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Tocantins**. Palmas: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins, 2023.

Mateus Lardini Merlini

Acadêmico graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

E-mail: mateus.lardini@gmail.com

Endereço profissional: Avenida Santo Antônio, n. 1.778, Centro, Bandeirante, SC.
CEP: 89905-973.

Recebido em: 03/06/2024

Aceito em: 26/08/2024

Como referenciar este artigo

MERLINI, Mateus Lardini. Direitos Fundamentais nas Constituições Estaduais do Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 177-203, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Direitos Fundamentais Relativizados e Proibição do Retrocesso Social: limites e restrições não expressamente autorizados pela Constituição

Rafael do Nascimento¹

¹Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo científico teve como objetivo estudar a relativização dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, em um primeiro momento, há a preocupação em discutir sobre a diferenciação entre os limites e as restrições aos direitos fundamentais. Posteriormente, admitida a possibilidade de relativização de um determinado direito fundamental, chega-se ao ponto de investigação em que se estabelecem os requisitos para a configuração da proibição de retrocesso social. Quanto à metodologia, foi utilizado o método indutivo, sendo utilizadas, nas diversas fases da pesquisa, as técnicas do referente, da categoria, e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Relativização de direitos; Constituição; Proibição de retrocesso social.

Relativized Fundamental Rights and the Prohibition of Social Regression: limits and restrictions not expressly authorized by the Constitution

Abstract

The aim of this scientific article is to study the relativization of fundamental rights. In this respect, it is first concerned with differentiating between limits and restrictions on fundamental rights. Subsequently, once the possibility of relativizing a given fundamental right has been admitted, we arrive at the point of investigation in which the requirements for the configuration of the prohibition of social retrogression are established. As for methodology, the inductive method was used, with the techniques of reference, category and bibliographical research being used in the various phases of the research.

Keywords: Fundamental rights; Relativization of rights; Constitution; Prohibition of social regression.

1 Introdução

O presente artigo tem como tema central a figura da relativização dos direitos fundamentais, definindo-os como limitados e sujeitos, eventualmente, a alterações. Dentro desse contorno, a pesquisa investiga se a diminuição dos níveis de efetivação desses direitos por medidas legislativas representa retrocesso social.

Para tanto, primeiro são evidenciados os limites e as restrições aos direitos fundamentais, traçando-se uma premissa de que a sua relativização é provocada por ações normativas que afetam desfavoravelmente o conteúdo ou o efeito de proteção de um direito fundamental previamente delimitado.

Após, diante da relativização de um determinado direito fundamental, chega-se ao ponto de investigação em que se estabelecem os requisitos para a configuração da proibição de retrocesso social.

Tal pesquisa utiliza o referente: conhecimentos e reflexões úteis para a minha futura tese de doutoramento, cujo tema é o redimensionamento do Estado de Bem-Estar Social, com base na sustentabilidade e na equidade intergeracional como meio de efetivação dos direitos sociais para as gerações presente e futuras.

O tema da presente pesquisa mostra-se relevante para a Advocacia Pública, na medida em que, no Estado Democrático de Direito e Social, a atuação do Poder Público deve ser sempre direcionada e legitimada pelos valores materiais constitucionais. Assim, a Advocacia Pública, como instituição garantidora desse modelo de Estado, deve ter sua atuação moldada em favor da proteção dos direitos fundamentais sociais.

Quanto à metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógico-dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, serão utilizadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

2 Limites e Restrições aos Direitos Fundamentais¹

Ao tratar sobre a mitigação dos direitos fundamentais, há dois pontos preliminares que devem ser destacados.

O primeiro consiste na ideia já conhecida de que os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados, premissa que dá sustentação ao início da presente pesquisa.

Não o são na sua dimensão subjetiva, porque: os preceitos constitucionais não delegam para o arbítrio do titular a determinação do grau de satisfação do seu respectivo interesse; e é inevitável a conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros. Também não são absolutos como valores constitucionais, porquanto a Constituição não se restringe a reconhecer o valor da liberdade, ligando os direitos a uma percepção de responsabilidade social e integrando-os no conjunto de valores comunitários. Assim, além dos limites internos – também denominados de limites imanentes, os quais traduzem as fronteiras dos direitos fundamentais definidas pela própria Constituição que os cria –, os direitos fundamentais também sofrem limitações externas, pois terão de conciliar as suas naturais exigências com as imposições da vida em sociedade, a exemplo da ordem pública, da solidariedade, da segurança nacional, entre outros (Andrade, 2012, p. 263).

De fato, quando o constituinte consagra um direito fundamental com elevado grau de indeterminação e de generalidade, não há possibilidade de prever, enumerar e regular exaustivamente todas as situações da vida real, nas quais o bem protegido pelo direito pode vir a ser preterido por razões determinadas pela necessidade de proteger outros bens igualmente legítimos ou por impossibilidades fáticas (Novais, 2012, p. 87-88). Por consequência, há o reconhecimento implícito de que o direito fundamental é limitável.

O segundo aspecto preliminar está consubstanciado na existência de diferença doutrinária entre os conceitos de limites e de restrições.

¹ Segundo Martins Neto (2003, p. 123), considerando a ordem nacional, verdadeiros direitos fundamentais serão somente aqueles que: a) configurarem relações de atribuição entre bens e pessoas, geradas segundo normas jurídicas positivas; e b) estiverem sob o pálio da cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse ponto, a precisão terminológica é inafastável², pois, não raras vezes, os termos em questão são utilizados de forma indiscriminada, conquanto, analiticamente, apresentem incompatibilidade entre si.

Assim, segundo Andrade (2012, p. 265), o conceito de limite ao direito fundamental está relacionado às fronteiras preexistentes de seu conteúdo, que são definidas, implícita ou explicitamente, pela própria Constituição. Ao contrário, a restrição aos direitos fundamentais é vista como uma intervenção externa que suprime ou diminui o conteúdo desses direitos, seja pela atuação abstrata do legislador, seja por meio da decisão judicial concreta.

Tal distinção é tratada por Alexy (2015, p. 277-278) quando afirma que:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida desta forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido.

[...]

Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo.

Na lição de Paula (2010, p. 46), é possível identificar de alguma forma a ideia de restrição como algo que é externo ou que se impõe externamente ao direito – ou ao seu conteúdo predeterminado –, valendo exatamente o oposto para a concepção de limite.

Feitos tais apontamentos iniciais, é possível verificar que o exercício dos direitos fundamentais se apresenta no cotidiano das pessoas de maneira silenciosa, de modo que, imperceptivelmente, baliza os valores mais importantes da pessoa humana e, muitas vezes, as situações mais comezinhas das relações público-privadas e interpessoais.

² Em sentido contrário, pode-se mencionar o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 400-401), que não observa rigorosamente tal distinção em sua obra, aplicando os conceitos de limite ou de restrição para a mesma situação apresentada.

Por outro lado, eventualmente, os direitos fundamentais podem ser restringidos em virtude de determinadas circunstâncias. Tal afirmação pode ser extraída da própria norma constitucional, pois, por exemplo, ao mesmo tempo que a Constituição protege a inviolabilidade de domicílio, esse direito pode ser restringido na ocorrência de flagrante delito ou desastre no seu interior (Brasil, 1988, art. 5º, XI); o exercício do direito de propriedade está condicionado ao atendimento da sua função social (Brasil, 1988, art. 5º, XXII e XXIII). Também o direito de reunião, que é plenamente garantido, pode sofrer restrição em casos de uso de armas, e para o caso de frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local (Brasil, 1988, art. 5º, XVI).

Nessa perspectiva, o poder constituinte, prevendo a possibilidade de ocorrência e de conflitos de interesses, tratou de limitar, direta e expressamente, o exercício do direito assegurado pela ordem jurídica, como também de estabelecer que determinados direitos fundamentais, *prima facie*, dadas as circunstância e as necessidades, sejam restringidos indiretamente, por norma infraconstitucional, como forma de compatibilizar os direitos individuais perante os bens coletivos (Soares, 2011, p. 65).

Percebe-se, assim, segundo Pérez Luno (2012, p. 18), a presença da interconexão orgânica e finalista no sistema dos direitos fundamentais, visto que a sistematicidade opera como uma garantia de segurança jurídica nos ordenamentos jurídicos mais evoluídos, pois permite conhecimento, interpretação e aplicação do direito, com base em critérios precisos e rigorosos, em detrimento do arbítrio ou do acaso.

Tal pensamento ganha relevância quando se trata de aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, visto que, a exemplo de outros princípios, a sua utilização inadequada pode representar um atraso na efetivação dos direitos fundamentais como sistema.

De fato, com relação às espécies de restrições, registra-se consenso no reconhecimento de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma infraconstitucional editada com fundamento na Constituição.

Nos casos em que a própria Constituição demarca o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais, sem a necessidade de intervenção legislativa, entende-se que a restrição ocorre de forma expressa e

direta. É o caso, repita-se, do artigo 5º, inciso XI, em que a Constituição autoriza que pessoas se possam se reunir pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. Da mesma forma, quando assenta, no artigo 5º, inciso XI, que

[...] a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (Soares, 2011, p. 67).

Já no campo das designadas restrições indiretas, as quais são restrições estabelecidas por lei com fundamento em autorizações constitucionais, há que enfrentar a problemática das reservas legais, que, em termos gerais, podem ser definidas como disposições constitucionais que autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais (Sarlet, 2012, p. 401).

Tais reservas costumam ser classificadas em dois grupos, as reservas legais simples e as reservas legais qualificadas. Aquelas distinguem-se por autorizarem o legislador a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem estabelecer pressupostos a serem observados, implicando, portanto, a atribuição de uma competência mais ampla de restrição. Como exemplo, cita-se o artigo 5º, LVIII, da Constituição da República de 1988: “[...] o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” (Brasil, 1988, art. 5º). Já as reservas legais qualificadas têm como traço distintivo o fato de estabelecerem pressupostos ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais, a exemplo do tratamento constitucional conferido ao sigilo das comunicações telefônicas (Brasil, 1988, art. 5º, XII):

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (Sarlet, 2012, p. 401-402).

Nesse contexto, percebe-se que as restrições são atuações normativas do poder público que modificam o conteúdo dos direitos fundamentais e que, do ponto de vista da sua dimensão subjetiva, são desvantajosas ou negativas para os titulares dos respectivos direitos (Novais, 2010, p. 227), traduzindo uma redução ou eliminação do conteúdo objetivo do direito fundamental e restringindo o seu âmbito de proteção.

Dentro dessa afirmação, três pontos prevalecem na caracterização doutrinária da restrição de direitos fundamentais: a) a presença de uma atuação estatal; b) o seu caráter normativo; e c) o efeito de compressão do conteúdo previamente delimitado de um direito fundamental. Em síntese, as restrições são, por conseguinte, ações normativas que afetam desfavoravelmente o conteúdo ou o efeito de proteção de um direito fundamental previamente delimitado (Alexandrino, 2006, p. 470).

Quanto à fonte das restrições de direitos fundamentais, Alexandrino (2006, p. 479-480) destaca que:

[...] não parece que a restringibilidade dos direitos decorra, primeiramente, nem da estrutura das normas (como pretende a teoria dos princípios), nem de uma reserva geral imanente de ponderação (como pretende Jorge Reis Novais), mas talvez antes da *rede de relações e projecções de sentido estabelecida* – por força da Constituição, por força da natureza das coisas, por força da interdependência entre as diversas dimensões da liberdade, por força da inevitável interação das diversas esferas jurídicas e dos diversos interesses (particulares e da comunidade) na esfera social, por força da necessidade de cooperação social, por força do papel de garante a desempenhar pelo Estado (*Staat als Garant*), enfim, por referência ao valor supremo da Justiça – *entre as diversas “normas de garantia”* (ou seja, entre os direitos e entre os direitos e outros bens e interesses): tal como os efeitos de uma norma não se esgotam nela própria (as consequências jurídicas impostas por uma norma de direito fundamental não estão em geral, sequer, previstas no texto constitucional), quando devidamente concebidos, os direitos não se resumem a si próprios, já que nasceram em contexto, vivem em contexto e se projectam

em contexto. Esse contexto é dado pelas exigências de realização e operação – com a correspondente eficácia (*Grundrechtlicher Wirkungsradius*) e redução de eficácia (*Normwirkungsreduktion*) – do conjunto de normas de garantia, a partir da configuração que estas lograram obter no texto constitucional.

Corroborando as considerações acima, ao menos no que refere à negação de uma reserva geral imanente de ponderação³, tem-se o entendimento de Andrade (2012, p. 280), o qual destaca que não se pode conceber a existência de uma reserva geral imanente de ponderação fundada no entendimento de que a referência à autorização constitucional da restrição legislativa constituiria apenas uma advertência para justificação da restrição, cuja ausência poderia ser superada pela natureza das coisas, tornando inevitável a restrição de direitos para além dos casos expressamente previstos no texto constitucional.

O mesmo doutrinador esclarece que não parece defensável que, por um lado, exija-se a autorização de restrição expressa, em nome da segurança jurídica e, por outro, admita-se a intervenção legislativa limitadora *a posteriori*, quando esteja em causa um conflito entre direitos fundamentais, mesmo para além das situações de limites imanentes. A admissão da intervenção legislativa relativamente a direitos consagrados em preceitos constitucionais sem limites explícitos *a priori*, com base numa espécie de reserva geral de colisão, tal como se defende na Alemanha, seria defraudar o preceito constitucional, entendido no sentido de estabelecer a necessidade de autorização expressa da restrição (Andrade, 2012, p. 280).

Não obstante o entendimento dos doutrinadores citados acima, nesse ponto, merece relevância a tese desenvolvida por Novais (2010, p. 569), segundo a qual a reserva geral imanente de ponderação busca compatibilizar, de um lado, a interpretação que os poderes constituídos fazem do interesse público e, de outro lado, as garantias decorrentes da liberdade individual, sendo o pressuposto que justifica as restrições aos direitos fundamentais pelo Estado, ainda que em situações não expressamente autorizadas pelo texto constitucional.

3 Sobre a figura da reserva geral imanente de ponderação, ver: Novais (2010, p. 569-581).

De fato, o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade e de José de Melo Alexandrino merece ser refutado, porquanto, reiteradamente, os conflitos acerca da proteção dos direitos fundamentais surgem e reclamam uma solução pragmática, que privilegie a coletividade, em detrimento da individualidade, independentemente da previsão legislativa para tal. Dito de outra forma, em respeito ao princípio democrático, abre-se espaço para a restrição de direitos, quando a sua proteção já não atenda, temporária ou permanentemente, a sua finalidade inicial ou no caso de conflito com outro direito ou valor considerados mais valiosos. Nessa perspectiva, a adoção da reserva geral imanente de ponderação proporciona o efetivo controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, colocando a ponderação como baliza do Estado Democrático de Direito.

Do ponto de vista legal, é cediço que a Constituição de Portugal de 1976 estabelece requisitos de validade das leis restritivas de direitos, assim descritos: a) a lei só pode restringir os direitos nos casos expressamente previstos na Constituição; b) as restrições têm de limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; c) as leis restritivas têm de revestir carácter geral e abstrato; d) a medida prejudicial não pode ter efeitos retroativos; e e) a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais devem ser preservados (Portugal, 1976, art. 18, n. 2 e 3).

Contudo, os pressupostos de vinculação dos órgãos do Estado ao cumprimento da Constituição e da aplicação direta das normas de direitos fundamentais, bem como o fato de o texto da Constituição Portuguesa não reconhecer a possibilidade de restrição que não esteja expressamente prevista, como visto acima, não abala a legitimidade constitucional das restrições de direitos fundamentais na forma preconizada por Novais (2010, p. 569).

No Brasil, por sua vez, a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição encontra ainda mais espaço, uma vez que não há dispositivo constitucional que impeça claramente o legislador ordinário de restringir direitos fundamentais, ao contrário do que ocorre nas Constituições da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978).

Ainda assim, segundo Paula (2010, p. 39), uma pequena parcela da doutrina convencionou adotar o artigo 5º, II, da CRFB/88 como cláusula proibitiva de restrição, nominando-o como princípio geral da reserva legal, segundo o qual: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988, art. 5º). Tal norma, todavia, ao que parece, não é capaz de atuar como cláusula proibitiva de restrição, tendo em vista que as restrições de direitos fundamentais, aqui tratadas, são decorrentes, propriamente, da atuação do legislador infraconstitucional.

Contudo, impende destacar que o legislador não pode, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização arbitrária, afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. Assim, como já deflui do próprio texto, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido (Sarlet, 2004, p. 155).

Visto isso, importa avançar no que diz respeito à construção de alguns critérios que viabilizem uma solução constitucionalmente adequada e equânime no âmbito da aferição dos limites da aplicação do princípio da proibição de retrocesso.

3 Requisitos para a Configuração do Retrocesso Social

A proibição de retrocesso social, doutrinariamente, aparece estampada sob diversas denominações. Em alguns países, fala-se do princípio de *stand still*, que traduz a ideia de imobilidade, a exemplo da Bélgica. Na França, utiliza-se a qualificação de efeito *cliquet* (trava) ou regra do *cliquet anti-retour* (trava antirretorno). No direito anglo-saxão, encontra-se a expressão *eternity clause* ou *entrenched clause* (Priour, 2012, p. 13-14). No Brasil e em Portugal, fala-se, ainda, acerca da não reversibilidade dos direitos fundamentais e da vedação ou proibição do retrocesso social⁴.

⁴ No presente trabalho, tais expressões serão empregadas indistintamente, porquanto,

A investigação acerca da proibição do retrocesso em diversos países denuncia a tentativa de conter o quadro de insegurança social trazida pelo fenômeno da globalização, o qual privilegia o mercado de escala global, em detrimento das políticas sociais, econômicas e sociais desenvolvidas no espaço de soberania estatal.

Nesse contexto, tem-se o ambiente do Estado alemão como precursor das manifestações de aceitação do princípio em discussão, principalmente porque o largo catálogo de direitos prestacionais previstos na Constituição de Weimar, ainda estava presente na consciência coletiva do povo germânico, quando da promulgação da Lei Fundamental de Alemanha de 1949.

De fato, o tema da proibição de retrocesso social na Alemanha surgiu em razão da crise do Estado providência consistente na tensão entre a decrescente capacidade prestacional do Estado e a crescente demanda por prestações sociais. As transformações do mundo e os efeitos da globalização interferiram no modelo do Estado, gerando incerteza e insegurança sobre a manutenção de direitos sociais de cunho prestacional. Reivindicou-se, pois, justiça social e estabilidade no campo da seguridade social, em contraposição às alterações operadas nos regimes de previdência. Nesse ambiente, investigava-se se, no âmbito constitucional, a preservação dos direitos sociais prestacionais estaria garantida, como seria operacionalizada e qual seria seu alcance (Derbli, 2007, p. 140).

Tais indagações motivaram a doutrina precursora de Canotilho (2003, p. 339-340), o qual esclareceu que o princípio da proibição de retrocesso social consiste no fato de que a realização do núcleo essencial de direitos fundamentais por medidas legislativas infraconstitucionais não pode ser anulada, revogada ou aniquilada, sem esquemas compensatórios de manutenção da consolidação do direito social, sob pena de caracterização de inconstitucionalidade. Em outras palavras, a liberdade de conformação do legislador encontra limite no núcleo essencial já confirmado.

Coloca-se, assim, o princípio da proibição de retrocesso social como manifestação maior de respeito aos direitos fundamentais,

pragmaticamente, representam a impossibilidade, em determinadas situações, de regressão ou de eliminação do status quo estabelecido sobre determinado direito fundamental.

cogitando um princípio que vedasse retrocessos operados por atuações estatais de natureza distinta. Nessa esteira, todos os direitos fundamentais estariam salvos de medidas aniquiladoras de seu conteúdo (Netto, 2010, p. 111).

Na mesma linha de pensamento, tem-se a doutrina de Queiroz (2006, p. 116), segundo a qual:

Concretamente, o princípio da “proibição do retrocesso social” determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma “lei de proteção”, a acção do Estado, que se consubstanciava num “dever de legislar”, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar essa lei*.

Dessa forma, Sarlet (2012, p. 459) esclarece que a proibição de retrocesso social assume a roupagem de princípio constitucional fundamental implícito, que deve ser reconhecido tanto no Estado de Direito – no âmbito da proteção da confiança e da segurança jurídica – quanto no Estado Social – garantindo graus mínimos de segurança social já alcançados –, pois corolário da máxima efetividade das normas de direitos fundamentais, assim como da dignidade da pessoa humana.

Para o referido autor, não há dúvida de que os preceitos constitucionais relativos a direitos fundamentais sociais implicam garantia de estabilidade das posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizá-los (Sarlet, 2012).

Essa garantia está escalonada e abrange o grau: a) mínimo, que reside na proibição de simplesmente destruir tais posições, na medida em que assim se ponha em causa o nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana; b) intermediário, que está ligado ao princípio da proteção da confiança, exigindo que o ato restritivo esteja fundamentado em um valor que, no caso concreto, revele-se mais forte do que a irreversibilidade; e c) máximo, o qual é atingido quando as concretizações legais devam ser consideradas materialmente constitucionais (Andrade, 2012, p. 378).

Com base nessa classificação, admite-se um processo de transformação constitucionalizante de normas infraconstitucionais, fundamentado na consciência jurídica geral, pois entende que a evolução da Constituição pode ocorrer a ponto de densificar e de determinar o conteúdo dos direitos sociais. Contudo, Andrade (2012, p. 379-380) esclarece que isso não implica aceitação de um princípio geral de proibição de retrocesso e nem uma eficácia irradiante dos preceitos relativos aos direitos fundamentais sociais, como se fossem um bloco constitucional dirigente. Primeiro porque a limitação do poder de disposição do legislador constitui a exceção, e não a regra, visto que para o enraizamento da obrigatoriedade constitucional na consciência jurídica geral é necessário um consenso profundo e alargado que demanda tempo a formar-se e que não atinge pormenores de regulamentação. Segundo porque não se pode aceitar que os preceitos de direitos fundamentais sociais possam ser interpretados como um caminho que os homens têm que inexoravelmente percorrer na sua marcha para a Sociedade justa.

Em resumo, é possível afirmar que a proibição de retrocesso social pode ser suscitada apenas nas hipóteses de: a) revogação de lei conformadora de direitos sociais sem a devida substituição, atingindo o núcleo rígido do direito, em razão do grau mínimo de estabilidade das posições jurídicas – já mencionado acima; b) elaboração de medida retrocessiva desarrazoada, uma vez que o princípio da proteção da confiança exige que o ato restritivo esteja fundamentado em um valor mais forte do que a irreversibilidade, estando tal hipótese relacionada ao grau intermediário de estabilidade; e c) revogação de lei materialmente constitucional, porquanto esse tipo de norma atinge o grau máximo de garantia de estabilidade das posições jurídicas.

Em posição semelhante, Novais (2010, p. 134-138) assevera que não se pode impor ao legislador uma proibição de retrocesso que coloca os níveis atingidos de realização de direitos sociais prestacionais a salvo de qualquer reversibilidade. A recusa, para o autor, da validade incondicionada de um princípio com tal conteúdo, baseia-se na reserva do possível, na autorreversibilidade das leis e na alternância democrática, permitindo ao legislador uma discricionariedade quase plena ao tratar sobre direitos sociais, sendo sempre norteado pela proibição de

arbítrio e pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Acrescenta que apenas quando o direito estiver fortemente enraizado na consciência jurídica universal é que o legislador ordinário não poderá eliminar o nível de concretização já atingido, o que significa dizer que, em regra, prevalece a decisão do legislador.

No mesmo sentido, tem-se a lição de Alexandrino (2006, p. 610-611), que, ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, defende a inexistência de um princípio geral de proibição de retrocesso social. Isso porque os direitos econômicos, sociais e culturais são essencialmente direitos a prestações, cujo conteúdo pressupõe uma tarefa de concretização e de mediação do legislador e cuja efetividade é dependente da chamada reserva do possível e também de uma realização integrada de todos os direitos econômicos, sociais e culturais. Esses direitos fundamentais, por proporcionarem diferentes opções a serem realizados de forma gradual, envolvem, necessariamente, a liberdade construtiva do legislador. A vinculatividade temperada das normas em questão é decorrente: da possibilidade de analogia, em alguns aspectos, com direitos fundamentais de defesa; da afirmação de um eventual conteúdo mínimo; da casual presença de imposições precisas e determinadas; da eventual existência de cláusulas específicas da proibição de retrocesso⁵; e, remotamente, de um princípio constitucional da proibição de retrocesso social.

Não obstante todas as nuances acerca da proibição de retrocesso social apresentadas até aqui, em verdade, tal princípio deve ser analisado à luz da Função Social do Estado Contemporâneo, a qual implica ações que o Poder Público tem a obrigação de executar, respeitando seu sujeito, objeto e objetivos, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do Ser Humano (Pasold, 2013, p. 52).

⁵ De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, há preceitos constitucionais que contêm cláusulas específicas, proibitivas de reversibilidade do nível de concretização do direito social, a exemplo do artigo 74, n. 2, e, da Constituição portuguesa, segundo o qual na realização da política de ensino, incumbe ao Estado estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino (Portugal, 1994). Na constituição brasileira, pode-se encontrar norma semelhante, que destaca o dever do Estado em garantir a progressiva universalização do ensino médio gratuito (Brasil, 1988, art. 208, II).

4 Considerações Finais

A história evolutiva do reconhecimento e da proteção dos direitos fundamentais deve ser analisada sob a ótica do nível crescente de respeito às liberdades individuais, da obrigação de prestações por parte do poder público, bem como da vontade de assegurar a higidez de determinados direitos para as gerações presentes e futuras.

Certamente, as aspirações ocorrem de forma linear e progressiva, de modo que qualquer medida tendente à mudança de direção merece análise prudente, não devendo ser vista como natural.

Por outro lado, é importante frisar que determinadas regressividades na efetivação de direitos fundamentais não representam afronta à Constituição, desde que devidamente justificadas, como já explicitado na presente pesquisa.

No que tange à relativização de direitos fundamentais conjugada com a proibição de retrocesso social, percebe-se que a matéria em estudo é pouco debatida pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Nessa perspectiva, o presente trabalho tem por função dar corpo ao entendimento que prioriza a manutenção de níveis aceitáveis de prestações sociais, sem abandonar por completo a possibilidade excepcional de reversibilidade de direitos fundamentais.

Referências

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estrutura do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2006. v. II.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí, SC: Univali, 2013.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendencias Atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado e Editora, 2012.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL. Brasília: Senado Federal, 2012. **Anais [...]**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 6 maio 2024.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão n. 148/94**. Relator Guilherme da Fonseca, Lisboa. Em 3 de maio de 1994. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 8 maio 2024.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004, p. 121-168.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

Rafael do Nascimento

Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí e pela Universidade de Alicante, Espanha. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí e pela Universidade de Alicante, Espanha. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

E-mail: rafael@pge.sc.gov.br

Endereço profissional: Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, Av. Pref. Osmar Cunha, n. 220, Centro, Florianópolis, SC. CEP: 88015-100.

Recebido em: 10/06/2024

Aceito em: 22/08/2024

Como referenciar este artigo

NASCIMENTO, Rafael do. Direitos Fundamentais Relativizados e Proibição do Retrocesso Social: limites e restrições não expressamente autorizados pela Constituição. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 205-221, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Governança das Águas no Brasil: desafios e perspectivas para a Sustentabilidade Ambiental

Nataniel Martins Manica¹

Uziel Nunes de Oliveira²

¹Procuradoria-Geral do Estado, Blumenau, SC, Brasil

²Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Jaraguá do Sul, SC, Brasil

Resumo

O objetivo desta pesquisa foi fomentar a discussão sobre a governança ambiental das águas no Brasil, destacando os pontos relevantes ao tema com o intuito de conectar o conceito adotado de governança ambiental à prática efetiva, elucidando aspectos gerais, problemáticas e benefícios. Apresenta-se uma concepção de governança global que ganhou credibilidade entre estudiosos das ciências sociais e entre formuladores de políticas a partir do término dos anos de 1980. Surge, assim, a proposta de governança das águas no Brasil, destacando a importância da gestão integrada e equitativa dos recursos hídricos. A pesquisa apresenta essa consideração de governança ambiental aplicada às águas que inclui equidade e eficiência no uso dos recursos hídricos, garantia da oferta de serviços e produtos diretamente ligados aos recursos para a sociedade, entre outros. A técnica de coleta de informações foi a pesquisa bibliográfica, legislativa, sendo que as ideias expressas neste artigo estão organizadas pela base lógica indutiva.

Palavras-chave: Governança; Governança das Águas; Gestão Integrada; Recursos Hídricos.

Water Governance in Brazil: challenges and perspectives for Environmental Sustainability

Abstract

The objective of the research is to foster the discussion on the environmental governance of waters in Brazil, highlighting the relevant points to the theme in order to connect the adopted concept of environmental governance to effective practice, elucidating general, problematic and beneficial aspects. A conception of global governance is presented, which has gained credibility among social science scholars and policymakers since the late 1980s. Thus, the proposal for water governance in Brazil emerges, highlighting the importance of integrated and equitable management of water resources. The research presents this consideration of environmental governance applied to water, which includes equity and efficiency in the use of water resources, ensuring the supply of services and products directly linked to resources for society, among others. The

technique in the collection of information was the bibliographic and legislative research, and the ideas expressed in this article are organized by the inductive logic basis.

Keywords: Governance; Water Governance; Integrated Management; Water Resources.

1 Introdução

A atual fase de globalização traz consigo grandes possibilidades, mas se depara com desafios consideráveis. Embora a responsabilidade principal para aproveitar essas chances e superar esses obstáculos esteja nas políticas e nas medidas de cada nação, é igualmente certo que atingir esses objetivos requer uma cooperação internacional mais ampla e uma coordenação mais efetiva – tanto para evitar que muitos indivíduos em diversas nações sejam excluídos dos benefícios da globalização, quanto para resolver questões, que, por sua própria natureza, só podem ser resolvidas de maneira satisfatória por meio da ação conjunta das nações (Berggruen; Gerdels, 2012).

A governança é um conceito que tem ganhado cada vez mais destaque nas discussões sobre gestão pública e privada. Trata-se de uma abordagem que busca promover uma gestão mais efetiva e sustentável, por meio da integração de políticas e de ações, da participação da sociedade e do setor produtivo e do fortalecimento da gestão participativa. A governança pode ser aplicada em diferentes áreas, como a gestão ambiental, a gestão de recursos hídricos, a gestão de riscos, entre outras.

Assim, governança das águas versa sobre os desafios enfrentados na gestão dos recursos hídricos e as estratégias para uma abordagem mais efetiva e sustentável, buscando promover uma gestão integrada e participativa dos recursos hídricos, envolvendo diferentes atores sociais e setores produtivos.

No entanto, sua implementação ainda enfrenta obstáculos, como a complexidade e sobreposição de responsabilidades entre diferentes entidades governamentais, a influência de políticas de pressão e a vulnerabilidade dos recursos hídricos. Além disso, a falta de uma moldura geral de sustentabilidade e a autonomia excessiva dos subsistemas de gestão das águas também são desafios a serem superados.

Para estabelecer efetivamente um sistema de governança das águas no Brasil, é essencial buscar uma maior participação do setor produtivo, incentivando-o a assumir um compromisso genuíno com a responsabilidade socioambiental. Além disso, é necessário fortalecer a gestão participativa, integrar políticas e ações e garantir um processo democrático, transparente e legítimo de tomada de decisões.

Diante desse cenário, a governança ambiental pode ser fundamental na implementação de novas políticas, para regulamentação e gestão dos recursos hídricos de modo sustentável. Essa função se dá, principalmente, porque a governança existe “[...] por meio da articulação e da cooperação entre atores sociais e políticos e arranjos institucionais que coordenam e regulam as transações dentro e fora das fronteiras do sistema econômico” (Garcia; Garcia, 2016, p. 951).

Nesse sentido, o presente trabalho busca fomentar a discussão sobre a governança das águas no Brasil, destacando pontos relevantes ao tema com intuito de conectar o conceito à prática efetiva, elucidando aspectos gerais, problemáticas e benefícios.

No que pese à metodologia, o método de investigação utilizado foi o dedutivo, aplicando na fase de Tratamento dos Dados o método cartesiano. Já no tocante às técnicas, serão utilizadas as técnicas de Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

2 Governança: Panorama Geral e Definição

Diante de algumas possibilidades de compreensão dos termos “governança” e “governança ambiental”, torna-se necessária a apresentação de considerações acerca do núcleo essencial desta pesquisa, ou seja, a delimitação temática e sua destinação na importância da proposta apresentada.

A Governança é um termo já amplamente utilizado no contexto empresarial, no entanto, se difundiu abrangendo outras áreas do conhecimento, como as ciências sociais e a ciência de políticas públicas, se destacando no discurso ambiental nos últimos anos (Gouveia;

Selva; Paz, 2019), deixando de ser apenas relacionada ao conceito de “governar”.

De acordo com Jacobi e Sinisgalli (2012), a governança estava intimamente ligada aos termos “governar” e governo como processo. Porém, atualmente se utiliza o termo “governança” para indicar um novo modo de governar, que diverge dos modelos tradicionais calcados na hierarquia em que as autoridades de estado exerciam controle soberano sobre as pessoas.

A concepção de governança global ganhou credibilidade entre estudiosos das ciências sociais e formuladores de políticas a partir do término dos anos 1980, principalmente para descrever a criação de instituições que asseguram a autorregulação de um mundo composto de Estados-Nação, mesmo sem uma entidade central de governo. Essa dinâmica é influenciada por diversos participantes da sociedade civil, além de governos nacionais e entidades internacionais (Veiga, 2013).

Ou seja, ao mencionar o termo “governança”, refere-se a um modo não hierárquico de governo, no qual segmentos não estatais participam na formulação e na implementação de políticas públicas (Jacobi; Sinisgalli, 2012).

Nesse sentido, há um nítido deslocamento do termo “governança” calcado apenas nas áreas de ciências sociais e das políticas públicas das abordagens focadas no conceito de governo, para a construção de um conceito mais abrangente de governança que incorpora os atores não estatais.

É possível compreender essa ideia com as proposições apresentadas por Piffer e Paula (2018, p. 62), expressando que:

Governança é termo que pode ter várias roupagens conceituais, a depender da perspectiva de análise. Entretanto, o núcleo comum da categoria compreende o conjunto de mecanismos de avaliação, direcionamento e controle voltado para garantir a materialização da vontade das partes interessadas, ao qual, somado ao termo “global”, confere-se contornos de supranacionalidade, dando a esse conceito a ideia de conjunto de mecanismos de cooperação voltado para defesa do interesse de todos os Homens, da presente e das futuras gerações.

Desse modo, governança pode ser compreendida “[...] como conjunto de mecanismos (estruturas, processos, normas e procedimentos) voltados para definição e alcance dos resultados pretendidos [...]” (Piffer; Paula, 2018, p. 64), sempre baseada em uma multiplicidade de atores interdependentes, que possuem objetivos compartilhados, fronteiras fluídas entre público, privado e esferas associativas e multiplicidade de formas de ação, intervenção e controle.

Em consonância com essa compreensão, a Comissão sobre Governança Global das Nações Unidas definiu “governança” como:

A soma total dos vários modos como indivíduos e instituições, públicos e privados, administram seus negócios comuns. Trata-se de um processo contínuo, por meio do qual, interesses conflitantes ou diversos podem ser acomodados e uma ação cooperativa estabelecida. Esse processo inclui instituições e regimes formais investidos de poder para impor a observância das regras, do mesmo modo que arranjos informais que pessoas e instituições concordaram em estabelecer ou percebem ser de seu interesse (Commission on Global Governance, 1995, p. 53).

A raiz da palavra governança vem de um vocábulo grego que significa direção, ou seja, “[...] o significado fundamental da governança é dirigir a economia e a sociedade visando objetivos coletivos” (Peters, 2013, p. 29).

Ao analisar o significado de governança, deve-se concentrar nos seus quatro elementos fundamentais, quais sejam: o estabelecimento de metas; a coordenação das metas; a implementação; e a avaliação e reações e comentários (Peters, 2013). Todos os elementos devem ser efetivados para que a governança seja bem-sucedida.

No primeiro estágio da governança, encontra-se o estabelecimento de metas que devem sempre ser metas coletivas, uma vez que “[...] o processo político através do qual as metas são determinadas e operacionalizadas depende em grande parte do estabelecimento de um programa” (Peters, 2013, p. 30).

Por conseguinte, a segunda fase do processo de governança inclui “tornar coerentes as metas adotadas pelas organizações públicas”, tentando, assim, tornar as atividades do setor público, e de seus

pares no setor privado, mais coordenadas. Coordenação e coerência de políticas são valores importantes a serem aspirados no processo da governança (Peters, 2013).

O terceiro, e talvez crucial, elemento da governança é “[...] a implementação, ou o desenvolvimento da capacidade do setor público [...]”, para o autor a implementação tem sido um problema persistente para todos os governos (Peters, 2013, p. 31).

E, por fim, a avaliação de tudo que foi implementado, que “[...] poderá ser um requisito geral para os sistemas de governança, significando que todos os governantes almejam ser capazes de aprender com suas intervenções e descobrir meios de aperfeiçoar seu desempenho” (Peters, 2013, p. 31).

Pode-se dizer que essa compreensão de governança transcende as limitações dos conceitos adotados anteriormente, sem necessariamente descartá-los do núcleo de sua realização. Nessa ótica, a governança, diante dos objetivos a serem alcançados ou das ações praticadas, não está vinculada obrigatoriamente a uma autoridade formal, mas em um sentido amplo, no qual ocorre a existência de responsabilidades comuns, compartilhadas por todos que fazem parte do sistema (Garcia; Garcia, 2016).

Verifica-se que essa compreensão pode ser enfrentada com a análise da seguinte ideia: a maior ou menor capacidade de governança depende da possibilidade de criação de canais eficientes de mobilização e de envolvimento da comunidade na elaboração e na implementação de políticas, e, por outro, da capacidade operacional da burocracia governamental, seja nas atividades de atuação direta, seja na capacidade efetiva de regulação.

Portanto, governança refere-se ao modo como os costumes culturais, as instituições políticas e o sistema econômico de uma sociedade são coordenados para oferecer à sua população a qualidade de vida desejada. A governança eficaz é alcançada quando essas estruturas se combinam harmoniosamente para estabelecer um equilíbrio que produz resultados bem-sucedidos e sustentáveis em prol do bem comum. Por outro lado, a governança deficiente ocorre quando as circunstâncias subjacentes mudam significativamente, levando a práticas anteriormente eficazes a se tornarem disfuncionais, ou quando ocorre um declínio

devido à influência de interesses particulares organizados, ou ambas as situações (Berggruen; Gerdels, 2012).

3 A Governança Ambiental e a Importância da Gestão Sustentável dos Recursos Hídricos

Conforme mencionado, a compreensão de governança contempla a atuação no que se refere ao meio ambiente, nesse contexto, tem-se, portanto, a relação sociedade-natureza, na gestão do meio ambiente, em que a governança também encontra um papel direcionado na busca de um melhor gerenciamento dos recursos naturais.

A consolidação social desse valor emergente, a sustentabilidade, tem se desenvolvido de maneira mais sólida e ágil do que antecipado durante sua origem na década de 1980 ou sua ratificação nos primeiros anos da década de 1990 (Veiga, 2013).

Desse modo, o adjetivo mais recente utilizado para a governança é o ambiental, criando uma certa vinculação obrigatória à destinação desses conceitos. Conforme apresentado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA, 2017), a governança ambiental é de fundamental relevância para um desenvolvimento sustentável e para o alcance da sustentabilidade.

Diante dessa realidade, verifica-se que não se pode dissociar a natureza do meio ambiente, pois suas relações são “[...] interligadas com os fatores econômicos e sociais do desenvolvimento sustentável, sendo assim, todos os processos de tomadas de decisão precisam ser coerentes e sem qualquer fragmentação” (Gouveia; Selva; Paz, 2019, p. 55-56).

A governança ambiental envolve todos e cada um nas decisões sobre o meio ambiente por meio das organizações civis e governamentais, a fim de obter ampla e irrestrita adesão ao projeto de manter a integridade do planeta.

Diante da dimensão de análise proposta pela governança ambiental, é possível encontrar decisões referentes ao meio ambiente que são construídas com a participação de organizações civis e governamentais

conjuntamente, o que permite a obtenção de ampla e de irrestrita adesão aos projetos que buscam manter a integridade do planeta.

Segundo Cavalcanti (2004), a governança ambiental nada mais é do que um arcabouço institucional de regras, processos e comportamentos que afetam a maneira como os poderes são exercidos na esfera política ou nas ações ligadas às relações da sociedade com o sistema ecológico.

No mesmo sentido, Jacobi e Sinisgalli (2012, p. 1.471-1.472) dissertam sobre o tema:

A Governança Ambiental está relacionada com a implementação socialmente aceitável de políticas públicas, um termo mais inclusivo que governo, por abranger a relação Sociedade, Estado, mercados, direito, instituições, políticas e ações governamentais, associadas à qualidade de vida bem-estar, notadamente os aspectos relacionados com a saúde ambiental. Isto implica no estabelecimento de um sistema de regras, normas e condutas que reflitam os valores e visões de mundo daqueles indivíduos sujeitos a esse marco normativo. A construção desse sistema é um processo participativo, e acima de tudo, de aprendizagem. O fato é que a governança no nível territorial tem sido associada e articulada através de parcerias, coalizões, alianças entre diferentes atores em iniciativas coletivas; promovendo interações do governo com outros atores – setor privado e não governamental e entre atores governamentais na medida em que segundo Kooiman nenhum ator, público ou privado, dispõe nem do conhecimento nem da informação para resolver problemas complexos, dinâmicos e diversificados; e isto demanda interdependências, que mostram as limitações do governo e a necessidade de fortes laços com os governos locais, o setor privado e as organizações sociais.

Assim, visualiza-se a governança ambiental de modo que suas ações não se limitam a questões administrativas do Estado, mas de atuação que possui maior profundidade e envolvimento, permitindo uma participação e, de certo modo, a responsabilidade de todos os atores sociais a fim de que cresçam com ações voltadas para a sustentabilidade.

Esse processo de governança ambiental busca alcançar postulados das teorias sociais de ações coletivas, utilizando-se de recursos de propriedade comum, das definições das agendas locais de desenvolvimento sustentável e do fortalecimento das instituições locais (Câmara, 2013).

Sendo assim, a governança ambiental no Brasil incorpora características comuns das diversas definições de governança, incluindo descentralização, democracia e participação, diretrizes e padronizações, embora a realização completa desses elementos seja limitada.

Por outro lado, aspectos como transparência, justiça, prestação de contas, matriz de responsabilidades, criação de fluxos interinstitucionais para a implementação de ações, código de ética e suporte encontram-se em um plano secundário no processo de gerenciamento, comprometendo a plena eficácia da governança ambiental (Câmara, 2013).

4 Águas e Governança Ambiental: desafios na Governança das Águas

Apresenta-se uma delimitação fundamental acerca da governança e da governança ambiental, auxiliando na compreensão e possibilitando, neste momento, uma análise quanto a sua aplicação nas questões que envolvem as águas, de modo que, ao final, possa ser possível verificar a importância e a necessidade desse panorama entre esses assuntos.

A partir disso, compreende-se que a governança de águas transcende a mera gestão do recurso, sendo um processo dinâmico, participativo e abrangente que busca preservar a água como um bem comum e vital para a vida no planeta. Por meio de uma governança responsável, justa e sustentável, pode-se enfrentar os desafios atuais e posteriores relacionados à água, garantindo um futuro próspero para as próximas gerações.

Essa forma de administração ambiental deve abraçar uma visão de longo prazo, considerando as mudanças climáticas e os impactos no ciclo hidrológico e na disponibilidade de água. Nesse sentido, é fundamental adotar estratégias adaptativas e de resiliência, investindo

em tecnologias avançadas e em práticas que otimizem o uso e a conservação da água.

Na obra “*Gestão de recursos hídricos em tempos de crise*”, é possível verificar que:

A governança das águas é definida como sendo um sistema político, social, econômico e administrativo montado para diretamente ou indiretamente influenciar os usos, o desenvolvimento e a gestão integrada de recursos hídricos, bem como garantir a oferta de serviços e produtos diretamente ligados aos recursos para a sociedade (Pinto-Coelho; Havens, 2016, p. 181).

De acordo com a premissa apresentada na obra citada, os focos centrais da governança das águas são:

- 1 – Equidade e eficiência no uso dos recursos hídricos, reconhecendo as bacias hidrográficas como unidades centrais da gestão das águas; o sistema deve atuar de forma integrada e em harmonia com as atividades econômicas possíveis de serem atendidas dentro das limitações naturais de cada uma dessas bacias hidrográficas.
- 2 – O sistema deve atuar de acordo a políticas públicas muito bem definidas que por sua vez devem estar embasadas em instituições cuja conduta esteja ancorada em uma base legal apropriada.
- 3 – Clara definição dos papéis de cada um dos órgãos ambientais, sem que haja sobreposição de funções, com garantia plena de participação da sociedade civil e do setor privado, com a definição dos papéis de cada um desses segmentos (direitos a propriedade, outorgas, acessos etc.) (Pinto-Coelho; Havens, 2016, p. 181-182).

Como se trata de um sistema complexo, na implementação da governança das águas, os seguintes aspectos devem estar bem esclarecidos: “1. O processo de tomada de decisões; 2. Os atores em cada processo decisório (stakeholders); 3. Os princípios e regras para tomada de decisão” (Pinto-Coelho; Havens, 2016, p. 182).

Para a clareza de cada um desses aspectos, são necessários os seguintes elementos: “a) Políticas públicas claras e definidas para os

recursos hídricos; b) Legislação apropriada; c) Regulamentação clara e precisa da legislação” (Pinto-Coelho; Havens, 2016, p. 182).

A implantação de um sistema de acesso eficiente de governança não apenas assegura o universal e equitativo acesso à água, mas também desempenha um papel crucial no combate à pobreza, à exploração do poder econômico e à promoção do desenvolvimento sustentável. Portanto, governança de recursos hídricos vai além de simplesmente gerenciar a disponibilidade de água; ela representa a busca pela harmonia entre as necessidades humanas, os ecossistemas e a preservação desse recurso vital para as gerações futuras (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

Nesse contexto, a governança de águas assume um caráter preventivo e proativo, antecipando conflitos de uso e trabalhando para resolvê-los de forma justa e equitativa. Um sistema de governança tem o poder de coibir práticas criminosas e abusivas relacionadas à exploração e ao consumo das águas, protegendo não apenas o recurso em si, mas também os diversos serviços ecossistêmicos associados a ele, como a biodiversidade, a regulação climática e a sustentabilidade dos ecossistemas.

Outro aspecto essencial da governança de águas é a inclusão e a participação ativa das comunidades locais, povos indígenas e demais partes interessadas na tomada de decisões, tornando o processo mais democrático, transparente e responsável. A governança colaborativa incentiva o diálogo entre diferentes setores da sociedade, como governamentais, empresas, organizações não governamentais e academia, promovendo uma abordagem holística para a gestão dos recursos hídricos.

Na dimensão política e social, o sistema de governança deve atender aos seguintes requisitos:

O sistema deve ter uma clara dimensão social, garantindo uma maior igualdade na distribuição dos recursos hídricos para todos os setores da sociedade. Conflitos entre os usos industriais e sociais ou entre as áreas rurais e urbanas têm uma melhor chance de serem resolvidos de forma mais sustentável e igualitária. Muitos estudos mostram que uma boa governança das águas

está diretamente relacionada ao aumento da renda per capita em muitas regiões do globo.

A governança das águas deve reconhecer o direito que populações marginais dentro da sociedade (comunidades indígenas, mulheres, habitantes de favelas e outras áreas de risco) de atuarem como partes interessadas (stakeholders), garantindo o seu pleno acesso aos recursos hídricos compartilhados.

A governança das águas deve garantir base legal apropriada para que fenômenos tais como a poluição, as secas e as enchentes possam ser evitadas, administrados e mitigados. Se houver improbidades, negligências ou mesmo má-fé, o sistema deve garantir a punição ou responsabilização dos agentes envolvidos, quando em crime.

O fluxo natural das águas e da atmosfera (que contém água) e muitos dos serviços ambientais prestados pelos recursos hídricos transcendem os limites das fronteiras entre municípios, Estados e países. As águas devem ser entendidas como um patrimônio universal. Portanto, a governança das águas deve também garantir o diálogo construtivo entre municípios, entre os estados da federação e entre a União e países vizinhos, observando, no entanto, suas respectivas soberanias nacionais (Pinto-Coelho; Havens, 2016, p. 183-184).

A governança das águas tem suas chances de efetivação grandemente fortalecidas quando o pleno direito das pessoas à organização e a livre expressão de suas ideias são garantidos. Para que grandes projetos nacionais relacionados a recursos hídricos, como a construção de barragens, hidrovias, portos e transposições de bacias hidrográficas, alcancem resultados fortes, é imperativo que sejam protegidos a um processo democrático, transparente e legítimo de tomada de decisões (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

O processo decisório deve ser pautado pelo levantamento criterioso de todas as opções viáveis, bem como pela avaliação cuidadosa das questões socioambientais previstas. É essencial que todas as partes interessadas, os chamados *stakeholders*, sejam devidamente

considerados e ouvidos ao longo desse processo, garantindo a inclusão de suas perspectivas e conhecimentos específicos.

A promoção da democracia e da transparência nos projetos relacionados à gestão das águas não apenas aumenta a eficácia das ações em si, mas também fortalece o senso de pertencimento e de responsabilidade da sociedade em relação ao patrimônio hídrico. Ao proporcionar um ambiente participativo, no qual as vozes de diferentes grupos e indivíduos são respeitadas, é possível criar uma governança mais robusta e legítima, capaz de responder aos desafios complexos associados à gestão sustentável da água.

A preocupação com os aspectos socioambientais também se torna uma peça-chave nesse cenário. A avaliação rigorosa dos impactos ambientais de grandes projetos hídricos permite antecipar riscos, mitigar danos e adotar medidas de compensação satisfatórias, visando à conservação dos ecossistemas aquáticos e da biodiversidade, bem como ao bem-estar das comunidades sustentáveis.

Dessa forma, a governança das águas, quando enraizada nos princípios da democracia, da transparência e da inclusão, transcende sua função meramente técnica e se torna uma ferramenta poderosa para a construção de um futuro sustentável e equitativo. O empoderamento das pessoas está atento às suas contribuições enriquecendo o processo decisório, impulsionando a busca por soluções inovadoras e responsáveis pela gestão dos recursos hídricos e beneficiando toda a sociedade e as gerações vindouras (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

Portanto, observa-se que todo procedimento de deliberação acarreta a administração de divergências. Ou seja, a total concordância é rara e, se aparentar ocorrer, possivelmente carecerá de autenticidade. A estratégia mais vantajosa envolve a participação de todos os envolvidos nesse processo, sendo crucial a inclusão das partes mais desfavorecidas e vulneráveis nas etapas de tomada de decisões. Qualquer resolução concernente à administração e à estrutura de gerenciamento dos recursos hídricos carecerá de eficácia se não tiver como resultado a melhoria, em última instância, das condições sociais e econômicas das partes mais desfavorecidas (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

5 Os Fundamentos Legais da Governança das Águas: diretrizes para uma Governança Ambiental efetiva

Diante da complexidade e do vasto cenário envolvendo as águas, no que se refere à governança ambiental, torna-se necessário uma abordagem e a apresentação legislativa no território brasileiro. Assim, de modo específico, é possível verificar tanto na Constituição como nas leis apresentadas uma indicação relacionada à instrumentalidade e à prática voltada para a governança de águas no Brasil

A Constituição Federal de 1988 delibera no artigo 20, inciso III, que são bens da União:

[...] os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais (Brasil, 1988, art. 20).

Na sequência, o artigo 21, inciso XIX, disciplina que compete à União “[...] instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (Brasil, 1988, art. 21).

O governo, por sua vez, tem a obrigação estabelecida, tanto na Constituição como nas leis abaixo dela, de tomar medidas para garantir a preservação do(s) sistema(s) de água. A obrigação constitucional de proteger os recursos hídricos se aplica a todos os níveis de governo, inclusive moldando, como mencionado pelo Ministro Herman Benjamin, o que pode ser chamado de “federalismo hídrico-ambiental” (Sarlet; Fensterseifer, 2022, p. 977).

A Lei n. 9.433/97, regulamentando o inciso XIX, do artigo 21 da CF/1988, estabeleceu a Política Nacional de Recursos Hídricos, criando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Entre os seus fundamentos, conforme consagração expressa do artigo 1º, destacam-se:

I – a água é um bem de domínio público;

II – a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III – em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV – a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V – a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI – a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades (Brasil, 1997, art. 1º).

Ainda, entre os seus objetivos, a Política Nacional de Recursos Hídricos dispõe o seguinte:

VII – assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;

VIII – a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;

IX – a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais; e

X – incentivar e promover a captação, a preservação e o aproveitamento de águas pluviais (Brasil, 1997, art. 1º.)

A preocupação do legislador com os interesses das gerações futuras, juntamente com o delineamento de um crescimento sustentável, garante os aspectos ecológicos do referido conjunto de leis. Além disso, a consideração pela qualidade ambiental e a luta contra a poluição dos recursos hídricos também são garantidas.

Um exemplo notável disso é uma decisão proferida pelo Ministro Herman Benjamin, do STJ, sobre os princípios que fundamentam o enquadramento jurídico para proteção dos recursos hídricos estabelecido pela Lei n. 9.433/97:

[...] a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos apoia-se em uma série de princípios fundamentais, cabendo citar, entre os que incidem diretamente no litígio, o princípio da dominialidade pública (a água, dispõe a lei expressamente, é bem de domínio público), o princípio da finitude (a água é recurso natural limitado) e o princípio da gestão descentralizada e democrática. 11. As águas subterrâneas são “recurso ambiental”, nos exatos termos do art. 3º, V, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), o que obriga o intérprete, na solução de litígios associados à gestão de recursos hídricos, a fazer uma leitura conjunta dos dois textos legais, em genuíno exercício de diálogo das fontes (Sarlet; Fensterseifer, 2022, p. 978).

Ainda, houve a criação, pela Lei n. 9.433/97, do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, o qual possui, entre os seus objetivos: “[...] planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos” (Brasil, 1997, art. 32, inciso IV).

Integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, por força da redação ao artigo 33 pela Lei n. 9.984/2000,

XI – o Conselho Nacional de Recursos Hídricos; I – a Agência Nacional de Águas; II – os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal; III – os Comitês de Bacia Hidrográfica; IV – os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos; V – as Agências de Água (Brasil, 1997, art. 33).

Para os doutrinadores Sarlet e Fensterseifer (2022, p. 979), houve uma clara intenção por parte do legislador de estabelecer uma gestão descentralizada e participativa para a Política Nacional de Recursos Hídricos:

[...] O estabelecimento da “bacia hidrográfica”, assim como a unidade territorial para a sua implementação reflete justamente isso, permitindo uma estrutura descentralizada e, por meio da criação dos Comitês da Bacia Hidrográfica (art. 32, III), alcançar tal gestão

democrática. Ainda no que toca à “gestão democrático-participativa” almejada pelo diploma em comento, este trata em tópico específico sobre as “organizações civis de recursos hídricos”, as quais, conforme estabelece o art. 47, são assim consideradas: “I – consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas; II – associações regionais, locais ou setoriais de usuários de recursos hídricos; III – organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos; IV – organizações não governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade; V – outras organizações reconhecidas pelo Conselho Nacional ou pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos”.

O artigo 1º, inciso II, da Lei n. 9.433/97, ao mencionar como bases da Política Nacional de Recursos Hídricos, que “VI – a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades [...]” (Brasil, 1997, art. 1º), estabelece um importante pilar de abordagem democrática e participativa na gestão das águas. A legislação, ao estabelecer esses princípios em seus fundamentos, expressa claramente a intenção de adotar uma abordagem legal que promova uma gestão descentralizada e inclusiva.

Além de fomentar uma colaboração entre os diferentes níveis de governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) na gestão dos recursos hídricos, busca-se estabelecer um novo paradigma na gestão desses recursos, em que a tomada de decisões não seja centralizada apenas em instâncias governamentais, mas também envolva ativamente os usuários e as comunidades beneficiadas. Essa visão reconhece a importância dos envolvimento de múltiplos atores para garantir a eficácia e a equidade na gestão da água (Sarlet; Fensterseifer, 2022).

A descentralização da gestão dos recursos hídricos elaborada por essa legislação visa a uma maior proximidade com as realidades locais, permitindo que as decisões sejam adaptadas às necessidades específicas de cada região. Além disso, ao incorporar a participação da sociedade civil e dos usuários nos Comitês de Bacias Hidrográficas, a

legislação incentiva a coleta de informações compartilhadas e o debate aberto, decidido para decisões mais controladas e representativas.

A gestão hídrica deve ser feita a partir dessa unidade geográfica, que é a bacia hidrográfica, composta do curso de água principal e de seus tributários ou afluentes, águas que se destinarão à mesma foz. As áreas territorial, hídrica e aérea da bacia hidrográfica serão objeto do plano de recursos hídricos, indispensável para o uso equitativo e razoável dos cursos de água (Sarlet; Fensterseifer, 2022, p. 988).

A Lei n. 9.433/97 estabelece, no seu artigo 3º, como diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos:

Art. 3º Constituem diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I – a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade;

II – a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País;

III – a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;

IV – a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;

V – a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo;

VI – a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

Art. 4º A União articular-se-á com os Estados tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum (Brasil, 1997, art. 3º).

Outro importante documento legislativo que influencia a governança de águas no Brasil é a Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000 [com redação dada pela Lei n. 14.026/2020], que criou a Agência Nacional de

Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos (Brasil, 2000).

6 Os Conflitos e a Desgovernança dos Sistemas de Águas: as ações dentro de uma moldura geral de sustentabilidade ambiental e socioeconômica

A sustentabilidade constitui um novo valor social que surgiu a partir de 1980 e foi consagrado no início de 1990. Com isso, a legitimação da sustentabilidade como um novo valor é um processo em desenvolvimento, em longo prazo, pois existem vários aspectos que impedem a construção de uma governança global do desenvolvimento sustentável.

O dilema reside na incompatibilidade entre a gestão do progresso sustentável e o conceito de sustentabilidade, uma vez que a simples coexistência de novas medidas de cunho ambiental e de antigas abordagens de desenvolvimento, presente desde a Conferência de Estocolmo da ONU em 1972, não é suficiente. Existe uma carência de coordenação política global em relação à sustentabilidade que diz respeito à abordagem global das bases naturais essenciais para o avanço social, econômico, ambiental e humano (Veiga, 2013).

Desse modo, verifica-se a necessidade de uma análise em busca de congruência, a fim de criar ou de condicionar as propostas de resolução ou as ações prestativas para enfrentamento do dilema apresentando a governança ambiental referente às águas.

Na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, conforme pontua o artigo 29 do diploma hídrico, estabelece-se que compete ao Poder Executivo Federal:

- I – tomar as providências necessárias à implementação e ao funcionamento do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
- II – outorgar os direitos de uso de recursos hídricos, e regulamentar e fiscalizar os usos, na sua esfera de competência;

- III- implantar e gerir o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos, em âmbito nacional;
- IV – promover a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental (Brasil, 1997, art. 29).

Por seu turno, o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, de acordo com o artigo 32, possui os seguintes objetivos:

- I – coordenar a gestão integrada das águas;
- II – arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos;
- III – implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos;
- IV – planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos;
- V – promover a cobrança pelo uso de recursos hídricos (Brasil, 1997, art. 32).

Não obstante a excelente redação da lei de regência, o sistema de gestão das águas não consiste em um único sistema, mas sim em quatro sistemas distintos. O primeiro desses sistemas é responsável pelas autorizações de outorga e pelos licenciamentos ambientais. Essas atribuições são definidas por lei para a ANA e o Ibama, quando se trata de corpos de água não federais, e para órgãos estaduais equivalentes. Esse sistema de autorizações de outorga e de licenciamento enfrenta pressão expressiva de grandes empresas atuantes em setores como agronegócio, geração de energia elétrica e mineração (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

O segundo sistema de gestão concentra-se na prestação de serviços de saneamento, sendo uma responsabilidade atribuída legalmente aos municípios. Estes podem optar por conceder os serviços de abastecimento e esgotamento às empresas estatais ou privadas. Esse subsistema é influenciado por grandes empresas de construção civil e enfrenta constantemente problemas como inundações, escassez de água e má qualidade dos serviços de saneamento no país. Ainda, há deficiências na distribuição de água tratada, nas redes de coleta de esgoto, nas estações de tratamento, na drenagem urbana e na gestão de resíduos sólidos (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

Já o terceiro sistema de gestão das águas está relacionado ao uso das águas como matéria-prima e recurso econômico ou industrial. Vários ministérios desempenham um papel nesse subsistema, incluindo o Ministério da Agricultura, o Ministério das Minas e Energia e o Ministério da Pesca e da Aquicultura. Nesse contexto, ministérios e diversos órgãos reguladores são responsáveis pelo planejamento, coordenação, fiscalização e promoção de diversas atividades sustentáveis, como agricultura, irrigada ou não, pecuária, geração de energia hidroelétrica, mineração, pesca e aquicultura, que têm impactos ambientais nos recursos hídricos (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

Por fim, o quarto sistema de gestão das águas está relacionado à preservação dos recursos hídricos. Esse sistema, que envolve o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), é liderado pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) em colaboração com o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e as agências estaduais que atuam na área de conservação e de biodiversidade.

Além disso, pode-se considerar um quinto sistema de gestão das águas responsável pelos aquíferos e águas subterrâneas (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

Contudo, os sistemas de gestão das águas enfrentam problemas sérios de falta de integração entre as intuitivas, gerados em conflitos frequentes e atendendo principalmente às demandas corporativas. A integração horizontal entre esses sistemas é bastante fraca, dificultando a transversalidade de competências na maioria dos casos. Além disso, uma estrutura institucional é complexa e carece de um planejamento estratégico integrado. Observa-se uma distribuição de ações e de recursos, com ocorrência de obras redundantes ou contraditórias, e uma atenção insuficiente às bacias hidrográficas, muitas vezes em detrimento dos municípios. Os sistemas estão sujeitos às políticas de governo em vez de políticas estatais, o que acarreta mudanças a cada novo ciclo de governo (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

A legislação que aborda a governança das águas é complexa e muitas vezes requer a participação de várias entidades governamentais em nível federal, estadual e municipal ao mesmo tempo. Esse sistema é burocrático e enfrenta uma grande falta de capacitação dos recursos humanos, especialmente no nível municipal. Além disso, é notório

que a organização é ineficiente e os recursos são frequentemente mal utilizados. Apesar de estar em construção desde a Constituição de 1988, os sistemas de gestão das águas ainda são termômetros a pressões políticas e externas que não se comprometem com a sustentabilidade ambiental (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

A falta de eficiência na governança das águas representa um desafio significativo para a gestão sustentável dos recursos hídricos. A complexidade e a sobreposição de responsabilidades entre diferentes entidades governamentais dificultam a implementação de medidas eficazes e ágeis para proteger e preservar os ecossistemas aquáticos.

A influência de políticas de pressão também desafia a busca pela sustentabilidade ambiental na gestão das águas. Projetos e decisões podem ser influenciados por interesses de curto prazo, em detrimento do bem-estar ambiental a longo prazo. Essa vulnerabilidade expõe os recursos hídricos a riscos e impactos tolerados, como poluição, degradação dos ecossistemas, escassez de água e conflitos de uso.

Para estabelecer efetivamente um sistema de governança das águas no Brasil, é essencial, em primeiro lugar, buscar uma maior participação do setor produtivo, incentivando-o a assumir um compromisso genuíno com a responsabilidade socioambiental. É fundamental encorajar esse setor a investir mais em pesquisas e no desenvolvimento de tecnologias ambientais, buscando soluções inovadoras para o uso sustentável dos recursos hídricos. Além disso, é preciso afastar-se da abordagem centrada apenas no “*green marketing*”, que, muitas vezes, disfarça as ações insuficientes, e priorizar práticas concretas que contribuam para a preservação dos ecossistemas aquáticos e que garantam a disponibilidade de água de forma equitativa para toda a sociedade (Pinto-Coelho; Havens, 2016).

É essencial abandonar a perspectiva que atribui a crise atual de recursos hídricos meramente à escassez frente ao aumento da demanda. A transição de uma administração desordenada ou esporádica dos recursos hídricos para uma efetiva governança é, possivelmente, o passo mais crucial a ser tomado por qualquer nação que aspire superar a crise hídrica global enfrentada pela humanidade.

O Brasil possui todos os meios necessários, inclusive uma estrutura legal bem estabelecida, para fomentar uma governança eficaz dos

recursos hídricos. O maior desafio, no entanto, parece residir na relativa independência e na excessiva autonomia observadas em cada um dos subsistemas de gerenciamento hídrico delineados. Embora esses sistemas possam persistir, é imperativo que estejam em conformidade com um plano estratégico que harmonize todas as suas atividades dentro de um quadro abrangente de sustentabilidade ambiental e socioeconômica.

7 Considerações Finais

A questão da sustentabilidade é um tema cada vez mais urgente e relevante para a sociedade atual, não há novidade quanto a isso, sobretudo, os inúmeros casos de contaminação transnacional do planeta (Piffer; Paula, 2018). Entretanto, a busca por um desenvolvimento econômico que seja compatível com a preservação do meio ambiente e com a promoção da justiça social é um desafio que exige ações concretas e mudanças profundas em nossos hábitos e valores.

Sendo assim, a governança das águas surge como uma abordagem fundamental para a gestão sustentável dos recursos hídricos, que são essenciais para a vida e para o desenvolvimento econômico e social do país. No entanto, conforme demonstrado, sua implementação no Brasil, embora possua um sistema legal bem delineado, ainda enfrenta muitos obstáculos.

Nesse sentido, a presente pesquisa buscou destacar que a governança ambiental é um arcabouço institucional de regras, processos e comportamentos que afetam a maneira como os poderes são exercidos na esfera política ou nas ações ligadas às relações da sociedade como sistema ecológico. Além disso, a governança ambiental é caracterizada por uma abordagem mais participativa e colaborativa, em contraste com modelos tradicionais de governança que são mais centralizados e hierárquicos (Astrê; Andrade; Nogueira, 2021).

Com a existência dessa cooperação entre a população, as empresas e o setor político e produtivo, a governança abrange a sociedade como um todo, sendo uma rede que escolhe caminhos congruentes com os objetivos em comum, ou seja, o crescimento econômico junto

ao desenvolvimento sustentável, tornando-se um movimento voltado para a sustentabilidade de forma sistêmica, permitindo não somente o impacto em pequenos centros, mas também com a implementação de uma governança sólida, em níveis globais de transformação.

No entanto, a falta de eficiência na governança das águas representa um desafio significativo para a gestão sustentável dos recursos hídricos, e a complexidade e a sobreposição de responsabilidades entre diferentes entidades governamentais dificultam a implementação de medidas eficazes e ágeis para proteger e preservar os ecossistemas aquáticos.

Ante o exposto, enfatiza-se a convicção de que a implementação da governança ambiental pode desempenhar um papel crucial na garantia da preservação sustentável dos recursos naturais. No contexto específico dos recursos hídricos, essa abordagem se torna ainda mais essencial, uma vez que a água é um recurso cada vez mais escasso, mas fundamental para a sustentabilidade dos ecossistemas e das atividades humanas.

Portanto, a implementação efetiva de um sistema de governança para os recursos hídricos no Brasil necessita de uma participação ampla e diversificada, que envolva não apenas entidades governamentais, mas também o setor produtivo e as comunidades locais. Essa colaboração ampliada desempenha um papel fundamental para a estimulação da implementação de políticas e práticas voltadas para a conservação e o uso responsável dos recursos hídricos.

Sendo assim, é crucial promover um diálogo contínuo entre as partes interessadas, garantindo que as decisões tomadas na esfera da governança hídrica levem em consideração tanto o conhecimento tradicional e científico quanto as demandas econômicas e sociais, além da preservação ambiental.

Portanto, pode-se concluir que a implementação de um sistema de governança das águas no Brasil depende da colaboração e do estabelecimento de parcerias sólidas entre os diversos atores envolvidos. Somente por meio dessa cooperação harmoniosa e da adoção de abordagens inovadoras, pode-se alcançar uma gestão sustentável e justa dos recursos hídricos, garantindo sua disponibilidade para as gerações presentes e futuras.

Referências

ASTRÊ, Antônio Isac Nunes Cavalcante de; ANDRADE, Maxwell Mota de; NOGUEIRA, Tiago Cordeiro. Pluralismo Jurídico, Governança Ambiental Democrática e a Promoção da Justiça Ambiental. In: GARCIA, Heloise Siqueira; GARCIA, Denise S. S. (org.). **Diálogos de Socioambientalismo, Sustentabilidade, Governança e Justiça Ambiental**. Itajaí: Univali, 2021. p. 274-292.

BERGGRUEN, Nicolas; GERDELS, Nathan. **Gobernanza inteligente para el siglo XXI**. Traducción de Federico Corriente Basús y Miguel Izquierdo Ramon. Madrid: Prisa Ediciones, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9433-8-janeiro-1997-374778-norma-actualizada-pl.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

CÂMARA. João Batista Drumond. Governança ambiental no Brasil: ecos do passado. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 21, n. 46, 2013.

CAVALCANTI, Clóvis. Economia e Ecologia: problemas da Governança Ambiental no Brasil. **Revibec: Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, [en línea], v. 1, 2004.

COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE. **An overview of our Global Neighbourhood – The Report of the Commission on Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

GARCIA, Heloise Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Ambiental Global como Critério Regulador e Garantidor da Justiça Ambiental. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, [s.l.], v. 2, 2016.

GOUVEIA, Renata Laranjeiras; SELVA, Vanice Santiago Fragoso; PAZ, Yêné Medeiros. Governança ambiental: contribuição para a revitalização de rios urbanos. **Revista Brasileira de Meio Ambiente**, [s.l.], v. 5, n. 1, 2019.

JACOBI, Pedro Roberto; SINISGALLI, Paulo Antonio de Almeida. Governança ambiental e economia verde. **Ciência e Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 17, p. 1.469-1.478, 2012.

KOOIMAN J. Modern Governance. **New Government-Society Interactions**. London: Sage, 1993.

PETERS, Brainard Guy. O que é governança? **Revista do Tribunal de Contas da União**, [Brasília], DF, ano 45, n. 127, p. 31, maio-ago. 2013.

PIFFEER, Carla; PAULA, Felipe Mottin Pereira de. A estruturação da governança ambiental global e a necessidade de criação de um órgão de controle externo do patrimônio ambiental transnacional: uma análise a partir da experiência do Tribunal de Contas europeu. *In*: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio; BALDAN, Guilherme Ribeiro. (org.). **Transnacionalidade e sustentabilidade**: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. 1. ed. Porto Velho: Emeron, 2018. p. 52-72.

PINTO-COELHO, Ricardo M.; HAVENS, Karl. **Gestão de recursos hídricos em tempos de crise**. [S.l.]: Grupo A, 2016.

PNUMA – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. **Questões Emergentes de Preocupação Ambiental**. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/nataniel/Downloads/Frontiers_2017_EN.pdf. Acesso em: 26 ago. 2024.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Grupo GEN, 2022. p. 977. (E-book. ISBN 9786559643783). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643783/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

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

Nataniel Martins Manica

Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e Mestre em Território, Urbanismo Y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular pela Universidade de Alicante, Espanha. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo.

E-mail: nataniel@pge.sc.gov.br

Endereço profissional: Rua Paulo Zimmermann, n. 118, Centro, Blumenau, SC. CEP: 89010-170

Uziel Nunes de Oliveira

Juiz de Direito do Estado de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Fundação Karnig Bazarian Faculdades Integradas de Itapetininga, SP. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito e Gestão pela Academia Judicial do Estado de Santa Catarina. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Território, Urbanismo Y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular pela Universidade de Alicante, Espanha.

E-mail: uziel.n.oliveira@gmail.com

Endereço profissional: Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, n. 87, Vila Nova, Jaraguá do Sul, SC. CEP: 89259-300.

Recebido em: 10/06/2024

Aceito em: 21/08/2024

Como referenciar este artigo

MANICA, Nataniel Martins; OLIVEIRA, Uziel Nunes de. Governança das Águas no Brasil: desafios e perspectivas para a Sustentabilidade Ambiental. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 223-249, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Inteligência Artificial, Democracia e Eleições

Diogo Marcel Reuter Braun¹

Ligia Janke¹

¹Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo objetiva investigar os impactos da Inteligência Artificial (IA) nas eleições e na democracia, destacando os benefícios e os riscos associados ao uso dessa tecnologia nos processos eleitorais. Para isso, os autores valem-se de revisão bibliográfica e de análise crítica das aplicações da IA em contextos eleitorais, abordando exemplos de manipulação de dados, disseminação de desinformação e vulnerabilidades tecnológicas. Os resultados indicam que a IA pode funcionar como importante ferramenta para promover a democracia. No entanto, a IA também traz riscos significativos, que podem comprometer a integridade do processo eleitoral. As conclusões sugerem que a reflexão sobre o impacto da IA nos processos eleitorais deve ser intensificada, de modo a assegurar que os benefícios dessa tecnologia sejam aproveitados sem comprometer os fundamentos democráticos.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Algoritmos; Democracia; Eleições; Integridade do Processo Eleitoral.

Artificial Intelligence, Democracy and Elections

Abstract

The present article aims to investigate the impacts of artificial intelligence (AI) on elections and democracy, highlighting the benefits and risks associated with the use of this technology in electoral processes. To achieve this, the authors use literature review and critical analysis of AI applications in electoral contexts, addressing examples of data manipulation, dissemination of misinformation, and technological vulnerabilities. The results indicate that AI can serve as an important tool to promote democracy. However, AI also brings significant risks, which can compromise the integrity of the electoral process. The conclusions suggest that reflection on the impact of AI on electoral processes should be intensified to ensure that the benefits of this technology are leveraged without compromising democratic foundations.

Keywords: Artificial Intelligence; Algorithms; Democracy; Elections; Integrity of the Electoral Process.

1 Introdução

A democracia constitui a base de sociedades comprometidas com os ideais de liberdade e igualdade. Nesse contexto, a participação ativa dos cidadãos no processo político é essencial para a construção da vida coletiva e para o pleno gozo dos direitos fundamentais. No entanto, a rápida evolução da inteligência artificial tem introduzido desafios complexos e potenciais ameaças à integridade da democracia, especialmente em relação aos processos eleitorais.

A inteligência artificial está cada vez mais presente no cotidiano das pessoas, transformando diversos setores da sociedade com soluções inovadoras e automatizadas. E, no âmbito eleitoral, a inteligência artificial possui o potencial de redefinir a dinâmica das campanhas políticas, tanto para o bem quanto para o mal. Embora essa tecnologia possa incrementar a eficiência das campanhas por meio da análise de dados e do direcionamento de recursos, também pode ameaçar a integridade do processo eleitoral por meio da disseminação de informações falsas, manipulação do eleitorado e exploração de vulnerabilidades nos sistemas eletrônicos de votação. A falta de transparência sobre o funcionamento dos algoritmos e a dificuldade em realizar engenharia reversa agravam ainda mais esses riscos.

A gravidade dessas ameaças demanda uma abordagem crítica e consciente no desenvolvimento e na aplicação de tecnologias de inteligência artificial. É fundamental que sejam estabelecidos marcos regulatórios robustos que assegurem a transparência dos algoritmos, a responsabilidade na tomada de decisões automatizadas e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Contudo, a regulamentação do uso da inteligência artificial em diversos países enfrenta grandes desafios devido à sua natureza transnacional, uma vez que as empresas desenvolvedoras dessas tecnologias não estão localizadas em um único país. Assim, o combate eficaz ao uso indevido da inteligência artificial requer uma abordagem sistêmica e colaborativa a nível internacional.

O presente artigo propõe uma análise das oportunidades e ameaças trazidas pela inteligência artificial aos processos eleitorais, buscando contribuir para uma democracia resiliente, que aproveite os benefícios tecnológicos, mas sem comprometer os alicerces democráticos.

2 Inteligência Artificial, Democracia e Eleições

A inteligência artificial tem se incorporado de maneira cada vez mais profunda e abrangente ao cotidiano das pessoas, influenciando e redefinindo significativamente diversos aspectos da vida moderna. Essa tecnologia emergente consolidou-se como uma força transformadora em múltiplos setores da sociedade, como saúde, educação, indústria e serviços, promovendo mudanças estruturais e impulsionando o desenvolvimento em escala global.

Por meio de soluções inovadoras e de processos automatizados, a inteligência artificial tem demonstrado capacidade excepcional para resolver uma ampla gama de problemas complexos, otimizando processos, aprimorando a tomada de decisões e elevando os níveis de eficiência e produtividade. Além disso, sua aplicação tem possibilitado a criação de novos modelos de negócios e oportunidades antes inimagináveis.

Os recentes avanços tecnológicos, o acesso a grandes quantidades de dados (*big data*), a capacidade de aprendizado dos algoritmos (*machine learning*) e o aumento da capacidade computacional tornaram a inteligência artificial uma poderosa ferramenta para automatizar uma enorme variedade de processos e decisões que outrora dependiam exclusivamente da inteligência e da intervenção humanas.

Não é desmedido afirmar que a inteligência artificial é, possivelmente, a tecnologia mais disruptiva da era moderna. Isso porque sua capacidade de automatizar tarefas, de auxiliar o processo de tomada de decisão por meio da análise de grandes volumes de dados e de impulsionar a inovação em produtos e serviços não apenas altera substancialmente a interação humano-máquina, como também impacta profundamente as estruturas econômicas, sociais, culturais e éticas da sociedade.

Entretanto, embora a disseminação do uso dessa ferramenta seja promissora para o bem-estar da humanidade, a utilização inadequada da inteligência artificial pode trazer vários riscos. Efetivamente, a inteligência artificial tem o potencial de produzir vieses, de manipular conteúdos e de disseminar desinformação, o que pode fragilizar em muito não só a sociedade, como também a própria democracia.

A inquietação com o uso de inteligência artificial no contexto de processos eleitorais e seu impacto à democracia não é recente. Contudo, essa preocupação adquiriu novas proporções com o desenvolvimento de modelos mais complexos de inteligência artificial – como a inteligência artificial generativa (*generative AI*) –, que incrementaram em muito o poder de processamento dessa ferramenta.

2.1 Inteligência Artificial, Algoritmo e Aprendizado de Máquina

Inteligência artificial é um ramo da ciência da computação que se concentra na criação de sistemas capazes de realizar tarefas que normalmente exigem inteligência humana, como pensar, sentir, aprender e se adaptar a novas situações. É “inteligente” porque simula a inteligência humana; e é “artificial” porque envolve programas computacionais para processamento de informações, em vez de recursos biológicos (Manheim; Kaplan; 2019, p. 113-114).

Dito de outra forma, inteligência artificial é o gênero que engloba todas as técnicas e aplicações de sistemas que imitam a inteligência humana. Os sistemas de inteligência artificial usam algoritmos para analisar textos, imagens, vídeos e outros dados em geral, para então tomar decisões a respeito desses dados tal como faria a inteligência humana (Bender, 2022, p. 493).

Exemplo cotidiano de aplicação da inteligência artificial são os sistemas de recomendação que sugerem produtos, serviços ou conteúdos aos usuários. Esses sistemas não criam novos conteúdos, mas analisam dados históricos e comportamentais para prever as preferências do usuário e oferecer recomendações personalizadas, tal como ocorre nas plataformas de filmes e de compras (Schiavini, 2021).

Contudo, o avanço tecnológico implicou o desenvolvimento de formas mais sofisticadas de inteligência artificial, que não se limitam a analisar dados já existentes, mas que também criam novos conteúdos e soluções a partir das informações disponíveis.

É o caso da inteligência artificial generativa (*generative IA*), espécie de inteligência artificial focada na criação de novos conteúdos, como

texto, imagens, vídeos, músicas ou outros tipos de dados. Esses modelos são alimentados com grandes conjuntos de dados (*big data*) e, usando métodos de aprendizado de máquina (*machine learning*), aprendem a identificar padrões e características para gerar conteúdos originais (Adam; Hocquard, 2023, p. 2).

Por outro lado, algoritmo é um conjunto de instruções computacionais bem definidas que são seguidas para processar dados de entrada e gerar dados de saída e, assim, realizar tarefas específicas e resolver problemas. Atualmente, quase todos os sistemas computacionais utilizam alguma forma de algoritmo para executar tarefas ou solucionar problemas (Bender, 2022, p. 493).

Já o aprendizado da máquina (*machine learning*) é uma espécie do gênero inteligência artificial que se utiliza de algoritmos capazes de assimilar informações a partir de grandes volumes de dados (*big data*), para então identificar padrões e construir modelos preditivos ou descritivos. Esses sistemas aprendem automaticamente e aprimoram suas habilidades a partir da experiência e da incorporação de novos dados, prescindindo de programação específica para tanto (Bender, 2022, p. 494).

O “treinamento” desses algoritmos de aprendizado ocorre pela alimentação do sistema com dados para os quais o resultado de interesse já é conhecido. Fundamentado em princípios estatísticos e matemáticos, o algoritmo identifica padrões nos dados fornecidos e gera respostas preditivas ou descritivas inéditas que seguem esses padrões previamente identificados. A título exemplificativo, para treinar um algoritmo destinado à identificação de tumores cancerosos, o sistema é alimentado com grande número de imagens de tumores, com a indicação de quais são benignos e quais são malignos. O algoritmo então identifica padrões nas imagens fornecidas, permitindo-lhe posteriormente distinguir entre tumores benignos e malignos em novas imagens (Bender, 2022, p. 494).

Em primeira análise, como a inteligência artificial não possui vontade própria, independentemente do algoritmo que orienta o seu funcionamento, poder-se-ia cogitar que essa ferramenta não seria capaz de gerar resultados intencionalmente discriminatórios ou ofensivos. Todavia, a despeito de a inteligência artificial ostentar essa aura de

imparcialidade e acurácia, todos os seus componentes técnicos envolvem prévia intervenção humana. Os humanos selecionam os dados para “treinar” o algoritmo, classificam esses dados e programam quais as etapas lógicas que serão seguidas pelo algoritmo para processá-los. Por conseguinte, erros ou vieses humanos podem contaminar a inteligência artificial em cada uma dessas etapas, gerando resultados imprecisos ou discriminatórios (Bender, 2022, p. 494-495).

A qualidade da aprendizagem de máquina (*machine learning*) está diretamente relacionada com a qualidade dos dados utilizados para “treiná-la”, de modo que esse processo de “treinamento” pode ser distorcido de inúmeras maneiras (Bender, 2022, p. 495). É o que ocorre, por exemplo, com o fornecimento de dados que não representam toda a realidade. Em 2018, observou-se que os algoritmos de reconhecimento facial apresentavam um desempenho significativamente inferior ao identificar rostos de pessoas negras em comparação com rostos de pessoas brancas, e chegaram inclusive a etiquetar negros como gorilas. Isso ocorreu porque os conjuntos de dados utilizados para treinar esses algoritmos continham uma representação desproporcionalmente maior de imagens de pessoas brancas, resultando em modelos que não eram capazes de generalizar de forma precisa para outras etnias (Taute, 2020).

Por outro lado, ainda que os dados fornecidos para “treinamento” do algoritmo sejam perfeitamente precisos, corre-se também o risco de a inteligência artificial reforçar padrões discriminatórios históricos, gerando resultados que desfavorecem determinados segmentos da população (Bender, 2022, p. 496). Um exemplo de falha no resultado de aprendizado de máquina que reforça discriminação histórica é o caso do *software* Compas (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), utilizado no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos para prever a probabilidade de reincidência de criminosos. Investigações revelaram que o algoritmo Compas tendia a superestimar a probabilidade de reincidência entre réus negros e a subestimar essa probabilidade entre réus brancos. Isso ocorreu devido ao treinamento do algoritmo com dados históricos do sistema de justiça norte-americano, que refletiam índices maiores de criminalidade na população negra, também mais desfavorecida sob o ponto de vista

socioeconômico. Como resultado, o uso do Compas perpetuou e reforçou essas desigualdades raciais (Vieira, 2019).

Ainda, há também o risco de discriminação indireta (*proxy discrimination*), o que ocorre quando, a partir de critérios aparentemente neutros, os algoritmos geram conclusões quanto a outras características do usuário. Os “likes” no Instagram ou Facebook, por exemplo, permitem inferir características pessoais, como gênero, orientação sexual, raça, etnia, crenças religiosas, entre outras. Assim, com base nesses “likes”, empresas podem direcionar publicidade para atingir, ou até mesmo segregar, determinados públicos-alvo (Bender, 2022, p. 498-499).

Em verdade, o funcionamento desses novos sistemas de inteligência artificial ainda é obscuro, e há poucas informações sobre como os dados para “treinamento” dos algoritmos são coletados e utilizados. Ademais, ainda que houvesse mais transparência quanto ao funcionamento dos algoritmos e aos dados utilizados, a engenharia reversa em modelos de inteligência artificial complexos é tecnicamente desafiadora, pois envolve a interação de múltiplas variáveis, sem que exista um conjunto de regras que possam ser facilmente compreendidas. Programadores, usuários e até mesmo os próprios sistemas de inteligência artificial frequentemente não são capazes de explicar como ou porque essas “caixas pretas” geraram determinados resultados (Bender, 2022, p. 500).

2.2 Impactos da Inteligência Artificial no Processo Eleitoral

A democracia pressupõe a lisura do processo eleitoral e floresce em um ambiente de amplo debate, de tomada de decisões informadas e de livre troca de ideias. Efetivamente, em uma democracia, é essencial que os cidadãos tenham a oportunidade de formar suas convicções de modo independente e informado, livre de ameaças, violência ou manipulações, para então eleger seus representantes em um processo eleitoral transparente e justo.

A integridade do processo eleitoral é um pilar fundamental da democracia, pois garante que a vontade popular seja genuinamente

expressa e respeitada. A falta de confiança no processo eleitoral faz exsurgir questionamentos quanto à legitimidade dos governantes, o que pode levar a crises institucionais e à erosão dos valores democráticos. Assim, o fortalecimento dos mecanismos de controle e a promoção de práticas eleitorais íntegras são tarefas contínuas que demandam vigilância permanente e aprimoramento constante.

Além disso, a democracia se consolida em um ambiente no qual o pluralismo político e a liberdade de expressão são plenamente garantidos. O debate público aberto e diverso permite que as múltiplas perspectivas e interesses da sociedade sejam apresentados e discutidos, contribuindo para a formação de um eleitorado informado e consciente de suas escolhas. A manipulação da informação e a coerção, sob quaisquer formas, constituem ameaças diretas à liberdade de escolha do cidadão, violando o princípio da autonomia política individual. Nesse contexto, torna-se imperioso assegurar que os cidadãos adotem suas decisões políticas com base em uma compreensão clara e honesta da realidade.

Partindo dessas premissas, a inteligência artificial pode funcionar como importante ferramenta para promover a democracia, especialmente no contexto dos processos eleitorais.

A inteligência artificial pode ser utilizada para analisar vasta quantidade de dados (que estão nas redes sociais, por exemplo), identificar padrões e tendências dos eleitores e, assim, possibilitar o direcionamento de mensagens a determinados públicos-alvo específicos – é o chamado *microtargeting*. Dessa forma, as campanhas eleitorais podem alocar seus recursos de forma mais eficiente, enviando mensagens personalizadas, adaptadas no conteúdo e na linguagem de acordo com o público destinatário (Borguesius, 2018, p. 82-83).

Com efeito, essa capacidade de personalização extrema, proporcionada pelo *microtargeting*, permite que as campanhas políticas entreguem mensagens altamente relevantes para diferentes grupos de eleitores, abordando diretamente suas preocupações e interesses específicos. Ao adaptar o conteúdo e a linguagem de acordo com as características e as necessidades de cada segmento, as campanhas podem fornecer informações mais pertinentes e úteis, facilitando uma comunicação mais eficaz e conectando os eleitores com as propostas

que realmente lhes interessam. Esse uso estratégico da inteligência artificial contribui para um diálogo mais direcionado e significativo entre candidatos e eleitores, potencializando a participação democrática.

É também possível cogitar o uso da inteligência artificial para informar os cidadãos sobre o funcionamento do sistema eleitoral, e, desse modo, ao explicar de forma clara e acessível o funcionamento do sistema eleitoral e as nuances das políticas públicas, essa tecnologia permite que os eleitores compreendam melhor o impacto das decisões políticas e façam escolhas mais informadas.

Igualmente, a inteligência artificial pode ser utilizada para avaliar, comparar e resumir propostas de governo, informando a população sobre o posicionamento de cada candidato em relação a determinados temas, ou sobre como determinadas políticas públicas foram abordadas em mandatos anteriores. Por conseguinte, essa ferramenta pode desempenhar um papel crucial ao fornecer aos cidadãos um entendimento aprofundado de como determinados temas foram tratados em mandatos anteriores, oferecendo uma perspectiva histórica que contextualiza as propostas atuais.

Em tal conjuntura, ao facilitar o acesso à informação, a inteligência artificial não só promove maior transparência, como também contribui significativamente para a educação cívica e, conseqüentemente, para o engajamento e o empoderamento do eleitorado, fomentando assim os princípios democráticos (Adam; Hocquard, 2023, p. 2).

A inteligência artificial pode ainda se revelar como decisiva aliada para a fiscalização de campanhas políticas, com o escopo de combater o abuso do poder econômico e outras condutas atentatórias à lisura do processo eleitoral. Por meio da análise de grandes volumes de dados em tempo real, a inteligência artificial pode identificar padrões de gastos irregulares, rastrear a disseminação de desinformação e monitorar a influência indevida de grupos econômicos sobre o eleitorado. Essa capacidade de detecção e de intervenção rápida pode ajudar a prevenir fraudes, garantir a equidade nas disputas eleitorais e, conseqüentemente, fortalecer a confiança pública na integridade do processo democrático.

No entanto, o mau uso da inteligência artificial pode representar um risco à integridade das eleições e, por conseguinte, à própria democracia.

A inteligência artificial generativa pode ser utilizada para produzir informações ou notícias falsas (*fake news*), ou para criar as chamadas *deep fakes*, que são manipulações de áudio, vídeo ou imagem altamente sofisticadas e realistas, a ponto de não ser possível discernir se o conteúdo é autêntico ou não. E o poder de convencimento das *fake news* e das *deep fakes* pode ser explorado às vésperas do pleito eleitoral para disseminar confusão e desconfiança aos eleitores (Bender, 2022, p. 514).

Por outro lado, o uso da inteligência artificial para *microtargeting* não só representa uma ameaça à privacidade dos cidadãos, notadamente à proteção de dados pessoais, como também facilita a manipulação de eleitores. Isso pode ocorrer tanto pela disseminação de *fake news* e *deep fakes* a pessoas mais propensas a consumir esse tipo de conteúdo, como também pela maior exposição de segmentos reativos do eleitorado a temas que lhes são mais sensíveis, amplificando polarizações já existentes na sociedade. Determinado candidato ou partido político poderia, por exemplo, expor eleitores que defendem o porte de arma a um maior número de notícias sobre o aumento das taxas de homicídio (Borguesius, 2018, p. 87).

Em 2018, jornais noticiaram que a Cambridge Analytica, empresa britânica de consultoria política, obteve indevidamente dados de 87 milhões de usuários do Facebook, sem consentimento. A coleta foi feita por um aplicativo de terceiros, instalado por 270.000 usuários do Facebook, por meio do qual foi possível obter dados desses usuários e de seus contatos. Esses dados foram repassados à Cambridge Analytica, que os utilizou para direcionar eleitores com anúncios políticos personalizados, com o intuito de manipular o comportamento nas eleições de 2016 no Reino Unido e nos Estados Unidos (Monteleone, 2019, p. 1).

O uso da inteligência artificial para manipulação dos cidadãos por meio de *microtargeting* acaba minando os princípios da transparência, da autonomia do indivíduo e da livre decisão informada, que são essenciais à lisura do processo eleitoral e à democracia. O cidadão, se sentindo manipulado, pode diminuir seu engajamento político e cair em descrédito quanto às instituições democráticas, aí incluídos

governos, parlamentos, cortes de justiça, figuras públicas, jornalistas e imprensa (Colomina; Margalef; Youngs, 2021, p. 13).

Ressalte-se que a inteligência artificial pode ser empregada não necessariamente para gerar informações falsas, mas para amplificar e direcionar conteúdos polarizadores, utilizando técnicas avançadas de segmentação de audiência. Por meio da análise de perfis comportamentais e de preferências ideológicas, os algoritmos podem reforçar narrativas tendenciosas e exacerbar o viés de confirmação entre diferentes grupos, intensificando a polarização social.

Em tal conjuntura, a desinformação e a manipulação acarretam maior cisão da sociedade, porque criam ou amplificam tensões já existentes, potencializam divisões políticas e ideológicas, reforçam vieses e preconceitos, e assim prejudicam o diálogo construtivo entre diferentes segmentos da população, o que pode culminar na erosão da coesão social e debilitar a construção de consensos necessários para a prosperidade da democracia (Colomina; Margalef; Youngs, 2021, p. 13).

Essa fragmentação social é particularmente perigosa em contextos políticos, em que a polarização exacerbada pode levar à radicalização de grupos e à formação de bolhas informacionais que isolam os indivíduos de perspectivas divergentes. Como resultado, o espaço para o debate público saudável e para a construção de consensos diminui, enfraquecendo a capacidade da sociedade de enfrentar desafios coletivos de forma coesa e democrática. A longo prazo, essa divisão pode minar a confiança nas instituições democráticas, comprometendo sua legitimidade e estabilidade.

Há também o risco de utilização da inteligência artificial para escanear vulnerabilidades na rede computacional dos órgãos públicos responsáveis por conduzir o processo eleitoral, viabilizando ataques maliciosos. Como exemplo, a inteligência artificial pode tornar mais eficientes os ataques DDoS (*Distributed Denial of Service*), que têm por escopo sobrecarregar o tráfego de dados de determinados sistemas, por intermédio de múltiplos acessos simultâneos, até que o alvo não consiga responder ou simplesmente trave (Estados Unidos, 2021). Semelhante ataque ocorreu em 2020, no sistema de contabilização de votos do Tribunal Superior Eleitoral, com uma tentativa de 436 mil conexões por segundo. Segundo o Tribunal Superior Eleitoral, a

empreitada não teve êxito, mas a inteligência artificial pode aumentar o potencial desse ataque (Brasil, 2020).

A despeito de já existirem algumas iniciativas para combater o mau uso da inteligência artificial – como a inserção de padrões invisíveis em textos e de marcas d'água em imagens e conteúdos gerados por essa tecnologia –, bem como algumas tentativas esparsas de regulamentação¹, há enorme dificuldade em combater o emprego malicioso dessa ferramenta.

Os algoritmos de inteligência artificial têm se tornado mais sofisticados, e sua evolução é cada vez mais veloz. Além disso, devido às técnicas de aprendizagem da máquina (*machine learning*), a inteligência artificial tem o potencial de se adaptar às novas contingências para se “defender” ou “burlar” tentativas de controle ou então para tornar seu uso indetectável.

Isso é agravado pela falta de transparência acerca do funcionamento dos algoritmos, bem como pela frequente impossibilidade de se realizar a engenharia reversa. Dessa forma, torna-se inviável determinar os processos e critérios pelos quais o algoritmo chegou à resposta fornecida. Essa opacidade, muitas vezes denominada como “caixa-preta” da inteligência artificial, representa um desafio significativo para a regulamentação e a responsabilização. Sem acesso claro aos mecanismos internos dos algoritmos, torna-se difícil identificar e corrigir possíveis vieses, discriminações ou erros sistêmicos que possam emergir durante seu funcionamento.

Ademais, surge uma questão adicional de grande relevância: atualmente, o controle do código-fonte dos algoritmos está nas mãos de empresas privadas. Essa situação implica que, ao ser empregada pelo setor público, a inteligência artificial acaba sendo influenciada e, em certo sentido, “controlada” por interesses privados. Tal realidade coloca em xeque a autonomia e a transparência do setor público, uma vez que decisões governamentais podem ser moldadas por tecnologias cujo desenvolvimento e funcionamento estão fora da esfera estatal.

¹ No Brasil, a Resolução n. 23.732/2024 do Tribunal Superior Eleitoral regulamentou o uso da inteligência artificial nas eleições. Na União Europeia, o Parlamento Europeu aprovou, em março de 2024, o IA Act, primeira lei abrangente do mundo sobre inteligência artificial, que define regras sobre o fornecimento e uso de inteligência artificial na União Europeia e regula como ela pode ser usada.

Isso levanta preocupações acerca da imparcialidade e do controle democrático sobre essas ferramentas tecnológicas.

Por fim, embora existam esforços de regulamentação do uso da inteligência artificial em diversos países, trata-se de um problema de natureza transnacional, visto que as sedes das empresas desenvolvedoras dessas tecnologias não estão localizadas no Brasil. Um único país, isoladamente, não conseguirá resolver tal questão. Portanto, o combate eficaz ao uso indevido da inteligência artificial só pode ser realizado de maneira sistêmica, envolvendo a colaboração internacional.

Efetivamente, a colaboração internacional torna-se essencial para a criação de um marco regulatório eficaz que contemple as particularidades e os impactos globais da inteligência artificial. Isso requer acordos multilaterais que estabeleçam padrões éticos e jurídicos comuns, assegurando que as tecnologias desenvolvidas em uma nação não comprometam os direitos e a soberania de outras. Somente por meio de um esforço coordenado entre governos, organizações internacionais e empresas é que se poderá garantir uma governança global que promova o uso responsável e seguro da inteligência artificial. Torna-se imperioso, assim, que a reflexão sobre o uso da inteligência artificial se intensifique em nossa sociedade, atingindo um nível de discussão transnacional, essencial para a formulação de políticas globais e efetivas.

3 Considerações Finais

As considerações finais deste artigo sublinham a necessidade premente de uma abordagem coletiva e global para enfrentar os desafios impostos pela inteligência artificial aos processos eleitorais e, por conseguinte, à própria democracia.

A democracia requer a integridade do processo eleitoral e se desenvolve em um ambiente caracterizado por um debate amplo, pela tomada de decisões fundamentadas e pela livre circulação de ideias. Em essência, para que a democracia se consolide, é imprescindível que os cidadãos tenham a oportunidade de formar suas convicções de maneira autônoma e informada, isentos de coerção, violência ou

manipulações, a fim de eleger seus representantes por meio de um processo eleitoral transparente e equitativo.

A inteligência artificial, embora ofereça soluções inovadoras e aumente a eficiência das campanhas eleitorais, também introduz ameaças significativas à integridade dos processos democráticos. O uso indiscriminado dessa ferramenta pode resultar em manipulação de informações, influenciar indevidamente a opinião pública e comprometer a autonomia do eleitor, minando assim a legitimidade dos resultados eleitorais.

Portanto, torna-se imprescindível que a sociedade, os atores políticos e as instituições assumam um papel proativo e engajado na defesa das estruturas que sustentam o regime democrático. A preservação das instituições democráticas exige um compromisso contínuo com a integridade dos processos eleitorais, garantindo que sejam conduzidos de forma justa, transparente e livre de qualquer tipo de interferência ou distorção.

Dentro desse panorama, emerge a necessidade urgente de fomentar uma educação digital cidadã robusta e abrangente, que capacite os indivíduos a navegar de maneira crítica e consciente no ambiente digital. Tal educação é vital para mitigar os riscos crescentes de manipulação e desinformação, especialmente no que tange ao uso crescente e sofisticado de tecnologias de inteligência artificial. Assim, ao promover uma cidadania digital informada e responsável, contribui-se significativamente para a proteção da democracia, assegurando que a tecnologia seja utilizada como uma ferramenta a serviço do bem comum e não como um instrumento de subversão dos processos democráticos.

Além disso, a regulamentação do uso da inteligência artificial é também um passo crucial, mas enfrenta grandes obstáculos devido à sua natureza transnacional. As empresas que desenvolvem essas tecnologias não estão limitadas por fronteiras nacionais, o que dificulta a implementação de soluções eficazes por qualquer país isoladamente. Em tal contingência, é imprescindível que a reflexão sobre o uso da inteligência artificial e seus impactos na democracia alcance um nível de discussão transnacional.

Na realidade, o combate eficaz ao uso indevido da inteligência artificial demanda uma abordagem sistêmica e integrada, que transcenda

fronteiras nacionais e envolva uma colaboração internacional robusta e coordenada. Somente por meio de um esforço conjunto, que mobilize governos, organizações internacionais, setor privado e sociedade civil, será possível enfrentar os desafios complexos e multifacetados que o uso inadequado dessa tecnologia emergente apresenta. Essa cooperação global deve ser orientada pela formulação de políticas abrangentes e consistentes, capazes de estabelecer normas e diretrizes que assegurem tanto a transparência quanto a imparcialidade na aplicação das ferramentas de inteligência artificial.

Como exposto neste artigo, a inteligência artificial detém o potencial de transformar de maneira profunda e abrangente os processos democráticos, impondo-se, portanto, a necessidade imperativa de que essa transformação seja cuidadosamente orientada por princípios éticos rigorosos e por um arcabouço regulatório robusto. Diante do impacto substancial que a inteligência artificial exerce sobre os processos eleitorais e outros aspectos centrais da governança democrática, é essencial que a sociedade se mantenha vigilante e atenta tanto aos riscos quanto às oportunidades que essa tecnologia emergente apresenta.

Somente por meio de uma postura proativa e informada será possível promover uma democracia resiliente, capaz de integrar os avanços tecnológicos de maneira que potencialize seus benefícios, sem, contudo, comprometer os fundamentos essenciais sobre os quais se edifica o sistema democrático. Assim, a construção de uma governança responsável e ética para a inteligência artificial não é apenas desejável, mas crucial para assegurar que as inovações tecnológicas reforcem, e não minem, os valores e as instituições democráticas.

Referências

ADAM, Michael; HOCQUARD, Clotilde. Artificial intelligence, democracy and elections. **European Parliamentary Research Service**, Estrasburgo, Parlamento Europeu, p. 2, out. 2023. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/751478/EPRS_BRI\(2023\)751478_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/751478/EPRS_BRI(2023)751478_EN.pdf). Acesso em: 14 jun. 2024.

BENDER, Sarah M. L. Algorithmic Elections. **Michigan Law Review**, University of Michigan Law School, Ann Arbor, v. 121, p. 489-522, 2022. Disponível em <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=10598&context=mlr>. Acesso em: 14 jun. 2024.

BORGESIUUS, Frederik J. Zuiderveen; et al. Online Political Microtargeting: Promises and Threats for Democracy. **Utrecht Law Review**, Utrecht University, Utrecht, v. 14, p. 82-96, 2018. Disponível em: <https://storage.googleapis.com/jnl-up-j-ulr-files/journals/1/articles/420/submission/proof/420-1-1126-4-10-20180212.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Eleitoral. **Barroso diz que tentativa de ataque ao TSE neste domingo foi neutralizada**, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Novembro/tentativas-de-ataques-de-hackers-ao-sistema-do-tse-nao-afetaram-resultados-das-eleicoes-afirma-barroso>. Acesso em: 14 jun. 2024.

COLOMINA, Carme; MARGALEF, Héctor Sánchez; YOUNGS, Richard. The impact of disinformation on democratic processes and human rights in the world. **Think Tank**, Parlamento Europeu, p. 13, abril 2021. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653635/EXPO_STU\(2021\)653635_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653635/EXPO_STU(2021)653635_EN.pdf). Acesso em: 14 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Cybersecurity and Infrastructure Security Agency. **Understanding Denial-of-Service Attacks**, fev. 2021. Disponível em: <https://www.cisa.gov/news-events/news/understanding-denial-service-attacks>. Acesso em: 14 jun. 2024.

MANHEIM, Karl M.; KAPLAN, Lyric. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. **Yale Journal of Law and Technology**, Yale Law School, Connecticut, v. 21, p. 106-188, 2019. Disponível em: https://yjolt.org/sites/default/files/21_yale_j.l._tech._106_0.pdf. Acesso em: 14 jun. 2024.

MONTELEONE, Shara. Artificial intelligence, data protection and elections. **European Parliamentary Research Service**, Parlamento Europeu, Estrasburgo, p. 1, maio de 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/637952/EPRS_ATA\(2019\)637952_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/637952/EPRS_ATA(2019)637952_EN.pdf). Acesso em: 14 jun. 2024.

SCHIAVINI, Rodrigo. Sistemas de recomendação: como os sites sabem o que você está pensando? **Canaltech**, São Bernardo do Campo, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/sistemas-de-recomendacao-como-os-sites-sabem-o-que-voce-esta-pensando-179721/>. Acesso em: 14 jun. 2024.

TAUTE, Fabian. Reconhecimento Facial e suas controvérsias. **Heinrich-Böll-Stiftung**, Rio de Janeiro, 7 fev. 2020. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2020/02/05/reconhecimento-facial-e-suas-controversias>. Acesso em: 14 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Lei da UE sobre IA**: primeira regulamentação de inteligência artificial. 2024. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/topics/pt/article/20230601STO93804/lei-da-ue-sobre-ia-primeira-regulamentacao-de-inteligencia-artificial>. Acesso em: 14 jun. 2024.

VIEIRA, Leonardo Marques. A problemática da inteligência artificial e dos vieses algorítmicos: caso COMPAS. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE TECNOLOGIA, Unicamp, Campinas, 2019. **Anais [...]**. Campinas, SP, 2019. Disponível em: <https://lcv.fee.unicamp.br/images/BTSym-19/Papers/090.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2024.

Diogo Marcel Reuter Braun

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Unidades do Vale do Itajaí. Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante, Espanha. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera. Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. Procurador do Estado de Santa Catarina.

E-mail: diogo@pge.sc.gov.br.

Endereço profissional: Avenida Prefeito Osmar Cunha, n. 220, Centro, Florianópolis, SC. CEP: 88015-100.

Ligia Janke

Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Procuradora do Estado de Santa Catarina.

E-mail: ligiajanke@pge.sc.gov.br.

Endereço profissional: Avenida Prefeito Osmar Cunha, n. 220, Centro, Florianópolis, SC. CEP: 88015-100.

Recebido em: 15/07/2024

Aceito em: 26/08/2024

Como referenciar este artigo

BRAUN, Diogo Marcel Reuter; JANKE, Ligia. Inteligência Artificial, Democracia e Eleições. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 251-268, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Juridicidade e Efetividade: uma nova perspectiva no controle de políticas públicas pela Advocacia de Estado

Sérgio Laguna Pereira¹

¹Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

Este artigo propõe uma reflexão sobre como a Advocacia Pública pode exercer um papel relevante na avaliação prévia da juridicidade e da adequação das políticas públicas. Na primeira seção, delinea-se o conceito de políticas públicas, destacando a relevância dessas políticas no direcionamento eficaz das ações estatais nas diversas áreas. A segunda seção aprofunda-se nos fundamentos do controle judicial sobre as políticas públicas, articulando uma crítica às limitações desse controle. Finalmente, a terceira seção apresenta análise do papel da Advocacia Pública, argumentando que essa instituição está excepcionalmente posicionada para avaliar a juridicidade e a adequação das políticas públicas. Sugerindo que a Advocacia Pública pode ir além da mera análise de constitucionalidade e de legalidade e recomendando práticas procedimentais e estudos técnicos que reforcem a fundamentação e a eficácia dessas políticas, esta perspectiva oferece um caminho para promover uma governança pública com mais segurança jurídica, eficaz e alinhada com o interesse público.

Palavras-chave: Advocacia Pública; Controle de Políticas Públicas; Juridicidade; Segurança Jurídica.

Legality and Effectiveness: a new perspective on the control of public policies by the State Attorney's Office

Abstract

This article proposes a reflection on how the State Advocacy can play a relevant role in the prior assessment of the legality and adequacy of public policies. The first section outlines the concept of public policies, highlighting the relevance of these policies in the effective direction of state actions in various areas. The second section delves into the foundations of judicial control over public policies, articulating a critique of the limitations of this control. Finally, the third section presents an analysis of the role of the State Advocacy, arguing that this institution is exceptionally positioned to assess the legality and adequacy of public policies. By suggesting that the State Advocacy can go beyond the mere analysis of constitutionality and legality and recommending procedural practices and technical studies that reinforce the foundation and effectiveness of these policies, this perspective offers a path to promote public governance with greater legal certainty, effectiveness and alignment with the public interest.

Keywords: State Advocacy; Control of Public Policies; Legality; Legal Security.

1 Introdução¹

Este artigo dedica-se ao estudo do papel desempenhado pela Advocacia Pública no controle de políticas públicas, com especial atenção à sua capacidade institucional de avaliar a juridicidade e a adequação dessas políticas, para além da tradicional análise de legalidade e de constitucionalidade. A hipótese central que guia a investigação é a de que a Advocacia Pública, por meio de sua atribuição de assessoramento jurídico da Administração Pública, detém condições institucionais únicas que lhe permitem exercer um controle prévio efetivo e construtivo sobre as políticas públicas, contribuindo, assim, para uma governança pública com maior segurança jurídica, mais eficaz e alinhada ao interesse público.

Na primeira seção, será examinado o conceito de políticas públicas em sua acepção mais ampla, reconhecendo a diversidade e a complexidade das ações estatais que se enquadram sob esse termo. Esta seção se propõe a estabelecer uma compreensão abrangente das políticas públicas, não apenas como um conjunto de ações governamentais, mas como um processo complexo de formulação, implementação e avaliação que reflete as prioridades e os valores da sociedade.

A segunda seção do artigo, a seu turno, analisará os fundamentos do controle judicial das políticas públicas e as críticas relacionadas a esse controle. Esse segmento se propõe a discutir as limitações enfrentadas pelo Poder Judiciário ao intervir nas políticas públicas, incluindo questões relativas à sua capacidade institucional, ao desafio do princípio democrático e à tendência de focar perspectivas individualizadas em detrimento do bem-estar coletivo.

Finalmente, na terceira seção, propõe-se uma reflexão sobre como a Advocacia Pública pode ir além da mera verificação da legalidade e da constitucionalidade, recomendando práticas procedimentais e a realização de estudos técnicos que reforcem a fundamentação e a eficácia das políticas públicas. Discute-se de que modo a Advocacia

¹ Artigo científico originalmente submetido e apresentado no 14º *Seminário Internacional Democracia e Constitucionalismo: Participação e Representatividade*, promovido pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí entre os dias 27 a 29 de maio de 2024.

Pública pode contribuir para a qualidade das políticas públicas, promovendo uma governança mais transparente, responsiva e alinhada com os princípios de interesse público. Busca-se não apenas validar a hipótese de que a Advocacia Pública possui um papel crucial no aprimoramento das políticas públicas, mas também oferecer uma contribuição substancial ao debate sobre a governança pública e o controle das ações governamentais.

Recorrendo à pesquisa bibliográfica, o presente trabalho tem base lógico-investigativa apoiada no método indutivo, tendo sido utilizadas, ainda, as técnicas do referente, da categoria e do conceito operacional (Pasold, 2018, p. 31, 43, 62, 91).

2 Breves Considerações sobre Políticas Públicas

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 241), as políticas públicas correspondem a “[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Trata-se de um conceito amplo, que vai muito além daquelas atividades desempenhadas tipicamente pelo Estado, pois “[...] envolve múltiplas ações do Estado, normatizando, executando tarefas, regulando e fomentando” (Nobre Júnior, 2016, p. 1.145-1.146). Consoante se observa, tal conceito compreende “[...] atividades realizadas por particulares em cooperação com o Poder Público, além de ações promovidas diretamente por este” (Nobre Júnior, 2016, p. 1.145-1.146).

No contexto multifacetado da Administração Pública, a concepção, a implementação e o monitoramento de políticas públicas emergem como funções primordiais do Estado, orientadas para o atendimento de demandas sociais, econômicas e ambientais. Tais políticas públicas, longe de se limitarem a intervenções pontuais, englobam um espectro vasto de atividades, incluindo, mas não se restringindo a, serviços essenciais, regulação econômica e social, fomento a setores estratégicos e ações diretas de combate às desigualdades e promoção do bem-estar coletivo. O Estado, que antigamente se dedicava basicamente à disciplina

de normas gerais, além de um rol restrito de serviços, passa a ser um Estado essencialmente administrativo que

[...] presta serviços, executa obras públicas, fiscaliza operações bancárias, emite e resgata títulos da dívida pública, cria instituições de fomento, realiza investimentos e financiamentos, explora e monopoliza atividades econômicas, contrata serviços, nacionaliza indústrias, cria empresas, regula o exercício de profissões, reprime o abuso do poder econômico, combate endemias, executa ações de vigilância sanitária (Silva Filho, 2014, p. 22-36).

Assim, “[...] há novos e inúmeros setores da vida coletiva a serem regulados, tais como os assuntos inerentes ao meio ambiente, à saúde, à biotecnologia, às novas exigências de ordenamento das cidades, entre outros” (Aguiar, 2015, p. 42). E nessa seara, “[...] o conhecimento técnico é quase sempre mais determinante do que o jurídico, que se limita a formalizar o resultado das apreciações dos especialistas” (Aguiar, 2015, p. 42).

A formulação de políticas públicas, nesse passo, é reconhecida como uma atividade intrinsecamente complexa, engajando diversos atores em um processo contínuo de análise, de debate e de definição de estratégias para enfrentamento dos desafios identificados. É por essa razão que se deve afirmar que é, nessa fase, que “[...] os aspectos sociais, econômicos, políticos e jurídicos são discutidos, a fim de se encontrar diretrizes e coordenadas adequadas, necessárias e seguras, para se resolver a questão ora abordada” (Kirsch, 2006, p. 80-81).

É importante pontuar que, no que se refere ao Estado Democrático de Direito, “[...] a administração pública está subordinada não apenas às leis, mas também aos princípios jurídicos, naquilo que se convencionou denominar de princípio da juridicidade” (Oliveira, 2020, p. 70-71). Se antes, em uma noção mais antiga de legalidade, entendia-se que os agentes públicos podiam atuar livremente dentro dos limites da lei, em uma lógica de vinculação negativa, evoluiu-se para a doutrina da vinculação positiva, pela qual “[...] o Direito condiciona e determina, de maneira positiva, a ação administrativa, a qual não é válida se não responde a uma previsão normativa” (García de Enterría; Fernández, 1990, p. 376). Como consequência, pode-se afirmar que, na atualidade,

“[...] o fundamento do direito administrativo é a efetivação dos direitos fundamentais, o que demonstra a impossibilidade de atuações administrativas completamente livres, caprichosas e autoritárias” (Oliveira, 2020, p. 70-71).

O gestor público, assim, “[...] não pode ignorar as mutações sociais, políticas e jurídicas, devendo adaptar-se às novas exigências do mundo globalizado e complexo” (Oliveira, 2020, p. 69). Deve-se reforçar a legitimidade e a eficiência das ações estatais, de modo que, em um contexto fortemente marcado pela complexidade e pelo “[...] antagonismo dos interesses que devem ser perseguidos pelo Estado, a ação administrativa deve intensificar a sua preocupação com o planejamento, com transparência, a abertura à participação da sociedade” (Oliveira, 2020, p. 69).

Consoante destaca Rafael Martins Costa Moreira (2017, p. 63),

No âmbito das relações administrativas no Brasil, frequentemente o desejável planejamento e promoção dos direitos fundamentais são suplantados pela busca de vantagens políticas de curto prazo, com consequente abandono ou menoscabo dos princípios basilares da Administração Pública. São corriqueiras as situações em que os agentes públicos, consumidos por uma “ansiedade política” em atingir resultados imediatos, embriagados pelo poder, empenhados em favorecer particulares em prejuízo da coletividade, ou, ainda, vitimados por desvios cognitivos, tomam decisões que, embora aparentemente benéficas no curto prazo, revelam-se insustentáveis e altamente lesivas aos interesses da sociedade e das gerações presentes e futuras.

O combate a esse problema passa pelo adequado planejamento das ações estatais, notadamente em se tratando de políticas públicas. É, nesse caso,

[...] na esfera da motivação fática e jurídica que a Administração Pública e os controladores terão a oportunidade de avaliar as consequências, as alternativas que foram desprezadas e as prioridades que foram consideradas nas escolhas públicas (Moreira, 2017, p. 66-67).

Nesse processo, a Administração Pública não atua isoladamente; é imprescindível a incorporação de contribuições de diversos setores da sociedade, garantindo, assim, a relevância, a eficácia e a sustentabilidade das políticas implementadas. Esse paradigma reflete um movimento em direção a uma gestão participativa e responsiva, que valoriza a pluralidade de perspectivas e a colaboração como elementos centrais na busca por soluções inovadoras e efetivas (Pereira, 2020, p. 106-107).

A Administração Pública e o processo de formulação de políticas públicas, nesse contexto, são pautados por novas tendências, que incluem “[...] o incremento de soluções consensuais e dialógicas em lugar de padrões monológicos, unilaterais” (Freitas; Moreira, 2015, p. 20); ocorre uma “redução do espaço de captura da discricionariedade, mercê do reconhecimento da vinculação da decisão administrativa aos direitos fundamentais” (Freitas; Moreira, 2015, p. 20); opera-se uma “[...] imposição de economicidade, eficiência, sustentabilidade e eficácia” (Freitas; Moreira, 2015, p. 20), com o propósito de “[...] permitir, para além da legalidade de outrora, o exame de consequências (inclusive efeitos colaterais), bem como o escrutínio ‘ex ante’ de custos e benefícios, diretos e indiretos, relacionados às escolhas públicas [...]” (Freitas; Moreira, 2015, p. 20); e, além disso, ocorre um “[...] aumento de participação da sociedade na definição do conteúdo das decisões administrativas, em reforço à democracia substancial, não apenas formal” (Freitas; Moreira, 2015, p. 20). A participação dos cidadãos nos processos decisórios da Administração Pública é o mecanismo “[...] capaz de diminuir a disfunção organizatória e burocrática, além de criar um novo consenso, uma nova legitimidade que permita superar a crise atual do poder” (Souza, 2017, p. 72-73).

É preciso destacar que o processo de formulação das políticas públicas é substancialmente complexo e multifacetado, exigindo não apenas um profundo entendimento das questões em jogo, mas também uma capacidade de antecipar consequências, mobilizar recursos e coordenar ações entre diferentes setores e níveis de governo.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Brasil, 1942), por exemplo, impõe a importância da motivação pragmática e informada na tomada de decisões estatais, enfatizando a necessidade de considerar o contexto, os obstáculos práticos e as consequências

de cada política. Esse enfoque reflete uma compreensão ampliada do papel do gestor público, que deve agir não apenas como executor de diretrizes predefinidas, mas como um agente capaz de interpretar a realidade, ponderar diferentes alternativas e optar pelas soluções que melhor atendam ao interesse público no longo prazo (Oliveira, 2020, p. 70).

A participação cidadã emerge, nesse cenário, como um pilar fundamental do processo de formulação e de implementação de políticas públicas. Por meio de consultas públicas, audiências e outros mecanismos de engajamento, busca-se assegurar que as decisões tomadas reflitam não apenas as prioridades do governo, mas também as necessidades, as expectativas e as aspirações da sociedade. Essa abordagem, ao promover uma maior inclusão e transparência, reforça a legitimidade das políticas públicas e contribui para a construção de uma relação mais equilibrada e cooperativa entre Estado e sociedade (Nohara, 2016, p. 112).

Por essas razões, as políticas públicas constituem um instrumento vital para a realização dos objetivos sociais e econômicos do Estado, demandando um processo de formulação e de implementação que seja ao mesmo tempo rigoroso, inclusivo e adaptável. Por meio de uma abordagem holística e participativa, é possível não apenas atender às necessidades imediatas da população, mas também antecipar e moldar o futuro de maneira responsável e sustentável.

3 O Controle Judicial das Políticas Públicas: fundamentos e críticas

A intervenção judicial nas políticas públicas representa uma das facetas mais complexas e debatidas no contexto do Direito Público. A capacidade dos tribunais de supervisionar e, por vezes, de redirecionar as ações do Poder Executivo é frequentemente justificada pela necessidade de salvaguardar direitos constitucionais e de garantir que as decisões governamentais sejam alinhadas aos princípios de legalidade e da constitucionalidade. No entanto, ao aprofundar-se na

análise, emergem críticas significativas que questionam tanto a eficácia quanto a legitimidade desse controle.

Inicialmente, os fundamentos para o exercício do controle judicial sobre as políticas públicas ancoram-se na proteção dos direitos fundamentais. É inegável que o Judiciário desempenha um papel crucial em evitar abusos de poder que possam resultar em violações de direitos. Daí porque “[...] a atuação do Judiciário deve se dar somente quando a política majoritária falha [...]” (Aguiar, 2015, p. 43); é que “[...] permitir que o Judiciário trace as condutas dos outros dois Poderes quando estes estão a atuar de maneira satisfatória geraria, aí sim, ofensa aos princípios democrático e da separação de poderes [...]” (Aguiar, 2015, p. 43).

Contudo, essa mesma intervenção levanta preocupações substanciais sobre a capacidade técnica e a adequação institucional do Judiciário para adentrar em áreas tipicamente reservadas ao Executivo, que demandam não apenas conhecimento jurídico, mas também uma compreensão profunda de questões políticas, sociais e econômicas complexas.

Conforme destaca Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar (2015, p. 43), “[...] o problema maior dessa atuação mais ativista do Poder Judiciário envolve, justamente, a difícil percepção das efetivas falhas dos outros Poderes”.

O principal ponto de fricção, contudo, reside no déficit democrático que essa prática implica. A crítica mais penetrante é a de que o controle judicial, ao modificar ou invalidar decisões do Executivo, impõe a vontade de um poder não eleito sobre outro que detém a legitimidade conferida pelo sufrágio popular. Essa dinâmica contrapõe-se ao princípio democrático, segundo o qual políticas públicas devem ser formuladas e implementadas por representantes escolhidos pela população, dentro de um mandato que expressa um programa de governo aprovado pelos eleitores. O problema que se coloca é

[...] por que o Poder Judiciário, contando com membros não eleitos pelo povo, e, assim, não tarimbados democraticamente, deve ter o poder de modificar, ou até anular, escolhas tomadas por agentes públicos pertencentes às instâncias majoritárias, decisões estas políticas, que

envolvem a aplicação de recursos públicos? Ou, em outras palavras, se as decisões quanto à realização de gastos públicos – quanto gastar, em que áreas gastar e como gastar – são essencialmente políticas e devem ser tomadas por aqueles credenciados pelo voto popular a tomá-las, não geraria ofensa ao princípio democrático a cassação de tais decisões por juízes, que não gozam de qualquer credencial democrática? (Aguiar, 2015, p. 43).

A intervenção judicial, nesse sentido, pode ser vista como uma usurpação da vontade popular, subvertendo o processo democrático em favor de uma visão possivelmente elitista e descolada das realidades políticas e sociais.

Além disso, a tendência de individualização das decisões judiciais apresenta outra camada de crítica. Ao focar em casos específicos, o Judiciário muitas vezes promove soluções pontuais que não consideram o contexto mais amplo ou as necessidades coletivas. Essa abordagem pode resultar em políticas públicas fragmentadas, em que as decisões judiciais criam precedentes que são desafiadores para serem geridos de forma coesa pelo Executivo. Nesse contexto,

[...] o Poder Judiciário não seria o local ideal para uma correta análise dos parâmetros e metas que devem ser estipulados quando da confecção de políticas públicas. Assim, por não gozar de adequada e completa assessoria técnica e nem conseguir prever adequadamente seus efeitos, o Poder Judiciário não conseguiria elaborar políticas públicas mais eficientes do que as instâncias de Poder mais acostumadas a fazê-las (Aguiar, 2015, p. 46).

O que se observa, ainda segundo Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar (2015, p. 46), é que “[...] os juízes tendem a acreditar que as demandas postas ao seu crivo devem ter a melhor solução possível [...]”; mas o fazem esquecendo que “[...] tratando-se de políticas públicas, a promoção dos direitos por elas assegurados gera custos e, na imensa maioria das vezes, não há recursos suficientes para atendimento de todas as demandas”. E é justamente a consciência dessas limitações que obriga o gestor público “[...] a atendê-las de acordo com a ‘reserva do possível’ (viés financeiro)”. Essa diferença de perspectiva é marcante:

“[...] pela própria estrutura individualista do processo jurisdicional, o Judiciário não consegue ter a visão de toda a realidade social (macro-justiça)” (Aguiar, 2015, p. 46).

Uma outra crítica incisiva ao controle judicial de políticas públicas diz respeito à quebra de isonomia entre os cidadãos, fenômeno que se manifesta quando a atuação do Poder Judiciário favorece inadvertidamente grupos sociais mais abastados, em detrimento dos mais necessitados (Aguiar, 2015, p. 47). Tal fenômeno ocorre porque, apesar dos avanços no acesso à justiça, ainda existem disparidades significativas no reconhecimento e na reivindicação de direitos. Cidadãos de classes mais altas, frequentemente munidos de melhores recursos e de melhor assessoramento jurídico, tendem a conseguir uma intervenção judicial mais eficaz e oportuna em suas demandas. Por outro lado, os grupos mais vulneráveis, que mais necessitariam dessas políticas para garantir um mínimo existencial, encontram barreiras múltiplas para acessar a justiça de maneira eficiente. Esse desequilíbrio não apenas subverte a lógica de prestar auxílio prioritário aos mais necessitados, mas também perpetua uma distribuição desigual de recursos públicos. Assim, o que se observa é uma distorção no objetivo das políticas públicas de promover equidade e justiça social, já que a intervenção judicial, ao invés de corrigir as desigualdades, acaba por reforçá-las ao privilegiar aqueles que já possuem vantagens substanciais na sociedade.

Além disso, a capacidade técnica do Poder Judiciário para arbitrar sobre políticas públicas é frequentemente questionada devido às limitações inerentes à formação e à prática jurídica dos magistrados. Embora o juiz possa ser auxiliado por perícias, sua formação primordialmente jurídica e a rotina focada na aplicação do Direito aos casos concretos, muitas vezes, o confinam a um raciocínio que se alinha mais estritamente aos princípios legais do que às nuances técnicas de políticas públicas (Nobre Júnior, 2016, p. 1.146). Essa realidade é especialmente crítica em situações que demandam um profundo entendimento de áreas técnicas específicas, como saúde pública, urbanismo ou gestão de recursos naturais, cujos detalhes técnicos são essenciais para a formulação e a execução eficaz das políticas. O juiz, embora diligente, pode encontrar-se em desvantagem ao tentar desvendar a complexidade técnica sem a *expertise* correspondente.

A compreensão dessas informações técnicas é vital para a tomada de decisões judiciais mais informadas e justas, permitindo uma abordagem mais holística e efetiva na definição de prioridades.

As implicações de tais críticas são profundas para a efetividade e a legitimidade das políticas públicas. A interferência excessiva do Judiciário pode levar a um ciclo vicioso de revisões e de contestações legais que minam a capacidade do Executivo de agir de forma decisiva e coerente. Isso pode resultar em uma paralisia administrativa, na qual importantes iniciativas ficam estagnadas em litígios prolongados. Ademais, a incerteza jurídica gerada por constantes intervenções judiciais pode desincentivar o investimento em projetos de longo prazo, essenciais para o desenvolvimento sustentável e o progresso social.

Não obstante, é importante reconhecer que existem circunstâncias em que a intervenção judicial se faz estritamente necessária para corrigir injustiças claras e proteger grupos vulneráveis contra ações ou omissões danosas do Estado. Assim, a questão não reside na eliminação do controle judicial, mas em encontrar um equilíbrio prudente que respeite tanto a autonomia do Executivo quanto a proteção dos direitos fundamentais.

A necessidade desse equilíbrio sugere que o controle judicial deve ser exercido com uma consciência aguda de suas limitações e impactos potenciais. Isso envolve uma abordagem judicial que seja restritiva e criteriosamente aplicada, evitando a substituição arbitrária da discricionariedade executiva por interpretações judiciais que podem não estar adequadamente informadas pelas realidades sociais e administrativas.

4 As Contribuições da Advocacia Pública no Controle de Políticas Públicas

Em vista dessas limitações ao modelo de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, afigura-se importante refletir sobre de que forma poderia a Advocacia Pública contribuir, ainda na fase de concepção e de formulação interna do Poder Executivo, para aumentar

a robustez e a adequação jurídica e social dessas políticas, assegurando segurança jurídica e aumentando a sua legitimidade.

A função da Advocacia Pública transcende a mera representação judicial do Estado, projetando-se como um pilar fundamental no assessoramento jurídico ao Poder Executivo. Não é à toa que está reconhecida na Constituição Federal “[...] a necessidade de haver uma instituição voltada a garantir que as ações empreendidas pelo Estado permaneçam confinadas aos quadrantes estabelecidos pela ordem jurídica” (Silva Filho, 2014, p. 22).

Ao considerar as implicações dessa atuação, adquire relevo não apenas a importância da avaliação da juridicidade das políticas públicas, mas também a capacidade da Advocacia Pública de influenciar substancialmente a elaboração destas, assegurando que sejam embasadas legal e constitucionalmente, ao mesmo tempo que alinhadas com o interesse público.

O diálogo entre o Chefe do Poder Executivo, Ministros, Secretários e demais agentes políticos com competência decisória, de um lado, e os Advogados Públicos, com competência técnica, de outro, possui a inegável virtude de conduzir a uma clarificação e maior correção e ajustamento jurídico das decisões de governo, especialmente em sede de políticas públicas.

Ao zelar pela juridicidade dos atos do Estado, a Advocacia Pública tende a mitigar a ocorrência de vícios de inconstitucionalidade e outros questionamentos que tanto sobrecarregam o Poder Judiciário e que muitas vezes redundam em vultosas condenações para o erário (Silva Filho, 2014, p. 22).

A Advocacia Pública detém uma posição estratégica na análise das políticas públicas, pois é responsável por garantir que estas não somente atendam aos requisitos legais e constitucionais, mas também que sejam eficazes e eficientes do ponto de vista técnico e procedimental (Silva, 2017, p. 12). A partir desse cenário, é fundamental destacar que o envolvimento da Advocacia Pública na fase interna de concepção das políticas assegura que haja uma fundação sólida, capaz de suportar tanto as necessidades imediatas da sociedade quanto as futuras demandas

judiciais. Esse aspecto de antecipação e de prevenção é essencial para conferir maior segurança jurídica às ações do governo.

Se, por meio de políticas públicas, são concebidas predisposições que, no decurso de sua progressiva realização, poderão vir a prejudicar as pessoas, essas predisposições podem tornar-se tanto mais irreversíveis quanto mais progride a sua execução, de modo que é fundamental assegurar que, desde a sua concepção, elas se amoldem à ordem jurídica e não apenas às diretrizes governamentais e sua presumida “bondade” (Silva Filho, 2014, p. 26).

É importante pontuar, todavia, que a Advocacia Pública “[...] não detém nem exercita juízos de conveniência e oportunidade, que são, por mandato constitucional expresse, da alçada exclusiva dos governantes” (Silva Filho, 2014, p. 26). Portanto, ao advogado público, no exercício da consultoria ou do assessoramento jurídico, cabe “[...] tão somente viabilizar, na medida do juridicamente possível, as políticas públicas, apontando alternativas cabíveis” (Silva Filho, 2014, p. 26). Para bem desempenhar essa função, “[...] é de extrema importância a estreita interlocução dos órgãos de Advocacia Pública com as autoridades, os técnicos e os formuladores de políticas públicas em áreas juridicamente sensíveis [...]” (Silva Filho, 2014, p. 26).

É de se notar que a robustez de uma política pública não se constrói apenas no campo normativo, mas também na incorporação de uma diversidade de vozes e de *expertises* no processo de sua formulação. A Advocacia Pública, por meio de sua visão estratégica, pode facilitar a criação de canais de participação para que segmentos variados da população e especialistas de diferentes áreas contribuam efetivamente no delineamento das políticas. Essa abordagem colaborativa não somente democratiza o processo de elaboração, mas também enriquece a qualidade técnica e a prática da política, tornando-a mais representativa e menos suscetível a questionamentos futuros.

A aproximação entre legislador e cidadão pode propiciar processos de produção do Direito em que haja mais persuasão e menos coerção e, nos processos participativos, a negociação do conteúdo pode gerar uma

co-responsabilidade pela sua efetivação, porque os participantes colaboraram com suas representações de mundo, o que é otimizado por uma gama de informações evidenciadas na reconstrução da situação-fática-problema, resultante do processo de avaliação legislativa (Soares, 2007, p. 17).

Ao analisar exemplos práticos da atuação da Advocacia Pública nesse contexto, observa-se a sua intervenção na fase preliminar de estudos para a implantação de grandes projetos de infraestrutura, em que as avaliações de impacto ambiental, os estudos de viabilidade econômica e as análises de conformidade legal são indispensáveis.

Além disso, a atuação preventiva da Advocacia Pública contribui significativamente para a redução de litígios futuros, pois políticas públicas bem fundamentadas tendem a ser menos questionadas judicialmente (Moreira Neto, 2009, p. 44). Políticas bem estruturadas e legalmente sólidas são menos propensas a serem desafiadas em tribunais, o que não apenas agiliza sua implementação como reduz os custos associados a disputas legais prolongadas.

É preciso reconhecer que as críticas dirigidas ao controle judicial de políticas públicas, particularmente quanto ao déficit democrático e à falta de capacitação técnica específica, podem, por analogia, ser em alguma medida estendidas à atuação da Advocacia Pública. Assim como os juízes, os membros da Advocacia Pública possuem formação primordialmente jurídica, o que potencialmente limita sua compreensão acerca das complexidades técnicas envolvidas na elaboração e na implementação de políticas públicas. Ademais, poderia ser argumentado que, ao impor restrições ou recomendações legais que afetam a condução de políticas pelo Executivo, a Advocacia Pública também influencia o processo político e decisório, introduzindo uma camada de controle que não é diretamente legitimada pelo voto popular, similarmente ao que ocorre com o Judiciário.

No entanto, essas preocupações são significativamente mitigadas pela natureza integrada e colaborativa da função que a Advocacia Pública exerce dentro do Poder Executivo. A proximidade com as autoridades e os órgãos técnicos facilita um diálogo constante e construtivo, permitindo que os advogados públicos não apenas recebam

informações técnicas detalhadas, mas também compreendam o contexto e os objetivos das políticas públicas de maneira mais direta e eficaz do que geralmente é possível ao Judiciário. Essa interação contínua garante que as recomendações e as cautelas apontadas pela Advocacia Pública sejam informadas e ajustadas às realidades técnicas e políticas do governo.

Além disso, a atuação da Advocacia Pública contribui para a segurança jurídica, consolidando o respaldo legal das ações do Executivo e assegurando que estas se mantenham dentro dos parâmetros constitucionais e legais. Embora possa haver preocupações sobre a demora na implementação de políticas devido ao assessoramento jurídico, o benefício da maior segurança jurídica e a redução de riscos de litígios ou contestações futuras compensam essas eventuais delongas (Aguiar, 2015, p. 58-59). Dessa maneira, a função desempenhada pela Advocacia Pública emerge não apenas como um contrapeso necessário, mas como um facilitador essencial para a implementação eficiente e legalmente robusta de políticas públicas.

É pertinente destacar que a atuação da Advocacia Pública no assessoramento jurídico durante a formulação de políticas públicas contribui significativamente para a robustez da fundamentação dessas iniciativas. Essa meticulosa preparação do terreno legal e factual não apenas aumenta a resistência da política contra críticas e contestações futuras, mas também fornece ao Judiciário um conjunto detalhado de informações para um escrutínio mais preciso e fundamentado caso a política seja questionada em esferas judiciais, elevando o ônus argumentativo necessário para desafiá-la (Aguiar, 2015, p. 59).

Em síntese, a atuação da Advocacia Pública é fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas robustas e bem fundamentadas, que não apenas cumpram com os requisitos legais e constitucionais, mas que também sejam eficazes e respondam adequadamente às necessidades da população. Por meio de uma atuação proativa e estratégica, a Advocacia Pública pode significativamente mitigar os riscos de contestação judicial enquanto contribui para a efetiva implementação e sustentabilidade de políticas públicas. Assim, seu papel é indispensável no equilíbrio entre a necessidade de ação governamental eficaz e a supervisão judicial apropriada.

5 Considerações Finais

Este artigo se debruçou sobre a relevância da Advocacia Pública no controle prévio das políticas públicas, explorando a juridicidade e a adequação dessas políticas, superando a tradicional análise de legalidade e de constitucionalidade. Após a análise conceitual e crítica sobre as políticas públicas e o controle judicial, assim como a investigação sobre o papel substancial da Advocacia Pública, emergem considerações significativas.

Primeiramente, é imperativo reconhecer a complexidade inerente à formulação e à implementação das políticas públicas. Este estudo evidenciou que as políticas públicas, por sua natureza diversificada e abrangente, demandam um escrutínio jurídico rigoroso que vai além dos tradicionais parâmetros de legalidade e de constitucionalidade.

A primeira seção do artigo reforçou o entendimento de que as políticas públicas são essenciais para a condução de ações estatais que respondem a demandas sociais, econômicas e ambientais, ressaltando a necessidade de uma análise holística que considere as variáveis sociais e políticas envolvidas.

No tocante ao controle judicial, discutido na segunda seção, observou-se uma série de limitações práticas e teóricas que colocam em questão tanto a eficácia quanto a legitimidade dessa modalidade de controle. As críticas apontadas destacam o desafio de capacitação técnica e a adequação institucional do Judiciário para intervir em matérias que exigem não apenas compreensão jurídica, mas também uma apreciação detalhada das nuances políticas e sociais, sem mencionar a complexidade técnica dos assuntos tratados. A atuação judicial, embora necessária em certos contextos para a salvaguarda dos direitos fundamentais, pode levar a uma fragmentação das políticas e a decisões que não consideram o bem-estar coletivo.

Por fim, a terceira seção trouxe à tona a função proeminente da Advocacia Pública, capaz de influenciar significativamente a concepção das políticas públicas. A Advocacia Pública não apenas avalia a conformidade jurídica das políticas, mas também contribui para sua formatação de modo que estejam alinhadas com o interesse público e sejam tecnicamente sustentáveis. Esse papel preventivo e consultivo é

decisivo para garantir que as políticas públicas sejam implementadas com maior segurança jurídica, evitando litígios prolongados e promovendo uma governança mais eficaz e responsiva.

Assim, ressalta-se que a Advocacia Pública desempenha um papel indispensável no fortalecimento das bases legais e técnicas das políticas públicas. Este trabalho expôs a necessidade de uma abordagem mais integrada e menos adversarial na gestão das políticas públicas, já que a Advocacia Pública não apenas assessora o Poder Executivo, mas também facilita a participação cidadã e o diálogo multissetorial, promovendo políticas mais robustas e menos suscetíveis a impasses judiciais. Em suma, a pesquisa demonstrou que a Advocacia Pública, ao atuar tanto na fase de planejamento quanto durante a execução das políticas públicas, contribui decisivamente para a conformação de um formato que respeita os princípios de juridicidade e reafirma o compromisso com o interesse público, garantindo, assim, uma governança pública mais estável, transparente e efetiva.

Referências

AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco de. Controle de políticas públicas pelo advogado público: considerações embrionárias. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, p. 34-61, fev. 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 11 abr. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS, Juarez; MOREIRA, Rafael Martins Costa. Decisões administrativas: conceito e controle judicial da motivação suficiente. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 91, p. 15-26, maio-jun. 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 376.

KIRSCH, César do Vale. Advocacia-geral da União e Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. XVI, p. 80-81, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Advocacia de Estado**: questões institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23-52.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Direito Administrativo e Sustentabilidade**: o novo controle judicial da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Advocacia Pública e políticas públicas. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, NDJ, ano 32, n. 12, p. 1.141-1.150, dez. 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. Controle Social da Administração Pública: Mecanismos Jurídicos de Estímulo à Dimensão Sociopolítica da Governança Pública. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo. **Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina Brasil, 2016. p. 93-114.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública do dever de coerência na administração pública. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 20, n. 228, p. 68-79, fev. 2020.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 14. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.

PEREIRA, Sérgio Laguna. **Limites Jurídicos às Restrições Urbanísticas Municipais à Localização de Novas Unidades Prisionais**: um estudo à luz do federalismo de cooperação e do direito à cidade sustentável. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020.

SILVA, Diógenes Ivo Fernandes de Souza. A advocacia pública e o controle de juridicidade. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 9-29, abr. 2017.

SILVA FILHO, Derly Barreto. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, p. 22-36, 2014.

SOARES, Fernanda de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, [s.l.], v. 9, n. 14, p. 17, jan.-dez. 2007.

SOUZA, Alisson de Bom. **Processo de Demarcação de Terras Indígenas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Sérgio Laguna Pereira

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e pela Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Alicante, Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Máster Universitario em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

E-mail: laguna@pge.sc.gov.br

Endereço profissional: Av. Osmar Cunha, 220, Centro, Florianópolis, SC. CEP: 88015-100.

Recebido em: 29/07/2024

Aceito em: 22/08/2024

Como referenciar este artigo

PEREIRA, Sérgio Laguna. Juridicidade e Efetividade: uma nova perspectiva no controle de políticas públicas pela Advocacia de Estado. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 269-287, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

O Procedimento Extrajudicial de Usucapião: preservação do patrimônio público e garantia do direito do administrado à regularização registral do seu imóvel

Ana Carla Pires Meira Cardoso¹
Cláudia Zacarias Almeida Medici¹

¹Procuradoria-Geral do Estado, Salvador, BA, Brasil

Resumo

Este artigo busca destacar a importância da função da Advocacia Pública para a proteção do patrimônio público e para o atendimento do interesse dos administrados ao acesso à desjudicialização promovida pelo procedimento extrajudicial de usucapião. Partindo-se da análise das disposições contidas no artigo 216-A da Lei Federal n. 6.015/1973 e do Provimento n. 149 da Corregedoria Nacional de Justiça, busca-se demonstrar que ao advogado público incumbe avaliar, nos casos concretos, o cabimento da impugnação ao procedimento extrajudicial de usucapião em curso quando não comprovada a titularidade pública do bem usucapiendo. A análise deve ser realizada de forma cuidadosa, com vistas a assegurar a preservação do próprio interesse público, que também se concretiza no atendimento aos legítimos pleitos dos cidadãos, cujo acesso ao direito postulado por meios extrajudiciais disponíveis na Lei não deverá ser dificultado.

Palavras-chave: Advocacia Pública; Desjudicialização; Regularização Registral; Segurança Jurídica, Interesse Público.

The Extrajudicial Usucapion Procedure: preservation of public assets and guarantee of the administered person's right to the registration regularization of their property

Abstract

This article seeks to highlight the importance of the role of Public Advocacy for the protection of public assets and for meeting the interests of those administered access to dejudicialization promoted by the extrajudicial adverse possession procedure. Based on the analysis of the provisions contained in article 216-A of Federal Law n. 6,015/1973 and Provision n. 149 of the National Inspectorate of Justice, the aim is to demonstrate that it is the public lawyer's responsibility to assess, in specific cases, the appropriateness of the challenge to the ongoing extrajudicial adverse possession procedure when the public ownership of the property being usucapied has not been proven. The analysis must be carried out carefully, with a view to ensuring the preservation of the public interest itself, which also takes the form of meeting the

legitimate demands of citizens, whose access to the right postulated by extrajudicial means available in the Law should not be hindered.

Keywords: Public Advocacy; Dejudicialization; Registration Regularization; Legal Security, Public Interest.

1 Introdução

O procedimento extrajudicial de usucapião instituído pelo artigo 216-A da Lei Federal n. 6.015/1973 constitui reconhecido e legítimo meio jurídico disponível aos administrados para obterem o direito de propriedade da terra onde vivem e produzem. Essa ferramenta de desjudicialização demanda importante reflexão da Advocacia Pública acerca da sua postura nos casos concretos apresentados.

Aos advogados públicos, é cediço, impõe-se o mister de agirem sempre de modo diligente e eficaz na direção da defesa e do resguardo do patrimônio público. O eficiente e cuidadoso exercício da Advocacia Pública é dever cujo cumprimento é imposto aos seus membros, que deverão atuar em prol da garantia e da preservação do interesse público.

Cabe também à Advocacia Pública, na diretriz do efetivo atendimento do interesse público, viabilizar aos administrados o acesso à desjudicialização, inclusive por meio das Serventias Extrajudiciais.

A ausência de discriminação das terras devolutas que integram o patrimônio público, por sua vez, não pode impossibilitar a regularização registral dos imóveis também pela via da usucapião extrajudicial.

Após a alteração da Lei n. 6.015/1973, que introduziu o procedimento de usucapião extrajudicial, o Estado da Bahia foi surpreendido por uma significativa demanda envolvendo imóveis rurais sem comprovada regularidade do destaque do patrimônio público.

A partir dessa constatação, e tendo-se em vista regra estabelecida pela Corregedoria Nacional de Justiça, que determinou a judicialização das usucapiões extrajudiciais sempre que houver impugnação apresentada pelos entes federativos, o que aqui se afirma é o inequívoco comprometimento da efetividade do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos e, pois, da desjudicialização pretendida pelo legislador, se impugnados todos os procedimentos em curso nas Serventias

Imobiliárias, ainda que com base apenas e tão-somente em indícios de devolutividade do imóvel.

Ao se interpretar o arcabouço jurídico vigente e aplicável, resta manifesto que a preservação do patrimônio público contra a grilagem de terras públicas estaduais deve ser realizada com zelo e total eficiência, contudo, não deve inviabilizar aos administrados o uso do procedimento extrajudicial de usucapião, porquanto esse também configura meio jurídico válido e legítimo para obterem a regularização registral dos seus imóveis.

A impugnação ao procedimento apresentada pelos entes públicos apenas com base em indícios de devolutividade poderá ser contrária ao interesse público nos casos em que a usucapião extrajudicial busca regularizar imóveis de pequena dimensão ocupados por cidadãos que neles produzem e vivem, deles retirando o sustento próprio e de suas famílias. A dimensão do imóvel, o seu uso e a adequada destinação são elementos relevantes a serem considerados.

Nesse contexto, faz-se uma reflexão acerca da resposta dos entes públicos nas usucapiões extrajudiciais que deverá ser sempre precedida de necessária avaliação quanto ao efetivo cabimento, ou não, da impugnação ao procedimento em curso, exigindo cuidadosa ponderação sobre a prevalência do interesse público nos casos concretos que se apresentem.

As considerações tecidas neste artigo se embasam no método dedutivo.

2 A Usucapião Extrajudicial

A dimensão continental do território brasileiro traz grandes desafios, especialmente no que se refere à regularização fundiária de imóveis rurais.

Vivencia-se, no campo, situações em que a posse de determinada área é exercida por gerações de uma mesma família, sem que se proceda à regularização da propriedade do bem.

Essa questão, para além da insegurança gerada nas áreas rurais, ganha relevância ainda maior pelo fato de os imóveis sem matrícula no

Cartório de Registro de Imóveis competente perderem considerável valor econômico.

Nesse sentido, eis oportuna transcrição das considerações expendidas por Leonardo Brandelli (2021, p. 365) acerca da importância econômica da regularidade registral dos imóveis:

Na ausência de ingresso da propriedade imobiliária no sistema formal de propriedade, tem-se apenas um pedaço de solo, ou uma construção, mas não um ativo econômico, com toda perda de valor que isso implica, seja no próprio valor da propriedade, a qual, por não se prestar eficazmente à circulação econômica, tem seu valor reduzido, seja porque ela não se presta a gerar riquezas para seu titular, como, por exemplo, através do seu uso como garantia.

Quer isto dizer que os bens imóveis, e todos os direitos que deles derivam, têm o potencial de transformar a realidade econômica de uma nação, catapultando-a para um nível de desenvolvimento, tão só pela riqueza gerada pela formalização dos direitos de propriedade informais existentes.

Ciente desses problemas e das desigualdades existentes, a Constituição Federal de 1988, ao passo em que garantiu, em seu artigo 5º, XXII, o direito à propriedade, determinou que “[...] a propriedade atenderá a sua função social” (Brasil, 1988, art. 5º, XXIII).

Atento ao comando constitucional, o legislador ordinário estabeleceu a possibilidade de o possuidor se tornar proprietário do imóvel que utiliza, servindo-se, para isso, do instituto da usucapião. Ao fazer o adequado uso do imóvel, dando destinação ao bem, o possuidor cumpre a função social da propriedade, obrigação que lhe é constitucionalmente prevista.

A usucapião permite, assim, a aquisição da propriedade da área já usada, desde que comprovado que a posse é exercida com ânimo de dono – “*animus domini*” – de forma justa, pacífica e contínua, e por um lapso temporal suficiente.

Antes da edição do Novo Código de Processo Civil – Lei Federal n. 13.105/2015, que incluiu o artigo 216-A na Lei de Registros Públicos – Lei

Federal n. 6.015/1973, a aquisição da propriedade de um bem imóvel pela usucapião era realizada por meio da propositura de ação judicial.

A Lei Federal n. 11.977/2009, no seu artigo 60, trazia a única hipótese da modalidade administrativa da usucapião, prevista apenas para os casos de regularização fundiária de interesse social na qual havia precedente título de legitimação de posse concedido pelo Poder Público.

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil e a inserção do artigo 216-A na Lei de Registros Públicos, instituiu-se um procedimento extrajudicial que possibilita a aquisição da propriedade de um bem imóvel pela usucapião, sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário.

A usucapião extrajudicial surge, assim, como ferramenta para garantir celeridade à regularização registral de bens imóveis.

2.1 Procedimento da Usucapião Extrajudicial

Nos procedimentos extrajudiciais de usucapião, o pedido é formulado pelos interessados diretamente aos Oficiais Registradores nos Cartórios de Registro de Imóveis, conforme disposto no artigo 216-A da Lei Federal n. 6.015/1973, nos seguintes termos:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, aplicando-se o disposto no art. 384 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes;

III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

§ 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

§ 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

§ 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

§ 10 Em caso de impugnação justificada do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum, porém, em caso de impugnação injustificada, esta não será admitida pelo registrador, cabendo ao interessado o manejo da suscitação de dúvida nos moldes do art. 198 desta Lei.

§ 11 No caso de o imóvel usucapiendo ser unidade autônoma de condomínio edilício, fica dispensado consentimento dos titulares de direitos reais e outros direitos registrados ou averbados na matrícula dos imóveis confinantes e bastará a notificação do síndico para se manifestar na forma do § 2º deste artigo.

§ 12 Se o imóvel confinante contiver um condomínio edilício, bastará a notificação do síndico para o efeito do § 2º deste artigo, dispensada a notificação de todos os condôminos.

§ 13 Para efeito do § 2º deste artigo, caso não seja encontrado o notificando ou caso ele esteja em lugar incerto ou não sabido, tal fato será certificado pelo registrador, que deverá promover a sua notificação por edital mediante publicação, por duas vezes, em jornal local de grande circulação, pelo prazo de quinze dias cada um, interpretado o silêncio do notificando como concordância.

§ 14 Regulamento do órgão jurisdicional competente para a correição das serventias poderá autorizar a publicação do edital em meio eletrônico, caso em que ficará dispensada a publicação em jornais de grande circulação.

§ 15 No caso de ausência ou insuficiência dos documentos de que trata o inciso IV do caput deste artigo, a posse e os demais dados necessários poderão ser comprovados em procedimento de justificação administrativa perante

a serventia extrajudicial, que obedecerá, no que couber, ao disposto no § 5º do art. 381 e ao rito previsto nos arts. 382 e 383 da Lei n. 13.105, de 16 março de 2015 (Código de Processo Civil) (Brasil, 1973, art. 216-A).

Em conformidade com o disposto no artigo anteriormente transcrito, caberá ao Oficial de Registro de Imóveis conduzir o procedimento de usucapião extrajudicial, podendo ser solicitadas ou realizadas diligências para elucidar dúvidas que surjam no curso do procedimento.

O dispositivo já mencionado também determina que seja dada ciência aos entes públicos sobre o pedido extrajudicial de reconhecimento de usucapião para que se manifestem no prazo de 15 dias.

Tal previsão evidencia a preocupação do legislador em assegurar o resguardo e a proteção do patrimônio público, considerando que os bens públicos não são passíveis de usucapião, nos termos dos artigos 183, §3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal e do artigo 102 do Código Civil (Brasil, 1988; Brasil, 2015).

De acordo com o §10 do artigo 216-A da Lei Federal n. 6015/1973, ao Oficial Registrador caberá remeter ao juiz competente da comarca da situação do imóvel os procedimentos nos quais forem apresentadas justificadas impugnações, hipóteses em que serão judicializados. Por sua vez, as impugnações injustificadas não serão admitidas pelos Registradores.

O ente público, quando notificado do procedimento de usucapião de determinada área, deve verificar se o bem que se pretende usucapir encontra-se inserido no seu acervo patrimonial. No acervo patrimonial do ente público, estarão todos os bens imóveis que possuem matrícula imobiliária em seu nome.

Mas não é só: também será necessário ao ente público verificar se o bem pretendido que se acha matriculado em nome de terceiros ingressou de forma regular no patrimônio privado, mediante cadeia dominial válida que comprove o seu prévio e regular destaque do patrimônio público.

Sendo assim, haverá hipóteses em que, quando constatada a irregularidade do destaque do imóvel do patrimônio público e, por consectário, a irregularidade do seu ingresso no patrimônio privado, a

impugnação do ente público estadual terá como fundamento jurídico a existência de indícios de devolutividade do bem pretendido.

Surge, então, importante pergunta: seria tal fundamento suficiente e válido para que se considere justificada a impugnação apresentada pelo ente público? O artigo 216-A da Lei Federal n. 6.015/1973 não traz definição nesse sentido.

O Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149 de 30/08/2023, por sua vez, no §3º do seu artigo 412, estabelece que, sempre que houver impugnação apresentada pelos entes públicos, o procedimento extrajudicial será encerrado e enviado ao juízo competente para o rito judicial da usucapião. Eis a transcrição do mencionado dispositivo:

Estando o requerimento regularmente instruído com todos os documentos exigidos, o oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestação sobre o pedido no prazo de 15 dias. [...]

§ 3º Apresentada qualquer ressalva, óbice ou oposição dos entes públicos mencionados, o procedimento extrajudicial deverá ser encerrado e enviado ao juízo competente para o rito judicial da usucapião (CNJ, 2023, art. 412).

A norma expedida pela Corregedoria Nacional de Justiça se justifica em face do reconhecimento da inviabilidade de se exigir da Administração Pública que, em um procedimento extrajudicial de usucapião, seja apresentada prova pré-constituída da dominialidade pública do bem imóvel usucapiendo.

A via administrativa da usucapião não se constitui sede apropriada para solucionar conflito dominial existente entre o particular e o Poder Público, sendo a ação judicial de usucapião meio jurídico adequado para aprofundar discussão sobre a propriedade do bem.

Nesse cenário, cabe ao advogado público avaliar, nos casos concretos, a pertinência ou não de impugnar determinado procedimento

extrajudicial em curso quando não efetivamente comprovada a titularidade pública do bem.

Ao analisar os documentos apresentados no procedimento de usucapião extrajudicial, para além da cadeia dominial do bem, deve-se atentar para a destinação que está sendo dada ao imóvel pelo possessor e ao tamanho da área que se objetiva usucapir.

A eficiente e responsável defesa do patrimônio público não poderá impedir o exercício do direito de os administrados realizarem, também pela via extrajudicial, a regularização registral dos seus imóveis, especialmente daqueles identificados como pequenas propriedades rurais.

A regularização registral dos imóveis promove segurança jurídica, gera desenvolvimento econômico e conduz à pacificação social, trazendo, dessa forma, evidente e incontestável benefício aos administrados.

3 O Procedimento Extrajudicial de Usucapião como Ferramenta de Alcance da Segurança Jurídica dos Administrados e a Defesa do Patrimônio Público

A incerteza sobre a natureza do bem imóvel usucapiendo (se público ou se efetivamente privado) tem-se constituído fundamento legítimo e juridicamente válido para impugnações apresentadas pelos entes públicos, especialmente os Estados, nos procedimentos extrajudiciais de usucapião.

Significa dizer que, nos procedimentos nos quais não são apresentadas cadeias sucessórias que indiquem títulos de domínio originários emitidos pelo ente público, embora não efetivamente comprovado o domínio público do bem pretendido, é possível alegar a existência de dúvida relevante acerca da regularidade do destaque do bem do domínio público e da sua incorporação ao patrimônio privado como fundamento para a impugnação.

Nesses casos, o fundamento da impugnação apresentada consiste na dúvida e na incerteza acerca da natureza do bem pretendido (se público ou privado) e não na sua efetiva titularidade pública.

A tarefa de impedir a grilagem de terras devolutas não se configura simples e nem fácil, revestindo-se de reconhecida importância e de

evidente valor. Sucede, todavia, que inviabilizar, mediante impugnação não embasada na titularidade pública do bem, o uso de meio jurídico extrajudicial legítimo e válido instituído pelo próprio Direito para satisfazer justos anseios do administrado na busca da segurança registral do seu imóvel poderá, em determinados casos concretos, não constituir a melhor e a mais razoável alternativa.

A grande dificuldade encontrada pelos advogados públicos nos procedimentos de usucapião extrajudicial, contudo, é identificar de forma precisa e exata o patrimônio imobiliário público estadual. Isso porque, em muitos Estados da Federação, as terras devolutas estaduais não foram ainda totalmente discriminadas.

Como, então, atuar nos procedimentos de usucapião extrajudicial em que os imóveis pleiteados não têm comprovação do regular destaque do patrimônio público?

A solução definitiva para essa questão está na discriminação das terras devolutas, importante instituto do Direito Agrário cuja finalidade é a identificação e a separação das terras públicas das terras de domínio particular.

Ao instaurar um procedimento discriminatório, o Estado, fundamentando-se no domínio que detém sobre as terras devolutas, identifica as áreas que lhe pertencem e as extremas das terras já legitimamente incorporadas ao domínio privado. Para além de um poder do ente estadual, a discriminação das terras devolutas é dever constitucionalmente previsto.

Em relação ao tema, a jurisprudência dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem sido uníssona no sentido de que cabe ao ente público o ônus de provar, mediante abertura de procedimento discriminatório, que determinada gleba constitui terra devoluta, não sendo suficiente para tanto a mera alegação de ausência de registro em Ofício Imobiliário quando o imóvel se acha sob a posse de terceiros.

Aqui ainda cabe mencionar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Ag. Int. no Recurso Especial n. 1.308.652 – MG (STJ, 2020), cujo Relator fora o Ministro Herman Benjamin, na qual restou definido que, nas ações discriminatórias, ao ocupante privado caberá o ônus da prova de sua dominialidade mediante apresentação

de cadeia registral válida que demonstre o regular destaque do imóvel do patrimônio público para o privado.

A referida decisão não isentou os entes públicos da obrigatoriedade de abertura de procedimentos discriminatórios, tendo apenas consignado que, no bojo das discriminatórias em curso, ao ocupante privado caberá o ônus da prova da dominialidade.

Diante desse panorama, percebe-se que somente após a realização do necessário e indispensável procedimento discriminatório administrativo ou judicial é possível confirmar o caráter devoluto da terra, regularizando-se, assim, a propriedade pública do bem.

Por tal motivo, entende-se que aos advogados públicos cabe orientar os entes a que se vinculam sobre a imprescindibilidade da realização das discriminatórias para identificação e regularização do seu patrimônio, especialmente dos imóveis rurais.

Até que todas as terras devolutas sejam estremadas mediante procedimento próprio e adequado, será preciso cautela na apresentação de impugnações aos procedimentos extrajudiciais de usucapião não embasadas na comprovada titularidade pública do bem, sob pena de inviabilizar-se o uso de importante ferramenta jurídica de desjudicialização.

Nos casos em que a usucapião extrajudicial busca regularizar imóveis de pequena dimensão ocupados por cidadãos que neles produzem e vivem, deles retirando o sustento próprio e de suas famílias, poderá revelar-se contrária ao interesse público a impugnação ao procedimento apresentada pelos entes públicos quando não houver comprovada titularidade pública do bem.

Necessário realçar que o posicionamento aqui defendido não envolve renúncia pelo ente público do direito de propriedade, porquanto, cabe repetir, não comprovada a titularidade pública do bem imóvel pretendido pelo particular no procedimento extrajudicial em curso.

Ora, se não é possível afirmar que determinada gleba detém natureza de terra devoluta, não se pode falar em renúncia de direito pelo Estado, posto que inexistente qualquer certeza a respeito da devolutividade ou não da gleba cuja regularização registral constitui legítimo fim pretendido pelo particular possuidor por meio legítimo da usucapião extrajudicial.

Oportuno e relevante também enfatizar que, acaso comprovado, posteriormente ao procedimento de usucapião extrajudicial findo e encerrado, que o imóvel usucapido, em verdade, integrava o patrimônio do Estado, será possível requerer, perante o próprio Cartório de Registro de Imóveis, o cancelamento administrativo da matrícula aberta em favor do particular, revertendo ao patrimônio público o bem indevidamente apropriado.

O cancelamento administrativo de matrícula tem embasamento na Lei Federal n. 6.739, de 5 de dezembro de 1979, que viabiliza o cancelamento de matrículas de terras públicas objeto de indevida apropriação.

Pertinente, nesse sentido, a transcrição de excerto do voto do Ministro Edson Fachin (Fachin *apud* Couto, 2019, p. 68):

O cancelamento administrativo de matrícula relativa a imóvel rural, em verdade, consolida provimento declaratório da inexistência desse título, uma vez que deriva de situação nula de pleno direito, no caso, apropriação privada indevida de terras públicas, de terras devolutas [...].

É ato administrativo de reconhecimento de inexistência de situação jurídica, cuja perfectibilização jamais ocorre, nem mesmo pela passagem do tempo, porque advém tanto da ausência de consentimento válido para a outorga dessas terras, que são devolutas, quanto da violação às exigências constitucionais vigentes desde 1934.

Importante destacar, mais uma vez, que o registro de imóveis, além de promover desenvolvimento econômico e social, tem reconhecido e inegável papel pacificador de conflitos, porquanto destinado à garantia da segurança jurídica do próprio tráfego imobiliário. É, pois, indiscutível e importante ferramenta que confere estabilidade e segurança às negociações e aos atos jurídicos que envolvem imóveis, contribuindo para a efetivação do próprio interesse público.

A propósito, quanto ao interesse público, o professor Marçal Justen Filho destaca a sua fluidez conceitual, sendo oportuna a transcrição do trecho a seguir:

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

Assim, o processo de concretização do direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter predeterminado (como, por exemplo, a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse como público. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário, representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais acatados pela comunidade. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público. Sempre e em todos os casos, tal se dá por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais (Justen Filho, 2008, p. 64-65).

Por derradeiro, o princípio do Estado Democrático de Direito conduz à adoção de postura respeitosa do Poder Público em relação aos cidadãos/administrados.

Nessa diretriz, a avaliação e a filtragem das demandas apresentadas que deverão seguir o caminho da desjudicialização, inclusive perante as Serventias Extrajudiciais, e aquelas que deverão conduzir-se no/ou para o Poder Judiciário por meio do litígio são medidas relevantes, prévias e necessárias a serem observadas pelos advogados públicos.

Sem qualquer sombra de dúvida, a prática conciliatória no exercício da Advocacia Pública será possível sempre que compatível com o interesse público, podendo inclusive revelar-se como aquela que melhor o favorece e o realiza no caso concreto.

Não se pode olvidar, outrossim, que o advogado público deverá atuar de forma proativa, garantindo o respeito à ordem jurídica e constitucional vigente e aplicável.

Acerca da atuação proativa, segundo afirma Binenbojm (2014, p. 111-120), a Advocacia Pública constitui função de Estado absolutamente peculiar porque não só pode como deve agir buscando a prevenção de litígios e validando soluções conciliatórias que sejam eficazes e alcancem os melhores frutos para a própria sociedade. A atuação da Advocacia Pública, aliás, tem inegável compromisso com o princípio constitucional da eficiência e com o próprio Estado Democrático de Direito.

Ainda de acordo com Binenbojm (2014, p. 116-117):

[...] a atuação do Advogado Público, como nenhum outro profissional do Direito, tem a possibilidade da visão sistêmica. [...] o Advogado Público tem a possibilidade de conhecer os limites sistêmicos em relação ao orçamento, em relação ao quadro de pessoal, ao quadro de estrutura material, em relação aos possíveis efeitos colaterais de uma política pública, colaborando para a correção de rumos, contribuindo para a elaboração de políticas mais efetivas e mais eficientes. A atuação singular do Juiz diante do quadro concreto, assim como dos membros do Ministério Público e dos Advogados particulares, coloca-os na condição de alguém que vê a árvore sem ver a floresta. E a Advocacia Pública, através dos seus órgãos de cúpula, através dos seus órgãos de atuação institucional, deve ter essa possibilidade de ter a perspectiva geral dos órgãos de governo, para que possa melhor cumprir o seu papel.

Por fim, uma *atuação proativa*. Enquanto o Poder Judiciário é inerte por excelência, a Advocacia Pública pode e deve atuar proativamente no sentido de prevenir litígios, no sentido de aconselhar medidas e no sentido de recomendar que uma solução consensual seja preferível à solução litigiosa. Há um compromisso, portanto, da Advocacia Pública com o princípio constitucional da eficiência [...].

Seguindo, pois, os princípios e as normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro, os advogados públicos, ao exercerem as suas relevantes funções, e sem ignorar a realidade que os circunda, devem adotar condutas que se mostrem mais harmoniosas com a construção

de um Estado Democrático de Direito, pautando-se pela justa e adequada conformação dos interesses da Administração Pública com os legítimos interesses postulados pelos administrados.

4 Considerações Finais

A regularização registral dos bens imóveis, especialmente aqueles localizados em zona rural, constitui desafio a ser enfrentado, porquanto gerador de desenvolvimento econômico e social e propulsor da pacificação almejada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Atento à função social da propriedade, constitucionalmente assegurada, o legislador ordinário instituiu o procedimento extrajudicial de usucapião como instrumento jurídico que viabiliza, de forma mais célere, o reconhecimento da propriedade de áreas já devidamente ocupadas por posseiros, desde que cumpridos os requisitos legais para tanto exigidos.

Nesse contexto, surge questão atinente à adequada e à eficaz preservação do patrimônio público contra a grilagem de terras públicas estaduais sem, contudo, inviabilizar aos administrados o uso do meio jurídico válido e legítimo do procedimento extrajudicial de usucapião para obterem a regularização registral dos seus imóveis.

Ao Poder Público, por sua vez, insta cumprir o dever que lhe é imposto de discriminar e de estrear as terras devolutas estaduais, separando-as daquelas já regularmente incorporadas ao patrimônio privado e recuperando aquelas que tenham sido objeto de indevida e irregular apropriação. O meio jurídico para tanto adequado e cabível será o procedimento discriminatório, administrativo ou judicial.

Utilizando-se o método dedutivo, restou aqui evidenciado que é preciso reconhecer e corroborar a legitimidade de meios juridicamente previstos no ordenamento jurídico pátrio para alcance e obtenção pelos administrados de fins legítimos amparados pelo Direito, garantindo-lhes, assim, de modo mais célere e eficiente, a necessária segurança jurídica e, por consectário, a desejada pacificação social.

Ciente de que a segurança registral pretendida por aqueles que se acham na posse da terra, dando-lhe adequada destinação e

cumprindo a sua função social, não contraria o interesse público, ao advogado público cabe adotar postura cautelosa, porém diligente e colaborativa, na condução de caminhos juridicamente adequados que evitem desnecessárias judicializações.

Referências

- BINENBOJM, Gustavo. O Papel da Advocacia Pública na Estabilidade Jurídica e no Desenvolvimento do País. In: PEDRA, A.; FARO, J.; VIEIRA, P. **Advocacia Pública de Estado: Estudos Comparativos nas Democracias Euro-americanas**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 111-120.
- BRANDELLI, Leonardo. Desenvolvimento Nacional: o Papel do Registro de Imóveis. In: GALHARDO, F. *et al.* **Direito Registral e Novas Tecnologias**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 343-380.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 6.739, de 5 de dezembro de 1979**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6739.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.
- CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 149 de 30 de agosto de 2023**. Disponível em: [https://www.tribunal.org.br/app/webroot/files/downloads/files/C%C3%B3digo%20Nacional%20de%20Normas%20-%20CN-CNJ%20\(excerto%20do%20DJe\).PDF](https://www.tribunal.org.br/app/webroot/files/downloads/files/C%C3%B3digo%20Nacional%20de%20Normas%20-%20CN-CNJ%20(excerto%20do%20DJe).PDF). Acesso em: 10 jul. 2024.

COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. **Usucapião Extrajudicial**. 2. ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2019.

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

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no REsp: 1.308.652-MG 2011/0084258-4**, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 21/09/2017, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 31/08/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101108712/inteiro-teor-1101108721>. Acesso em: 27 ago. 2024.

Ana Carla Pires Meira Cardoso

Procuradora do Estado da Bahia. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Graduada pela Universidade Católica do Salvador.

E-mail: anacarla.cardoso@pge.ba.gov.br

Endereço profissional: Terceira Avenida, n. 370, Centro Administrativo da Bahia, Salvador, BA. CEP: 41745-005.

Claudia Zacarias Almeida Medici

Procuradora do Estado da Bahia. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior Uniyahna. Especialista em Direito de Infraestrutura Pública e Inclusão Social – Novas Tendências e Mecanismos para o Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada pela Universidade Federal da Bahia.

E-mail: claudia.zacarias@pge.ba.gov.br

Endereço profissional: Terceira Avenida, n. 370, Centro Administrativo da Bahia, Salvador, BA. CEP: 41745-005.

Recebido em: 12/07/2024

Aceito em: 21/08/2024

Como referenciar este artigo

CARDOSO, Ana Carla Pires Meira; MEDICI, Claudia Zacarias Almeida. O Procedimento Extrajudicial de Usucapião: preservação do patrimônio público e garantia do direito do administrado à regularização registral do seu imóvel. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 289-306, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Os Limites do Exame de Constitucionalidade Exercido pelo CNJ à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – MS 36.133/BA

Aline Azevedo Nunes¹

¹Procuradoria-Geral do Estado da Bahia (Representação no DF), Brasília, Distrito Federal, Brasil

Resumo

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no exercício de sua atribuição constitucional de lhes apreciar a legalidade, vem determinando a suspensão de atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário, ou a abstenção da sua prática, por considerar inconstitucional a lei que lhes autoriza a edição. O objetivo deste estudo foi descortinar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da matéria, detalhando os parâmetros fixados para a admissão da apreciação da constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público pelo Conselho, assim como os efeitos reconhecidos a essas decisões. Antes, discorre-se sobre o regime constitucional do CNJ, sua natureza e competência, além da justificativa apresentada para as proposições que vieram a se converter na Emenda Constitucional n. 45/2004. O presente estudo de caso tem como objeto o Mandado de Segurança n. 36.133-BA, sem prejuízo da exposição e da análise de outros precedentes da Corte que contribuíram para a consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça; Suspensão de atos administrativos; Apreciação de inconstitucionalidade da lei e atos normativos do Poder Público; Mandado de Segurança n. 36.133-BA; Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; Parâmetros.

The Limits of the Constitutionality Examination Carried Out by the CNJ in Light of the Jurisprudence of the Federal Supreme Court – MS 36.133/BA

Abstract

The National Council of Justice has been ordering the suspension of administrative acts carried out by bodies of the Judiciary, or requiring the abstention from their practice, as it considers the law that authorizes their publication to be unconstitutional. The objective of this study is to elucidate the understanding of the Federal Supreme Court on the matter, detailing the parameters established for assessing the constitutionality of a law or normative act of public authorities by the Council, as well as the effects recognized by these decisions. First, we will discuss the constitutional regime of the

CNJ, its nature and competence, in addition to the justification presented for the propositions that became Constitutional Amendment n. 45/2004. The present case study focuses on the Writ of Mandamus n. 36.133-BA, without prejudice to the presentation and analysis of other Court precedents which contributed to the consolidation of the Federal Supreme Court's jurisprudence on the matter.

Keywords: National Council of Justice; Suspension of administrative acts; Assessment of the unconstitutionality of the law and normative acts of the Public Power; Writ of Mandamus n. 36.133-BA; Jurisprudence of the Federal Supreme Court; Parameters

1 Introdução

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no exercício de sua atribuição constitucional de promover o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (Brasil, 1988, art. 103-B, §4º), vem determinando a suspensão de atos administrativos, ou a abstenção da sua prática, mesmo quando a atuação do Tribunal encontra-se autorizada em lei, formal e material.

O presente estudo de caso tem por objetivo propor uma reflexão acerca dessa prática, na medida em que, por vezes, a pretexto de garantir a observância do artigo 37 da Constituição Cidadã, o que se promove não é o controle de legalidade do ato, mas o julgamento da constitucionalidade da lei que lhe autoriza a edição.

O objeto deste estudo se limita à exposição e à análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal veiculado em decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 36.133, impetrado pelo Estado da Bahia, sem prejuízo da apresentação de precedentes que confirmam a posição da Corte Constitucional acerca do tema deste ensaio.

Ao longo do avanço no estudo proposto, procede-se ao exame da decisão do Conselho Nacional de Justiça que culminara na judicialização da matéria e dos fundamentos que ensejaram a concessão da segurança, bem como a subsistência do comando judicial, a despeito dos recursos interpostos.

Previamente à análise supra, é necessário tecer breves considerações acerca das atribuições do Conselho Nacional de Justiça, da função típica do Poder Legislativo, no contexto da independência e harmonia entre os Poderes da República e do Estado Democrático

de Direito, e da competência para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos.

2 Competência do Conselho Nacional de Justiça – Artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal de 1988

Nos termos do § 4º do artigo 103-B (Brasil, 1988), compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Nesse contexto, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura (2016, art. 4º), cabe ao Conselho, entre outras funções elencadas no dispositivo citado,

I – [...] expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei [...].

E ainda é de responsabilidade do Conselho propor as providências que julgar necessárias à vista da situação do Poder Judiciário no País, evidenciada mediante relatório elaborado anualmente (Estatuto da Magistratura, 2016, inc. VII).

Apesar de inserido na estrutura do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça é órgão administrativo, desprovido de competência jurisdicional. Vale dizer, trata-se de órgão de controle externo gestado, consoante justificativa para a sugestão das proposições que vieram a se converter na Emenda Constitucional n. 45/2004, a partir de uma perspectiva de que “[...] o Poder Judiciário é, dentre os três Poderes da República, o único infenso à fiscalização. Enquanto o Executivo é Fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário – Bicudo, 1992” (Câmara de Deputados, 2004).

Naquela ocasião, asseverou-se que

[...] não basta, para o estabelecimento de controles na atividade do Poder Judiciário, a participação intensa, no caso representado pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados, no recrutamento de juízes e na outorga da vitaliciedade, bem como uma intervenção mais intensa do Congresso Nacional na investidura dos magistrados dos tribunais superiores – Bicudo, 1992 (Câmara de Deputados, 2004).

Nessa linha de intelecção, considerou-se que seria “[...] da maior relevância que qualquer cidadão, como direito seu, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados, como dever, possam participar da instauração e do acompanhamento de procedimentos contra magistrados, nos casos de corrupção [...]”, para, ao final, ressaltar que “[...] as proposições sugeridas servem, portanto, quando mais não seja, como tema de um debate fecundo sobre uma nova organização da justiça no Brasil” (Câmara de Deputados, 2004).

Na oportunidade, concluiu-se que “[...] as proposições sugeridas servem, portanto, quando mais não seja, como tema de um debate fecundo sobre uma nova organização da justiça no Brasil – Bicudo, 1992” (Câmara de Deputados, 2004).

A partir do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, magistrados e tribunais passaram a se submeter ao controle externo exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo, integrante da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, cuja composição efêmera e heterogênea ratifica o propósito de que o exercício do *munus* que lhe justifica instituição não sucumba ao corporativismo institucional.

3 Poder Legislativo – Legitimidade Democrática

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, sendo que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou, diretamente,

nos termos da Constituição. É o que preconiza o primeiro artigo da Lei Maior (Brasil, 1988).

A regra é o exercício indireto do poder, que emana do povo, por meio do Poder Legislativo, cuja função típica consiste em dispor, pela lei, sobre todas as matérias de competência da União (Brasil, 1988, art. 48). Vale dizer que a lei veicula decisões de agentes públicos eleitos para exercer mandato popular e que é a expressão da vontade do povo, razão pela qual é dotada de legitimidade democrática.

Noutro giro, o princípio majoritário, por si só, não assegura a democracia. Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito consagra o respeito aos direitos fundamentais e a proteção do cidadão, nos termos da constituição. Para garanti-los, a Constituição brasileira atribui ao Poder Judiciário uma parcela do poder político, que lhe autoriza invalidar decisões oriundas dos representantes eleitos pelo povo, quando impliquem ameaça ou violação àqueles direitos.

E mais, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes independentes e harmônicos entre si (Brasil, 1988, art. 2º). Tal configuração encontra fundamento no sistema de freios e de contrapesos, segundo o qual cada Poder, embora dotado de autonomia, não se furta ao controle dos demais.

Entende-se, portanto, que, embora fundamente a presunção de validade das leis, a legitimidade democrática de que se reveste o exercício da função legislativa não a exime do controle exercido pelos demais Poderes da república, notadamente o Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público.

4 O Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, “[...] a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” (Brasil, 1988, art. 102).

Trata-se do controle concentrado de constitucionalidade, exercido pela via principal, abstrato ou direto. Tal modalidade de controle, em que pese a relevância que lhe assegura destaque na doutrina, dados os efeitos que lhe são próprios, não é a única.

Qualquer juízo ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, desde que o faça de forma incidental, prejudicialmente ao exame do mérito, observada, ainda, a cláusula da reserva de plenário (*full bench*), consagrada no artigo 97 da Carta Magna. Trata-se do controle difuso, aberto, exercido pela via da exceção ou defesa.

Em regra, o controle posterior ou repressivo é exercido pelo Poder Judiciário. As exceções encontram-se na própria Constituição, não carecendo de aprofundamento para os fins deste estudo.

Relevante, por outro lado, indagar se órgãos administrativos e autônomos de controle estão autorizados ao exercício de controle de constitucionalidade (TCU, CNJ, CNMP). A resposta para esse questionamento é negativa.

Pois bem, no que concerne às Cortes de Contas, avulta destacar que, recentemente, no julgamento do MS 25.888 Ag.R, finalizado em 21 de agosto de 2023, o STF afirmou a compatibilidade da Súmula 347 com a Constituição Federal. Segundo o enunciado, “O *Tribunal de Contas*, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público”.

Entretanto, consoante apontou o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, a Súmula 347 jamais poderia ser lida como uma licença para que as Cortes de Contas realizem controle abstrato de constitucionalidade. Segundo o Magistrado, “[...] o *verbete confere aos Tribunais de Contas – caso imprescindível para o exercício do controle externo – a possibilidade de afastar (incidenter tantum) normas cuja aplicação no caso expressaria um resultado inconstitucional (seja por violação patente a dispositivo da Constituição ou por contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria)*”.

Antes, no julgamento da Petição n. 4.656, ocorrido em 19 de dezembro de 2016, a Suprema Corte já havia firmado entendimento no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça não tem competência para exercer controle de constitucionalidade. Admitiu-se, contudo,

a restrição da aplicação de ato normativo, tido por inconstitucional, levada a efeito por órgão estatal, “[...] *sem a consequência de excluí-lo do ordenamento jurídico com eficácia erga omnes e vinculante [...]*”, citou-se, ainda, naquela oportunidade, que o “[...] *entendimento conjuga-se com o ideal da sociedade aberta de intérpretes, preconizada por Peter Häberle*” (Ministra Cármen Lúcia, em 2016).

Consoante a jurisprudência citada, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo que os órgãos administrativos de controle apreciem, em suas decisões, a constitucionalidade de atos do poder público e, até mesmo, afastem, casuisticamente, normas legais que conduzam a um resultado prático tido por inconstitucional.

5 Estudo de Caso

O presente estudo tem por objeto julgado do Supremo Tribunal Federal, que, no bojo de ação mandamental impetrada pelo Estado da Bahia, promoveu a cassação de decisão do Conselho Nacional de Justiça, que determinara a abstenção de qualquer ato tendente a promover a efetivação de lei estadual considerada destoante dos objetivos almejados por Resolução do Conselho.

5.1 Pedido de Providência n. 0004302-72.2015.2.00.0000 – CNJ

O Pedido de Providência n. 0004302-72.2015.2.00.0000 foi apresentado ao Conselho Nacional de Justiça pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Estado da Bahia (OAB-BA) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

O procedimento tinha o propósito de suspender preventivamente qualquer futura nomeação, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, para o provimento das vagas criadas pela Lei Estadual n. 13.964, de 13 de junho de 2018,

[...] antes da construção e concretização de um plano estratégico que contemple a valorização prioritária

do 1º grau de jurisdição e realização de amplo debate democrático e institucional com os demais representantes da comunidade jurídica baiana e após a nomeação dos juízes e servidores contemplados nos certames respectivos, nos termos das Resoluções n.s 194/2014 e 219/2016 (CNJ, 2015).

Deferida a medida de urgência postulada, suspendeu-se a realização de

[...] qualquer ato tendente a implementar medidas de efetivação da Lei Estadual n. 13.964/2018, que criou nove cargos de desembargador, e de respectivos cargos comissionados de assessor de desembargador, símbolo TJ-FC-2 e de assistente de gabinete, símbolo TJ-FC-3, até a resolução definitiva do mérito [De Oliveira, 2018] (CNJ, 2018, p. 15).

A sobredita decisão foi ratificada, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, do qual se extrai os seguintes excertos:

Entendo que a pretensão reúne os pressupostos necessários para ser acolhida.

O *fumus boni iuris* encontra-se na edição da objurgada lei que, aparentemente, não se mostra consentânea com os objetivos almejados pela Resolução CNJ n. 194, de 26-5-2014, a qual instituiu Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição.

As narrativas das requerentes, amparadas pelos documentos apresentados, apontam para as dificuldades enfrentadas pela primeira instância, mas que, em princípio, foram relegadas com a edição da lei que ampliou o quadro funcional no segundo grau.

[...]

Ictu oculi, as opiniões técnicas apontam para a edição de uma lei ampliativa do quadro funcional do segundo grau do TJBA sem lastro orçamentário suficiente e em contrariedade às disposições de normativos deste Conselho.

O *periculum in mora*, por sua vez, encontra-se na possibilidade de o TJBA implementar, a qualquer tempo,

as medidas necessárias para a instituição dos cargos a partir da autorização concedida com a publicação da Lei n. 13.964/2018, revelando-se urgente a suspensão de qualquer ato administrativo tendente a implementar essas inovações, pois qualquer que seja a conduta a ser adotada, será feita com mais sacrifícios à primeira instância e aos jurisdicionados que, enquanto não tiverem uma melhora significativa na porta de entrada da justiça baiana, não poderão ter seus direitos devidamente amparados [De Oliveira, 2018] (CNJ, 2018, p. 11, 14 e 15).

Em suma, nos termos da decisão em tela, a lei então combatida não poderia ser cumprida porquanto não alinhada aos objetivos da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição instituída por resolução do Conselho Nacional de Justiça, editada no exercício da sua competência constitucional para expedir atos regulamentares, no âmbito da sua atuação.

5.2 Mandado de Segurança n. 36.133 Bahia – Postulação

O Mandado de Segurança n. 36.133 foi impetrado pelo Estado da Bahia com o objetivo de impugnar decisão liminar emitida pelo Conselho Nacional de Justiça com determinação ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

[...] para suspender ou se abster de realizar qualquer ato tendente a implementar medidas de efetivação da Lei Estadual n. 13.964/2018, que criou 09 (nove) cargos de Desembargador, e respectivos cargos comissionados de Assessor de Desembargador, símbolo TJ-FC-2 e de Assistente de Gabinete, símbolo TJ-FC-3, até a resolução definitiva do mérito desde procedimento [De Oliveira, 2018] (CNJ, 2018, p. 15).

5.2.1 A Legitimidade e o Interesse do Estado da Bahia para Postular em Juízo

O ato coator apontava a “[...] edição de uma lei ampliativa do quadro funcional do segundo grau do TJBA sem lastro orçamentário suficiente e em contrariedade às disposições de normativos do CNJ [De Oliveira, 2018]” (CNJ, 2018, p. 15-16), interessando, pois, àquela Unidade Federativa defender a higidez da Lei Estadual n. 13.964/2018.

Nesse contexto, restou evidenciada a legitimidade e o interesse do Estado da Bahia “para postular em juízo”, nos termos do Código de Processo Civil (Brasil, 2015, art. 17).

Outrossim, o artigo 132 da Constituição Federal atribui aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas Unidades Federadas.

No que concerne ao chamado princípio da unicidade da representação judicial dos Estados e do DF, previsto no artigo 132 da Carta Magna, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 1.557-5/DF, que

[...]sem dúvida, as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal são exclusivamente responsáveis pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses de suas respectivas unidades federadas [Gracie, 2004] (STF, 2004, p. 40).

Destacou-se, na oportunidade, que

[...] também ficou assentado na jurisprudência da Casa que este “mandato judicial” diretamente outorgado pela Constituição Federal às Procuradorias envolve, a princípio, o patrocínio dos três poderes estaduais, uma vez que órgãos como Tribunais de Justiça e Assembleias Legislativas **não possuem personalidade jurídica própria**, ao mesmo tempo em que **integram a entidade**

da Federação a que pertencem, esta sim dotada de tal atributo [Gracie, 2004] (STF, 2004, p. 41, grifos meus).

Ultrapassadas as questões preliminares abordadas, passa-se para a apresentação das razões de mérito deduzidas em juízo que se mostraram relevantes para o deslinde da controvérsia.

5.2.2 Incompetência do Conselho Nacional de Justiça para Exercer o Controle Repressivo de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público – Inteligência dos Artigos 97 e 103-B, Inciso II, da Constituição Federal de 1988

Reconheceu-se na decisão impugnada que o PP 0004302-72.2015.2.00.0000 visava “[...] **o exercício do controle de legalidade sobre a Lei n. 13.964/2018** [De Oliveira, 2018]” (CNJ, 2018, p. 11, grifos meus).

Induvidosa, entretanto, a incompetência do Conselho Nacional de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual.

Por meio de decisão monocrática proferida no Processo PCA 0001809-93.2016.2.00.0000, firmou-se, acertadamente, entendimento no sentido de que “[...] **não compete ao Conselho Nacional de Justiça rever a regularidade da norma legal a fim de afastar a sua aplicação**, mesmo que para eventual reconhecimento de sua constitucionalidade [Do Vale, 2016] (CNJ, 2016, grifos meus).

Citou-se, na oportunidade, precedentes do Plenário do Conselho externando entendimento de que “[...] não compete ao CNJ o exame da constitucionalidade de lei, por se tratar de ato oriundo do Poder Legislativo, estranho, portanto, à sua atribuição precípua de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário [Do Vale, 2016]” (CNJ, 2016). Sendo assim, vale reproduzir:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. TAXA DE MANDATO JUDICIAL. EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA DO CNJ. NATUREZA JURISDICIONAL DA MATÉRIA. IMPUGNAÇÃO POR MEIO DE RECURSOS PRÓPRIOS.

IMPACTO NA CELERIDADE E NA EFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO ESTADUAL. NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DA NORMA.

1. Não compete ao CNJ o exame da constitucionalidade de lei, por se tratar de ato oriundo do Poder Legislativo, estranho, portanto, à sua atribuição precípua de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

2. As decisões que determinam o recolhimento da “taxa de mandato judicial” são proferidas no bojo de processos judiciais, pelo que são atacáveis por recurso próprio. Logo, não são alcançadas pelo controle administrativo exercido por este Conselho.

3. Não obstante, no intuito de buscar o aperfeiçoamento e a eficiência dos serviços judiciários, recomenda-se ao TJSP a adoção de providências e/ou a apresentação ao órgão responsável de proposta com vistas à alteração/extinção da referida “taxa”.

4. Pedido de Providências parcialmente procedente (PP – Pedido de Providências – Conselheiro – 0003030-19.2013.2.00.0000 – Rel. RUBENS CURADO – 183ª Sessão – j. 25/2/2014).

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PROJETO DE LEI DE INICIATIVA DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONVERSÃO EM LEI COMPLEMENTAR. INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA REVER NORMA LEGAL. CRIAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE RECONHECIDA.

1 – Uma vez que o projeto de lei de iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, para criação de funções de Assessor Correicional, foi convertido na Lei Complementar n. 572, de 19/06/2012, não é competente este Conselho Nacional de Justiça para rever a norma legal e eventualmente reconhecer a sua inconstitucionalidade, como pretende o requerente, a fim afastar a sua aplicação.

2 – A atribuição de Assessor Correicional, por expressa previsão legal, somente poderá ser destinada a um servidor ocupante de cargo de provimento efetivo do Poder Judiciário, o que leva à conclusão de que se está diante de uma função e não de um cargo.

3 – Se é uma função, não se há de falar na criação de cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, ao contrário do sustentado pelo requerente. Da mesma forma, não sendo cargo, a função de Assessor Correicional prescinde da realização de concurso público para o seu provimento.

4 – Perde a razão de ser a tese do requerente da possível concorrência de atribuições do Assessor Correicional com as do cargo

de Analista Administrativo e a necessidade de se aproveitar os aprovados em concurso público realizado para este último cargo. 5 – Pedido julgado improcedente (CNJ – PP – Pedido de Providências – Conselheiro – 0003488-70.2012.2.00.0000 – Rel. SÍLVIO ROCHA – 158ª Sessão – j. 13/11/2012).

Ora, nos termos do artigo 96, inciso II, alínea b, da CRFB, compete privativamente aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, dentre outras matérias de seu interesse exclusivo, a “[...] a criação e a extinção de cargos” (Brasil, 1988).

No uso de tal atribuição, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia encaminhou ao parlamento estadual projeto de lei, que, após tramitação regular, convolou-se na Lei Estadual n. 13.964/2018, que criou nove cargos de desembargador e seus respectivos cargos comissionados de assessor de desembargador e de assistente de gabinete.

Desse modo, restou prejudicada a atuação do Conselho Nacional de Justiça, na medida em que o ato que se buscava controlar encontrava-se revestido de constitucionalidade presumida, ainda que passível de questionamento em âmbito judicial.

Pois bem. Nos termos do §4º, inciso III, do artigo 103-B da CRFB, compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura,

[...] zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União (Brasil, 1988, art. 103-B).

Logo, em que pese tenha a Carta Política atribuído ao Conselho Nacional de Justiça competência para zelar pela observância do artigo 37, sua atuação encontra limitações constitucionais expressas, **como aquela que a restringe à apreciação de atos administrativos.**

Outras são implícitas, extraídas da sistemática constitucional de repartição de competências, mais precisamente, *in casu*, do artigo

102, inciso I, segundo o qual compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Vale dizer, a subsistência do ato coator convolaria o PP 0004302-72.2018.2.00.0000 em sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, porquanto, além de atribuir indevidamente ao Conselho a competência para proceder ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, ampliaria o rol de legitimados para propor tal exame.

E não é só, já que nos termos do artigo 70 da Constituição do Estado da Bahia,

[...] cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do governador, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre: [...] VII – organização administrativa, judiciária, do Ministério Público, das procuradorias, da Defensoria Pública e dos Tribunais de Contas [...]” (Bahia, 1989, art. 70).

Nessa senda, sob pena de violar o princípio de harmonia entre os poderes, ao Conselho Nacional de Justiça não compete “[...] impor ao Presidente do Tribunal de Justiça local que se abstenha de cumprir o diploma legislativo editado, em razão de sua suposta ilegitimidade constitucional” (Brasil, 2020). É o que se extrai de recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 15 de junho de 2018, nos autos do Ag. Reg. na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.582/DF (Rel. Ministro Celso de Mello), cuja ementa segue reproduzida:

EMENTA: Conselho Nacional de Justiça. Processo legislativo instaurado por iniciativa de Tribunal de Justiça. Suposta eiva de inconstitucionalidade reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça. Impossibilidade de o Conselho Nacional de Justiça, sob alegação de “aparente vício do projeto original”, impor ao Presidente do Tribunal de Justiça local que se abstenha de cumprir o diploma legislativo editado, em razão de sua suposta ilegitimidade constitucional. Limitações que incidem sobre a competência do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 103-B, § 4º), considerado o caráter estritamente administrativo de que

se reveste o seu perfil institucional. **Precedentes. Magistério da doutrina. A instauração** do processo legislativo **como ato** de caráter **eminentemente** político **e** de extração **essencialmente** constitucional. **Doutrina. A questão** do controle de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça. **Inadmissibilidade** de referida fiscalização segundo orientação **firmada** pelo STF e, também, pelo próprio CNJ. **Parecer** da Procuradoria-Geral da República, que perfilha igual orientação quanto ao mérito, **pelo deferimento** do “writ” mandamental. **Mandado de Segurança concedido**. Recurso de agravo prejudicado.

No mesmo sentido: MS 28903/DF (Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento: 15.06.2018), MS 28966/DF (Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento: 15.06.2018), MS 28924 MC-AgR/DF (Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento: 15.06.2018), MS 28936 MC-AgR/DF (Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento: 15.06.2018), MS 28937 MC-AgR/DF (Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento: 15.06.2018)

Não se trata de posicionamento novo, pois, no mesmo sentido:

*EMENTA: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. **INADMISSIBILIDADE**. ATRIBUIÇÃO ESTRANHA À ESFERA DE COMPETÊNCIA DESSE ÓRGÃO DE PERFIL ESTRITAMENTE ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO “ULTRA VIRES”. LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO). **AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA, PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS E AUTONOMIA DOS ESTADOS-MEMBROS: LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE NÃO PODEM SER DESCONSIDERADAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA** [...] (Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 32.865/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ. 05/06/2014).*

O CNJ não é órgão jurisdicional do Poder Judiciário, consoante tese assentada por ocasião do julgamento da ADI 3.367/DF (Rel. Ministro Cesar Peluso, DJ. 22/09/2006), no sentido de que sua natureza é exclusivamente administrativa – “[...] *órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura*” (Brasil, 2006).

Em posicionamento absolutamente alinhado à jurisprudência da Suprema Corte, a Exma. Conselheira Relatora do PCA 0001809-93.2016.2.00.0000 afirmou que

[...] não cabe ao CNJ interferir na esfera orgânica de outros Poderes, sob pena de ofensa ao pacto federativo, pois, apesar de ser órgão do Poder Judiciário, conforme o artigo 92 da Constituição Federal, possui natureza exclusivamente administrativa e não jurisdicional (art. 103-B, § 4º, CF), o que lhe impede de proceder à fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis [Do Vale, 2016] (CNJ, 2016).

Em remate, concluiu, com precisão: “Não poderia, portanto, o CNJ determinar que o Tribunal desprezasse uma lei vigente, a não ser por considerá-la inconstitucional, todavia, **esse juízo sobre a validade da lei não lhe é dado formular, como ocorreu no caso** [Do Vale, 2016] (CNJ, 2016, grifos meus).

Avulta reiterar que o próprio CNJ reconheceu não dispor de competência para proceder ao controle incidental de constitucionalidade de diplomas legislativos, como é possível perceber:

*Procedimento de Controle Administrativo. Desconstituição de ato Administrativo. Estado do Acre. LC 161/06. Autorização dada ao Tribunal de Justiça para, por resolução, fixar a competência de varas e juizados especiais. Alegação de inconstitucionalidade. – ‘**Não cabe ao Conselho Nacional de Justiça, órgão de natureza administrativa, fazer análise da constitucionalidade de leis estaduais.** Não conhecimento do pedido.’” (PAC 199, Rel. Cons. Marcus Faver – destacamos).*

*Pedido de Providências. **Lei Estadual de iniciativa de Tribunal de Justiça.** Criação de Cargos em Comissão sem exigência de concurso público. **Não compete ao Conselho Nacional de Justiça, dentro das atribuições conferidas pelo artigo 103-B da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, exercer controle de legalidade ou de constitucionalidade sobre lei estadual.** Pedido de Providências de que se conhece e a que se nega provimento.” (PP 7000, Rel. Cons. ALTINO PEDROZO – destacamos).*

Do exposto, concluiu-se, em apertada síntese, que, ao expedir ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia determinação para que deixasse de “[...] implementar medidas de efetivação da Lei n. 13.964/2018 [De Oliveira, 2018]” (CNJ, 2018, p. 16), o CNJ incorrera em flagrante afronta à Constituição Federal. A uma, porque exorbita as atribuições conferidas ao Conselho pelo §4º do artigo 103-B da Carta Política, restando caracterizada a usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal e aos demais órgãos jurisdicionais integrantes do Poder Judiciário para proceder ao controle concentrado e difuso, respectivamente, de leis e atos normativos estaduais questionados em face da Constituição Federal. A outras, porque invade a esfera de competência privativa Poder Legislativo Estadual, em clara afronta ao princípio fundamental da independência e da harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, consagrado no artigo 2º da CRFB (Brasil, 1988).

5.3 Mandado de Segurança n. 36.133 Bahia – STF – Decisão

Com respaldo no artigo 205 do Regimento Interno da Corte, em 20 de setembro de 2019, a Ministra Rosa Weber, Relatora do Mandado de Segurança n. 36.133, concedeu a ordem, para anular o ato impugnado.

Para fins deste estudo, relevantes as premissas firmadas a respeito do seguinte argumento, veiculado, entre outros, para embasar o pedido de concessão da segurança: “[...] i) incompetência do CNJ para exercer fiscalização abstrata de constitucionalidade da Lei Estadual n. 13.964/2018 [...]” (STF, 2019, p. 1-2).

No particular, a decisão pautou-se nos seguintes excertos:

6. À luz dos trechos acima reproduzidos, observo que, para justificar a suspensão da lei estadual baiana n. 13.964/2018, a autoridade impetrada registrou que o referido diploma legal se originou de anteprojeto gestado sem o cumprimento de requisitos estabelecidos em resoluções do CNJ. Em especial, de acordo com a decisão impugnada, o encaminhamento de proposição legislativa voltada à criação de cargos no âmbito do

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia revelaria a adoção de medida incompatível com a Resolução n. 194/2014, que estabelece política de valorização do primeiro grau de jurisdição.

7. Não encontra guarida na jurisprudência desta Suprema Corte a suspensão, pelo CNJ, da eficácia de diploma estadual, em procedimento que se assemelha com o deferimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (arts. 10 a 12 da Lei nº 9.868/1999). Desprovido de função jurisdicional, o Conselho Nacional de Justiça, embora integre o Poder Judiciário, não exerce controle abstrato de validade de diplomas legais e **pode apenas, incidentalmente, na apreciação de atos concretos, fazer juízo sobre a adequação constitucional da conduta dos órgãos sob sua fiscalização** (STF, 2019, p. 6-7, grifos meus).

Ponderou-se, entretanto, em evidente *distinguishing*, que a jurisprudência da Corte admite que,

No exercício do controle da validade de atos administrativos concretos, o CNJ deve dar preponderância a parâmetros diretamente extraídos da Magna Carta, em detrimento de outros, com ela contrastantes, veiculados em diplomas infraconstitucionais [Weber, 2019] (STF, 2019, p. 7, grifos meus).

Nada obstante, “[...] não pode o CNJ erigir como parâmetros de controle suas próprias resoluções, de molde a afastar, de modo geral e abstrato, a validade de diploma estadual [Weber, 2019]” (STF, 2019, p. 8). A uma, porque, “[...] se admitida atuação do Conselho Nacional de Justiça no afastamento da validade de diploma legal, de modo geral e abstrato, isso importaria em exercício, por aquele órgão, sem legitimidade para tanto, de atribuições típicas de Corte Constitucional [Weber, 2019]” (STF, 2019, p. 8); a outra, porque “[...] inviável o controle de validade de lei à luz de resoluções do Conselho Nacional de Justiça”, na medida que “elas não se revestem de patamar hierárquico superior ao conferido às leis estaduais [Weber, 2019]” (STF, 2019, p. 9).

Nessa linha de intelecção, asseverou-se, ao final,

[...] que, implementado, no âmbito de pedido de providências destinado essencialmente a fiscalizar a validade do processo de edição da lei estadual, o ato impugnado está eivado de injuridicidade, seja porque emanado de órgão destituído de função de Corte Constitucional, seja porque os parâmetros de controle utilizados, resoluções do CNJ, não se encontram em patamar hierárquico superior nem constituem fundamento de validade do diploma estadual [Weber, 2019] (STF, 2019, p. 9).

Agravada, a decisão foi mantida pela Primeira Turma, em julgamento concluído em 17 de setembro de 2021. O acórdão restou ementado nos seguintes termos:

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO UNIPESSOAL AGRAVADA QUE CONCEDEU A ORDEM, PARA ANULAR O ACÓRDÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE DETERMINOU, DE MODO LINEAR, SEM O ESTABELECIMENTO DE PRAZO OU CONDIÇÃO, A SUSPENSÃO DE ATOS TENDENTES A DAR EFETIVIDADE AO ESTATUÍDO EM LEI ESTADUAL. CONDUTA QUE, ENQUANTO EQUIVALENTE AO DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, NÃO ADERE AO ROL DE ATRIBUIÇÕES DA AUTORIDADE IMPETRADA.

1. Não encontra guarida na jurisprudência desta Suprema Corte a linear suspensão, pelo Conselho Nacional de Justiça, sem o estabelecimento de qualquer prazo ou condição, da eficácia de diploma legal estadual, em procedimento que se assemelha ao deferimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (arts. 10 a 12 da Lei nº 9.868/1999).

2. Desprovido de função jurisdicional e do papel de Corte Constitucional, o Conselho Nacional de Justiça, embora integrante do Poder Judiciário, não exerce fiscalização abstrata de validade de lei. Compreensão consentânea com a esposada pelo Plenário desta Casa no recente julgamento de 8 (oito) impetrações coletivas (mandados de segurança n.s 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500, 35.812, 35.824 e 35.836).

3. Inviabilidade, na espécie, de promover-se fiscalização de juridicidade à luz de resoluções do CNJ, uma vez que elas não se revestem de patamar hierárquico superior nem constituem fundamento de validade da lei estadual enfocada (Lei nº 13.964/2018 do Estado da Bahia, que criou, no âmbito do Tribunal de Justiça local, 09 (nove) cargos de Desembargador, e os correlatos cargos comissionados de Assessor de Desembargador, símbolo TJ-FC-2, e de Assistente de Gabinete, símbolo TJ-FC-3).

3. Inviabilidade, na espécie, de promover-se fiscalização de juridicidade à luz de resoluções do CNJ, uma vez que elas não se revestem de patamar hierárquico superior nem constituem fundamento de validade da lei estadual enfocada (Lei nº 13.964/2018 do Estado da Bahia, que criou, no âmbito do Tribunal de Justiça local, 09 (nove) cargos de Desembargador, e os correlatos cargos comissionados de Assessor de Desembargador, símbolo TJ-FC-2, e de Assistente de Gabinete, símbolo TJ-FC-3).

*4. Agravo interno **conhecido e não provido** (Terceiro Ag. Reg. em Mandado de Segurança n. 36.133/BA, Rel. Ministra Rosa Weber, DJ. 22/09/2021).*

Prevaleceu, portanto, o entendimento no sentido de que, **no exercício do controle de atos administrativos concretos**, o CNJ pode e deve parametrizar-se em normas de envergadura constitucional, ainda que tal juízo resulte no afastamento, casuístico e incidental, de norma legal que produza, na espécie, resultado tido por inconstitucional.

Noutro giro, não lhe é dado, sob pena de usurpação da competência do STF, proceder ao controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, assim como lhe é vedado erigir suas resoluções ao patamar de fundamento de validade de leis infraconstitucionais.

6 Outros Precedentes

A controvérsia acerca da possibilidade de órgãos administrativos, no exercício de suas atribuições constitucionais, promoverem o afastamento de lei ou de ato normativo, por razões de inconstitucionalidade, não é recente e já foi objeto de diversos pronunciamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante a seguir evidenciado.

6.1 Julgamento da Petição n. 4.656-PB

Trata o caso de ação anulatória ajuizada sob a alegação de incompetência do CNJ para declarar a inconstitucionalidade de lei.

Por via da ação, o Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba (SINJEP) postulava a desconstituição de decisão do Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo n. 2009.10.00.0018762, que determinou a exoneração de todos os ocupantes dos cargos em comissão a que se refere o artigo 5º da Lei Estadual n. 8.223/2007, sob o argumento de que o dispositivo legal que embasava os atos de nomeação contrariava o princípio constitucional de ingresso no serviço público mediante concurso público. Segue o teor da ementa do julgado, extraído da Ação Cautelar n. 2.390/PB:

*PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
INSTAURADO DE OFÍCIO. SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA.*

1. NOMEAÇÃO DE ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS PARA CARGOS EM COMISSÃO DE LIVRE PROVIMENTO E EXONERAÇÃO. IRREGULARIDADE. No regime constitucional brasileiro a nomeação de servidores públicos somente dispensa a aprovação em concurso público quando se tratar de ocupante de cargo em comissão para o exercício de encargos de chefia, direção ou assessoramento. Inteligência do disposto no art. 37, II e V, da Constituição Federal.

2. LEI ESTADUAL DE CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO DE LIVRE PROVIMENTO. INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS LIMITES MATERIAIS DE TOLERÂNCIA DO EXCEPCIONAL INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO SEM CONCURSO. Não salva da pecha de antijuridicidade a circunstância de serem os cargos comissionados criados por lei porque a reserva de lei (CF, art. 96, II, b) é apenas um dos requisitos constitucionais para a existência regular de cargos em comissão. Declaração de nulidade das nomeações irregulares com determinação para que o tribunal adote as providências para exoneração dos respectivos ocupantes no prazo de sessenta dias.

Assentou o CNJ, para legitimar sua conclusão, que o dispositivo questionado não explicita as atividades a serem desenvolvidas pelos

nomeados para o exercício do cargo comissionado de “Assistente de Administração”, limitando-se a atribuir-lhes o desempenho de “atividades administrativas”. Logo, a lei criadora não apresentaria, nas atribuições descritas, funções inerentes aos cargos de direção, chefia ou assessoramento (Brasil, 1988, art. 37, inciso V).

No julgamento, entendeu a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, que o CNJ teria agido no exercício da atribuição que lhe confere o inciso II, § 4º, do artigo 103-B da Constituição da República, que assim dispõe:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

[...]

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União. (Brasil, 1988, art. 103-B).

Quanto à natureza da decisão impugnada, a ministra destacou que a restrição da aplicação da lei por inconstitucionalidade levada a efeito pelo CNJ não enseja a sua exclusão do ordenamento jurídico com efeito *erga omnes* e vinculante.

Ela acrescentou que essa atuação não prescinde do exame de validade do ato administrativo, que perpassa, necessariamente, pela adequação constitucional do dispositivo legal no qual se fundamenta.

Outrossim, citou trecho de decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, Relator da Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 31.923/RN, no sentido de que

[...] **há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado (RMS 8.372/CE, Rel. Min. PEDRO CHAVES, Pleno – grifei)** (Medida

Cautelar no Mandado de Segurança n. 31.923/RN, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 19.4.2013, grifos no original) (Ministra Cármen Lúcia, em 2016).

Sustentou, ainda, que os efeitos da inconstitucionalidade declarada no exercício dessa competência implícita poderiam contemplar, excepcionalmente, expressa determinação para os órgãos constitucionalmente submetidos à sua esfera de influência afastarem a aplicação da lei reputada inconstitucional. Nesse caso, assim como na declaração de inconstitucionalidade, haveria que se ter como indispensável a manifestação da maioria absoluta dos membros do Conselho.

E não é só, anteriormente, no julgamento da ADI n. 3233/PB, o Supremo Tribunal Federal declarara inconstitucional o *caput* e os incisos I e II do artigo 1º da Lei Estadual n. 6.660/1998, do artigo 5º da Lei Complementar Estadual n. 57/2003, a Lei n. 7.679/2004 e a Lei n. 7.696/2004, que haviam criado 192 cargos comissionados de Agente Judiciário de Vigilância, com as atribuições de prestar serviços de vigilância e segurança.

No julgamento dessa ação direta, ressaltou, o Pretório Excelso assentou a inconstitucionalidade daquelas leis estaduais por ofensa ao princípio da livre nomeação e exoneração, previsto no artigo 37, inciso II, da Constituição da República, realçando a “[...] *necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público*” (Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 14.9.2007) (Ministra Cármen Lúcia, em 2016).

Citando trabalho doutrinário de sua autoria, a nobre Relatora concluiu seu voto observando

[...] que não é qualquer cargo que pode ser definido legalmente como sendo de provimento comissionado, excluindo-se, por força dessa característica, das exigências de concurso público para a nomeação do seu titular (Rocha, 1999, fl. 176).

Pelos termos claros e taxativos do artigo 37, inciso V, da Constituição da República, prossegiu, em menção à obra mencionada:

[...] vê-se, pois, que inexistente possibilidade de ter o legislador infra-constitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo (Ministra Cármen Lúcia, em 2016).

Finalizando o voto pelo **julgamento improcedente da ação anulatória, com declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 8.223/2007**, citou trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, segundo o qual o Supremo Tribunal interpreta a norma do inciso V do art. 37 da Constituição da República

[...] como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração – e a devida regulamentação por lei – de que as atribuições de determinado cargo sejam bem atendidas por meio do provimento em comissão, no que se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado (Ministra Cármen Lúcia, em 2016).

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, acompanhando a Relatora, entendeu que

[...] quem quer que tenha que aplicar lei, sem ser um órgão subalterno, deve interpretar a Constituição e, se entender que a lei é incompatível com a Constituição, tem que ter o poder de não a aplicar, sob pena de estar violando a Constituição (Ministro Luís Roberto Barroso, em 2016).

Já o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhou integralmente a Relatora, acrescentou que

[...] o que se vê na decisão contestada do CNJ, é que ele não declara inconstitucional a lei sob a qual ele se debruçou, mas simplesmente invoca precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, para determinar a exoneração daqueles servidores que foram contratados em desconformidade com aquilo que a Constituição estabelece no art. 37 e que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem vergastado (Ministro Lewandowski, em 2016).

Ao votar, quanto ao tema de fundo, o Ministro Luiz Fux logo assentou a tese de que “[...] os cargos em comissão da lei paraibana são *flagrantemente inconstitucionais, por violação ao que previsto no art. 37, V, da Constituição da República*”. Noutro giro, asseverou que

*[...] o ponto nevrálgico a ser enfrentado é o seguinte: saber se o Conselho Nacional de Justiça possui competência para afastar a aplicabilidade de determinada norma, com fundamento em sua inconstitucionalidade, especialmente quando a matéria já se encontra pacificada nesta Corte. **A resposta, antecipo, é afirmativa** (Ministro Fux, em 2016).*

Lado outro, entendeu que

*[...] o fato de haver manifestação prévia desta Suprema Corte a respeito da inconstitucionalidade da matéria posta a exame pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ **não deve ser visto como necessidade exclusiva para possibilitar o afastamento da norma**, mas, sim, servirá de ônus argumentativo sólido para potencializar a fundamentação analítica do necessário afastamento da incidência da norma no caso concreto (Ministro Fux, em 2016, grifos meus).*

Nessa linha de intelecção, concluiu que, **para o afastamento de norma que o órgão considere absolutamente contrária à Lei Fundamental**, não seria necessária a manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (Ministro Fux, em 2016).

Entretanto, para não vulgarizar e alargar de maneira ilimitada a competência do Conselho Nacional de Justiça, assentou, como premissa teórica, que

*[...] **o afastamento de leis ou atos normativos somente deve ocorrer nas hipóteses de cabal e inconteste ultraje à Constituição – certamente potencializada por precedentes deste Supremo Tribunal Federal sobre a matéria** (Ministro Fux, em 2016).*

Finalmente, reitera que, ao assim proceder, o Conselho não estaria usurpando a competência do Supremo, mas exercendo sua própria competência constitucional, para

[...] o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (CRFB/88, art. 103-B, § 4º), zelando pela observância do art. 37 e apreciando, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário (CRFB/88, art. 103-B, § 4º, inciso II) (Ministro Fux, em 2016).

Nesse contexto, ressaltando fundamentação diversa daquela apresentada pela Relatora, acompanhou-lhe o voto em suas conclusões.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, apontou a Súmula 347, que autoriza o exercício desse controle pelo Tribunal de Contas, e destacou a existência de discussões sobre se a competência hoje seria justificável (Ministro Gilmar Mendes, em 2016).

Por derradeiro, o Ministro Marco Aurélio salientou que, há muito tempo, o Supremo assentou o entendimento de que órgão algum da Administração Pública está compelido a observar lei conflitante com a Carta da República (Ministro Marco Aurélio Mello, em 2016).

Pelo exposto, no mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, considerou válida a atuação do Conselho Nacional de Justiça e julgou improcedente o pedido da ação anulatória, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 8.223/2007 da Paraíba. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 19.12.2016.

E mais, consoante ementa do acórdão, prevaleceu a tese de que

3. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho (STF, 2016).

6.2 Julgamento do Ag.Reg. em Mandado de Segurança 25.888 Distrito Federal

O MS 25888 AgR/DF devolveu ao Plenário do Supremo Tribunal Federal a questão da compatibilidade, com a ordem constitucional atual, da competência declarada na Súmula 347 da Corte, segundo a qual “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público”.

Em síntese, pelo ato apontado como coator, o TCU, invocando o enunciado acima mencionado, determinou à impetrante, Petróleo Brasileiro S.A, e a seus gestores que se abstivessem de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto n. 2.745, de 24.8.1998, sob o argumento de que o artigo 67 da Lei n. 9.478/1997, que lhe servia como fundamento de validade, seria inconstitucional, razão por que a empresa deveria observar os ditames da Lei n. 8.666/1993.

Inconformada, a Petrobrás impetrou mandado de segurança no qual alegou, entre outros argumentos, que: *“a) o Tribunal de Contas de União não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A Súmula 347 do STF foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, há muito revogado”* (Ministro Gilmar Mendes, em 2023).

Nada obstante, em decisão monocrática datada de 14 de novembro de 2020, o Relator do Mandado de Segurança, Ministro Gilmar Mendes, julgou prejudicado o *mandamus*, por vislumbrar a perda superveniente do objeto, sob o argumento de que a lacuna normativa na regulamentação do artigo 173, § 1º, inciso III, da Constituição *“foi colmatada com a edição da Lei n. 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”* (Ministro Gilmar Mendes, em 2023).

No agravo regimental sob exame, a impetrante insurgiu-se contra a decisão supra, aduzindo, entre outras alegações, que *“[...] um dos fundamentos autônomos do mandado de segurança envolve o reconhecimento de que o TCU não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos autonomamente, em caráter abstrato e*

vinculante [...]” e que “[...], tratando-se de tese autônoma suscitada no mandado de segurança, a expressa e inequívoca conclusão jurídica da r. decisão agravada quanto ao ponto já impõe a concessão, no mínimo parcial, da segurança pleiteada” (Ministro Gilmar Mendes, em 2023).

Segundo narrava a impetrante,

[...] no ato apontado como coator, o TCU desbordou de suas competências ao determinar que a Petrobras observasse os arts. 22 e 23 da Lei 8.666/1993 em seus certames licitatórios, e não as regras previstas em seu procedimento licitatório próprio, que fora aprovado e veiculado pelo Decreto n. 2.745/1998, este com fundamento direto de validade no art. 67 da Lei n. 9.478/1997, que o previu; tudo isso ao fundamento de que ambos os diplomas normativos seriam inconstitucionais (Ministro Gilmar Mendes, em 2023).

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes desenvolveu, em tópico próprio, o tema “*Súmula 347-STF: inadequação no caso em exame e parâmetros para um uso compatível do enunciado no contexto constitucional de 1988*” (Ministro Gilmar Mendes, em 2023).

De início, reiterou que “[...] no que se refere à administração pública, o entendimento tradicionalmente esposado pelo direito constitucional brasileiro é no sentido de que lhe assiste a possibilidade de deixar de aplicar lei ou ato normativo inconstitucional [...]”, o que, diversamente da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, não implica a sua retirada do mundo jurídico (Ministro Gilmar Mendes, em 2023).

Reconhecido o fato de que o dever de zelar pela normatividade da Constituição não é monopólio do Poder Judiciário, propôs o Magistrado a fixação de parâmetros.

Primeiramente, a interpretação do texto constitucional levada a cabo pelo Supremo, guardião da Constituição, deve ser acompanhada pelos demais órgãos públicos, em decorrência do efeito definitivo de sua decisão, ainda que destituída de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, porquanto considerada como “*indicativa do sentido normativo-constitucional da matéria abordada*”. Avulta notar que, consoante apontou “*semelhante compreensão tem sido desenvolvida por este Tribunal em casos relacionados ao CNJ e CNMP*” (Ministro Gilmar Mendes, em 2023).

No particular, citou o julgamento do MS 26.739/DF (Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 1º.3.2016). Na ocasião,

[...] entenderam os Ministros que é possível que órgãos autônomos — como CNJ, CNMP, o Tribunal de Contas da União, dentre outros — profiram decisão no sentido de afastar a aplicação de determinado ato normativo por vício de inconstitucionalidade, desde que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja pacífica em reconhecer a inconstitucionalidade da matéria (Ministro Gilmar Mendes, em 2023, grifos meus).

Vale dizer,

*[...] o que se espera dos órgãos não jurisdicionais é a **aplicação da jurisprudência da Corte ao caso concreto**, com possível afastamento de determinado ato normativo caso verificada expressa incompatibilidade com o texto constitucional, nos termos fixados pelo próprio Supremo Tribunal Federal (Ministro Gilmar Mendes, em 2023, grifos meus).*

Nada obstante, concluiu que

*[...] é possível vislumbrar renovada aplicabilidade da Súmula 347 do STF: o verbete confere aos Tribunais de Contas a possibilidade de afastar (incidenter tantum) normas cuja aplicação no caso expressaria um resultado inconstitucional (**seja por violação patente a dispositivo da Constituição** ou por contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria) (Ministro Gilmar Mendes, em 2023, grifos meus).*

Em segundo lugar, ponderou o Ministro que “[...] o afastamento de lei ou ato normativo, por razões de inconstitucionalidade, depende também de sua imprescindibilidade para o exercício do controle externo”. Aqui, vislumbra-se a máxima de que a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução das funções que lhe foram atribuídas – teoria dos poderes implícitos (Ministro Gilmar Mendes, em 2023).

Ao citar outro precedente, o Relator registrou posicionamento da Ministra Rosa Weber, no julgamento do MS 35.410 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021), que acompanhou o relator

ressalvando apenas a possibilidade de que a Corte de Contas “[...] *afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte*” (Ministro Gilmar Mendes, em 2023).

Ao final, entretanto, prevaleceu, no julgamento do Ag.Reg. em Mandado de Segurança 25.888 – DF, finalizado em 21 de agosto de 2023, a tese no sentido de que a compatibilidade da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal com a ordem constitucional de 1988 pressupõe a seguinte interpretação: os Tribunais de Contas, **caso imprescindível para o exercício do controle externo**, podem afastar (*incidenter tantum*) normas cuja aplicação no caso expressaria um resultado inconstitucional (seja por **violação patente a dispositivo da Constituição** ou por contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria).

Avulta reiterar que semelhante compreensão tem sido desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal em casos relacionados ao CNJ e ao CNMP.

7 Considerações Finais

Este artigo buscou investigar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos limites da atuação do Conselho Nacional de Justiça quando, no exercício de sua atribuição constitucional de promover o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (Brasil, 1988, art. 103-B, §4º), determina a suspensão de atos administrativos, ou a abstenção da sua prática, ainda que a atuação do Tribunal enteja amparada em lei, formal e material, tida por inconstitucional pelo Conselho.

No julgamento da Petição 4.656-PB, ocorrido em 16 de dezembro de 2016, assentou-se entendimento no sentido de que se insere entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, casuística e incidentalmente, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle.

Ressaltou-se, na oportunidade, que a restrição da aplicação da lei por inconstitucionalidade levada a efeito pelo CNJ não enseja a sua exclusão do ordenamento jurídico com efeito *erga omnes* e vinculante. Nesse ponto, residiria a distinção entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de lei inconstitucionais.

Admitiu-se, contudo, a possibilidade de o Conselho determinar aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, desde que o faça por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos seus membros.

A despeito dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, fato este que convolou a atuação do CNJ, no caso concreto, em mera aplicação da jurisprudência da Corte, **não se firmou posicionamento acerca da indispensabilidade, ou não, da existência de jurisprudência pacífica do STF em reconhecer a inconstitucionalidade da matéria, para legitimar o afastamento da lei supostamente inválida pelo CNJ.** O tema, embora presente nas discussões, em *obiter dictum*, não integrou *ratio decidendi*.

No julgamento do Ag.Reg. em Mandado de Segurança 25.888 Distrito Federal, finalizado em 21 de agosto de 2023, por sua vez, reiteirou-se a **possibilidade de a administração pública deixar de aplicar lei ou ato normativo inconstitucional**, procedendo-se a **fixação de alguns parâmetros para essa atuação.**

Primeiramente, a interpretação do texto constitucional levada a cabo pelo Supremo, se houver, ainda que destituída de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, deve ser acompanhada pelos demais órgãos públicos, porquanto considerada como “[...] *indicativa do sentido normativo-constitucional da matéria abordada*” (Ministro Gilmar Mendes, em 2020).

Em segundo lugar, ponderou o Relator, Ministro Gilmar Mendes, que “[...] o *afastamento de lei ou ato normativo, por razões de inconstitucionalidade, depende também de sua imprescindibilidade para o exercício do controle externo*” (Ministro Gilmar Mendes, em 2023).

Em síntese, prevaleceu, naquele julgamento, o entendimento de que, **desde imprescindível para a consecução das funções que lhe foram atribuídas pela Constituição**, o órgão ou instituição estará

autorizado a afastar (*incidenter tantum*) normas cuja aplicação no caso expressaria um resultado inconstitucional (**seja por violação patente a dispositivo da Constituição ou por contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria**).

Finalmente, no julgamento do Mandado de Segurança 36.133 Bahia, objeto do presente estudo de caso, concluído em 17 de setembro de 2021, reiterou-se, mais uma vez, o entendimento de que, **no exercício do controle de atos administrativos concretos**, o CNJ pode e deve parametrizar-se em normas de envergadura constitucional, ainda que tal juízo resulte no afastamento, casuístico e incidental, de norma legal que produza, na espécie, resultado tido por inconstitucional.

Noutro giro, não lhe é dado, sob pena de usurpação da competência do STF, proceder ao controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, assim como lhe é vedado erigir suas resoluções ao patamar de fundamento de validade de leis infraconstitucionais.

Em suma, o exame de julgados do Supremo Tribunal Federal evidencia que a jurisprudência da Corte encontra-se assentada no sentido do reconhecimento da possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça afastar, casuística e incidentalmente, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, observadas as seguintes premissas:

- 1) A não aplicação de lei inconstitucional não se confunde com a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, monopólio do Poder Judiciário.
- 2) A decisão de não aplicar lei que lhe pareça inconstitucional não se reveste de efeito *erga omnes* e vinculante, ressalvada a possibilidade de o Conselho determinar aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, desde que o faça por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos seus membros.
- 3) O afastamento de lei ou ato normativo, por razões de inconstitucionalidade, pressupõe o exame de legalidade de ato administrativo concreto e a imprescindibilidade da apreciação da

constitucionalidade da lei ou ato normativo para o exercício das atribuições constitucionais do órgão ou entidade.

- 4) O resultado da aplicação da norma apreciada deve ensejar, em concreto, na visão do Conselho, violação patente a dispositivo da Constituição ou contrariar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, ainda que a decisão judicial paradigmática não se revista de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.
- 5) É possível, excepcionalmente, que, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho, o CNJ determine aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância do entendimento que ensejou o afastamento, por inconstitucionalidade, da aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle.
- 6) Ao Conselho Nacional de Justiça é vedado erigir suas resoluções ao patamar de fundamento de validade de leis infra-constitucionais, cuja compatibilidade vertical deve ser aferida a partir do Texto Constitucional.

Repise-se, por fim, que a manifestação prévia do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade da matéria submetida ao exame do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em princípio, **não é condição para possibilitar o afastamento da norma**, “[...] *mas, sim, servirá de ônus argumentativo sólido para potencializar a fundamentação analítica do necessário afastamento da incidência da norma no caso concreto*” (Ministro Fux, em 2016).

Referências

BAHIA. **Constituição Estadual do Estado da Bahia**. 1989. Disponível em: https://www.al.ba.gov.br/fserver:/imagensAlbanet:upload:Constituicao_EC_33.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan.-dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. **Lei Estadual n. 13.964/2018**. Salvador, BA. 2018. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/ba/lei-ordinaria-n-13964-2018-bahia-altera-o-art-38-da-lei-no-10-845-de-27-de-novembro-de-2007-e-cria-cargos-de-desembargador-assessor-de-desembargador-e-assistente-de-gabinete>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

CÂMARA DE DEPUTADOS. **Emenda Constitucional n. 45, de 2004**: Exposição de Motivos. Brasília, DF. 2004. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>. Acesso em: 27 maio 2024.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pedido de Providências n. 0004302-72.2015.2.00.0000**. Brasília, DF. [2015].

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pedido de Providências n. 0004302-72.2018.2.00.0000**. Brasília, DF. [2018]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/Processo/ConsultaProcesso/Detalhe/listAutosDigitais.seam?idProcesso=104673&ca=7d686d4ed76047722b4fd185db043c82e2deec17316f52ed49ad808bad7ff19097c011b663693ad048dcdaa9c1ce4c75>. Acesso em: 27 maio 2024.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Procedimento de Controle Administrativo n. 0001809-93.2016.2.00.0000**. Brasília, DF. [2016]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/cnj/595833901/inteiro-teor-595833936>. Acesso em: 3 jul. 2024.

DA CUNHA, Justino Braga. **Em defesa do Estado Democrático de Direito, liberdade e vida**. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/152>. Acesso em: 28 maio 2024.

ESTATUTO DA MAGISTRATURA. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 1, de 2016 (Consolidada)**. Estabelece o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/11/b784f28609a8816ac1d54a6a093432a0.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. fl. 176.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.557-5/DF**. Brasília, DF. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385543>. Acesso em: 2 jul. 2024.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367/DF**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95163/false>. Acesso em: 2 jul. 2024.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.865/RJ**. Brasília, DF. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=229404836&ext=.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 36.133/BA**. Brasília, DF. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341241256&ext=.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.582/DF**. Brasília, DF. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1100309214/inteiro-teor-1100309276>. Acesso em: 2 jul. 2024.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. Mandado de Segurança 36.133/BA**. Brasília, DF. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757422198>. Acesso em: 10 jun. 2024.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. em Mandado de Segurança 25.888/DF**. Brasília, DF. 2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360846208&ext=.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2024.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição n. 4.656/PB**. Brasília, DF. 2023b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771913392>. Acesso em: 24 jun. 2024.

Aline Azevedo Nunes

Especialista em Direito de Infraestrutura Pública – Novas Tendências e Mecanismos de Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas (GVlaw). Procuradora do Estado da Bahia (Representação no Distrito Federal). Informações complementares: concluiu, com aproveitamento máximo, a matéria Direito Financeiro 2 (PPGD2950) do curso de mestrado da Universidade de Brasília, como aluna especial.

E-mail: aline.nunes@pge.ba.gov.br

Endereço profissional: Representação junto aos Órgãos e Tribunais Federais (RJOTF-PGE-BA-SAUS), quadra 1, bloco i, lotes 3-a/5, térreo, sala 101, Brasília, DF. CEP: 70070-010.

Recebido em: 04/07/2024

Aceito em: 26/08/2024

Como referenciar este artigo

NUNES, Aline Azevedo. Os Limites do Exame de Constitucionalidade Exercido pelo CNJ à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – MS 36.133/BA. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 307-342, dezembro de 2024.



Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC-SA 4.0. Para visualizar uma cópia desta licença, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Segunda seção

Peça Histórica

SC-401: a construção de uma atuação coletiva

A decisão da comissão editorial da *Revista da PGE* com relação à petição de contestação apresentada na ação em que a empresa detentora da concessão da rodovia SC-401 busca a rescisão contratual e a condenação do Estado de Santa Catarina ao pagamento dos valores da obra de duplicação, dos lucros cessantes e de outros consectários é uma demonstração da excelência do trabalho desenvolvido pela Procuradoria-Geral do Estado.

Sob vários aspectos, sociais, jurídicos, processuais ou econômicos, as questões, administrativas e judiciais, que envolvem o contrato de concessão da rodovia SC-401, constituem, em seu conjunto, um dos maiores desafios da história da Procuradoria-Geral do Estado.

Um breve histórico é importante para se compreender a complexidade da causa.

Em 1998 foi proposta perante a Justiça Estadual a primeira ação judicial pela concessionária, pedindo a prorrogação do contrato de concessão em razão de decisão judicial proferida em ação popular, que impediu a cobrança da tarifa de pedágio. Posteriormente, em 1999, a concessionária propôs outra ação judicial, desta feita perante a Justiça Federal, pedindo a rescisão do mesmo contrato, alegando descumprimento contratual pelo Estado. As duas ações continuam em trâmite.

Um tópico interessante é que a discussão sobre a competência da Justiça Federal para apreciar a lide deu-se, inicialmente, em sede de agravo de instrumento e, posteriormente, em recursos aos Tribunais Superiores, mas nos autos principais.

Outro ponto de destaque é que a concessionária obteve por duas vezes autorização para cobrança da tarifa de pedágio, uma por decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, suspensa pelo Superior Tribunal de Justiça, e outra, quando o próprio STJ reestabeleceu a decisão do TRF4, que desta feita não pode ser cumprida em razão de liminar concedida pela Justiça Estadual em mandado de segurança impetrado pela PGE, em nome do antigo DER-SC, para que fosse observada a exigência da Lei Estadual que concedia isenção da tarifa

do pedágio aos moradores do norte da ilha, em razão da qual a concessionária deveria cadastrar todos os veículos desses moradores. Ante a dificuldade de cumprimento, a tarifa de pedágio não pode ser cobrada.

Não serão narradas as demais questões processuais, que envolvem, além de processos administrativos para declaração da caducidade do contrato de concessão e outras medidas cautelares, diversos recursos aos Tribunais Superiores, e que fazem com que essas ações estejam tramitando há 25 anos, demandando um livro apenas para explicar cada uma delas.

Isso porque entende-se que essa petição tem um significado muito mais relevante do que as matérias nela debatidas e a estratégia processual adotada.

Durante os 25 anos de tramitação, vários colegas participaram dessa ação, efetuando com afinco a defesa dos interesses do Estado de Santa Catarina, sendo, portanto, uma “obra coletiva” que transcende os nomes que assinam as petições. Esse é o maior significado da contestação.

São claramente recordadas as diversas reuniões realizadas na antessala do 5º andar do antigo prédio da PGE, na Rua Saldanha Marinho, onde foi debatida, traçada a estratégia processual e elaborada a petição em uma época na qual os recursos tecnológicos, que hoje tanto facilitam nossa atividade, eram praticamente inexistentes.

A antessala do 5º andar funcionava como um local de encontro dos procuradores que atuavam no prédio central e, por isso, os debates tinham a participação ocasional de outros colegas que, embora não participassem do grupo designado, eventualmente ofereciam sugestões e opiniões, como os procuradores aposentados Mauro Deschamps e Moacir Frassetto.

A experiência da produção intelectual conjunta, com a relevante troca de ideias e opiniões, foi importantíssima na consecução do trabalho e de todo o desenrolar do trâmite processual ao longo desses 25 anos de tramitação, o que demonstra a qualificação do corpo de Procuradores de Estado da PGE.

A contestação que ora é publicada foi elaborada pela procuradora Francis Lilian Torrecillas Silveira (como coordenadora), pelos procuradores Juliano Dossena, Manoel Cordeiro Júnior e por este subscritor.

Ainda atuaram no caso as procuradoras Ana Cláudia Allet Aguiar, Célia Iraci da Cunha e Sigrid Anja Reichert e os procuradores Eduardo Zanatta Brandeburgo, Ezequiel Pires, Fernando Alves Filgueiras da Silva, Loreno Weissheimer, Sérgio Laguna Pereira e Weber Luiz de Oliveira.

fls. 1



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA 2ª
VARA DA CIRCUNSCRIÇÃO DE FLORIANÓPOLIS

7 JAN 1988 018166
20101 000210/00

O DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO
ESTADO DE SANTA CATARINA – DER/SC, já qualificado nos
autos da **AÇÃO ORDINÁRIA 99.7133-6**, **conexa e apensa aos**
autos 99.0006341-4, que perante este MM. Juízo lhe movem
LINHA AZUL AUTO ESTRADA S/A e outros por seus
Procuradores infra-firmados, conforme instrumento ut, vem,
respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar sua

CONTESTAÇÃO

com base nos seguintes fatos e fundamentos:

sc 401 justiça federal/FLTS

Página 1 de 58

Rua Saldanha Marinho, 189 - CEP: 88.010 450 - Fone (048) 216-5500/216-5589 - Florianópolis - Santa Catarina

fls. 2



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



DAS ALEGAÇÕES DOS AUTORES

No petítum, os autores relatam pretensos percalços que teriam ocorrido na execução do trabalho de duplicação das rodovias SC-401 e outras, no interior da Ilha de Santa Catarina, asseverando que os atrasos impeditivos da conclusão das obras, nos termos em que foi contratada, através de licitação pública, não foram de sua responsabilidade, sob nenhuma hipótese.

Atribuem a responsabilidade pelos problemas que estão enfrentando, em especial o impedimento à cobrança do pedágio, ao órgão concedente, qual seja o DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM SE SANTA CATARINA - DER/SC e ao BNDES- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Este último, por ter dado respaldo a todas as alterações promovidas no contrato original pelo primeiro. Na esteira dos fatos é que entram BRDE e BESC, por terem concedido financiamento com recursos originários do BNDES.

Assevera que " Tanto a Autora foi figura estranha a esses eventos que nunca lhe foi imputada qualquer sanção a esse título"

No tocante à dita responsabilidade do DER/SC aponta o contido nos diversos itens da inicial, in litteris, os quais desde já se refuta::

sc 401 justiça federal/FLTS

Página 2 de 58

Rua Saldanha Marinho, 189 - CEP: 88.010-450 - Fone (048) 216-5500/216-5589 - Florianópolis - Santa Catarina



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



"8. A execução da remodelação da SC-401 foi dificultada e parcialmente inviabilizada por eventos totalmente estranhos à Autora. Esse tema é alheio à presente ação, para a qual é relevante consignar que a Autora não foi responsável pelos atrasos e empecilhos.

Há farta prova documental em socorro à assertiva. Diversas correspondências trocadas entre BRDE, DER e a empresa denominada SOTEPA (contratada pelo DER para fiscalizar a obra) explicitaram os entraves a que a execução da rodovia foi submetida - sempre por parte do Poder Concedente... "

"17. O DER assumira o dever de promover as desapropriações necessárias à duplicação da rodovia. Contudo e ao que se infere, não dispôs de recursos suficientes para promover a desapropriação adequada, tempestiva e integral das áreas limítrofes. "

"17.1. Desde o início do empreendimento, a questão das desapropriações fora objeto dos pleitos da Autora. Foi remetido um sem-número de correspondências formais, requisitando ao DER a adoção das providências necessárias ao bom andamento dos trabalhos. Nas reuniões periódicas realizadas, sempre se discutia o tema."

"17.2. A carência de recursos financeiros do DER conduziu ao comprometimento dos projetos originais. Tanto os prazos

fls. 4



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

como a própria concepção da duplicação foram inviabilizadas por responsabilidade exclusiva do poder concedente. -"

"17.3. Diante desse panorama e para permitir o seguimento do empreendimento, o DER deliberou unilateralmente alterar o projeto original Remeteu a duplicação definitiva de parte da rodovia para uma etapa subsequente, estabelecendo-se uma barreira divisória entre as pistas.

As modificações foram formalizadas nas Resoluções 001198 e 202198, do Conselho Administrativo do DER."

"17.4. Ainda assim, a Autora deu andamento ao projeto e executou o contrato, nos termos estabelecidos pelo DER."

Mencionam, ainda, os autores, a decisão judicial liminarmente proferida na Ação Popular que tramitou na justiça estadual que os teria impedido de iniciar a cobrança do pedágio pedágio, usando-a como alegação de força maior, que os eximiria, em tese, de adimplir o contrato de financiamento firmado com BRDE e BESC, com fulcro no art. 1.058 do CC.

Ora, MM Julgador, impende salientar que a decisão judicial nada mais é do que consequência direta do inadimplemento, pela Concessionária dos serviços mínimos elencados como pressuposto para início da cobrança do pedágio. Ou seja, é a prova de que efetivamente a Autora não completou os serviços que lhe competiam por força de contrato.

sc 401 justiça federal/FLTS

Página 4 de 58

Rua Saldanha Marinho, 189 - CEP: 88.010-450 - Fone (048) 216-5500/216-5589 - Florianópolis - Santa Catarina



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



A decisão proferida no âmbito do Poder Judiciário Estadual (fls. 296 a 298) afasta, de pronto, a tese da existência de "caso fortuito" e "força maior" agora, novamente invocada no âmbito do Poder Judiciário Federal, como lastro para garantir e perpetuar seu inadimplemento e, pasme MM Julgador, para auferir lucro com o seu descumprimento ao pactuado com o ora Réu e contestante.

Assim conceitua a doutrina a força maior e caso fortuito:

"O caso fortuito é, no sentido exato de sua derivação (acaso, imprevisão, acidente), o caso que não se poderia prever e se mostra superior às forças ou vontade do homem, quando vem, para que seja evitado."

"O caso de força maior é o fato que se prevê ou é previsível, mas que não se pode, igualmente evitar, visto que é mais forte que a vontade ou ação do homem."

"Assim, ambos se caracterizam pela *irresistibilidade*. E se distinguem pela *previsibilidade* ou *imprevisibilidade*."

... Desse modo, caso fortuito ou de força maior, análogos pelos efeitos jurídicos e assemelhados pela *impossibilidade* de serem evitados, previstos ou não previstos, possuem sua característica na *inevitabilidade*, porque possíveis de se prever

fls. 6

**ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ou de não se prever, eles vieram, desde que nenhuma força os poderia impedir."

(De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico, Forense, Vol. 1, pág. 315)

Absurda e destituída de qualquer embasamento legal ou jurídico a afirmação de que o Contrato de Concessão firmado entre o DER-SC, como Poder Concedente, a ENGEPSA, como Adjudicatária (vencedora da Concorrência Pública-Edital nº 61193) e LINHA AZUL AUTO ESTRADA S/A., como Concessionária (fls. 56 A 96), não submete esta última à vontade do primeiro. A estipulação de direitos e deveres mútuos permite que cada parte exija da outra o cumprimento daquilo que lhe compete. E à empresa Concessionária cabia cobrar do Poder Concedente as responsabilidades pactuadas, somente para argumentar, se estas não tivessem sido implementadas ao invés de aceitar, como aceitou, as alterações promovidas na consecução dos trabalhos, principalmente as decorrentes das Resoluções 001/98 e 202/98 já nos autos às fls. 291 a 294).

Aliás MM Julgador, resta flagrante que a Concessionária não aceitou, simplesmente as adequações do projeto mas, antes, ela as propôs, conforme se provará e, aliás já se provou nos autos n.º 023.98.062118-9 que tramitava na Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da Comarca da Capital – 2.º

sc 401 justiça federal/F1.1TS

Página 6 de 58

Rua Saldanha Maranhão, 189 - CEP: 88.010-450 - Fone (048) 216-5500/216-5589 - Florianópolis - Santa Catarina



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Cartório e as aceitou, não como imposição, mas como acolhimento de suas pretensões.

Ressalta evidente que as alterações vieram ao encontro de seus interesses, haja vista que, na forma pactuada, dada como concluída a primeira etapa do projeto, haveria a possibilidade de iniciar a cobrança do pedágio, seu principal objetivo.

Destarte, incabível a tese da ocorrência de *força maior ou imprevisibilidade* como justificativa para o não cumprimento de suas obrigações, diante da inequívoca e voluntária participação da empresa concessionária em todos os atos, válidos ou não, que resultaram na malfadada decisão judicial, provisoriamente impeditiva da cobrança do pedágio, a qual deve ser interpretada como medida repressiva ao descumprimento do pacto contratual.

A Autora, Concessionária pugnou pelos atos que teriam dado causa ao impedimento judicial da cobrança do pedágio, assumindo o risco e responsabilidade pelo resultado. Durante a fase instrutória restará sobejamente comprovado que o ora Réu/DER, sempre buscou atender as reivindicações da Concessionária, atendidos os ditames da licitação e do contrato.

Na verdade os fatos divergem dos apresentados na inicial.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



O Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Santa Catarina, DER/SC, lançou em 09 de setembro de 1993 o Edital de Concorrência Pública n. 61/93 para **Seleção de Empresas visando contratar, sob regime de concessão, a execução de obras e serviços de duplicação, de conservação, de restauração, de manutenção, de melhoramentos, de operação, de monitoramento e de exploração das rodovias SC-401 (Itacorubi-Canasvieiras), SC-400 (Acesso à Praia da Daniela), SC-402 (Acesso à Jurerê) e SC-403 (Acesso à Ingleses do Rio Vermelho).**

Declarada vencedora da licitação a empresa Engepasa, o DER/SC firmou com as autoras, esta na qualidade de mera Adjudicatária e a empresa Linha Azul como Concessionária, o competente contrato de concessão (PJ n.314/94) pelo período de vinte e cinco anos, **constando neste as obrigações, direitos, deveres e responsabilidades das partes contratantes**, bem como direitos e deveres dos usuários das rodovias em questão, tudo conforme previa o respectivo Edital.

Entretanto, alegando, basicamente, que o Poder Concedente, o DER/SC, não cumpriu, no tempo e modo oportunos, com seus encargos previstos no Edital e no contrato, situação que teria gerado dificuldades à primeira autora na conclusão da obra e no cumprimento de suas incumbências, ingressaram os Autores com a presente *actio*, com a ação nº **99.0006341-4**, conexa e apensa à presente e, ainda com a ação nº **023.98.0262118-9**, em tramitação



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

na Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da comarca de Florianópolis, 2 ° Cartório, na Justiça estadual, visando serem indenizadas pelos supostos danos que lhes teriam sido causados, bem como isentar-se , imputando responsabilidade a terceiros, dos pagamentos e obrigações assumidas junto a instituições financeiras, pela via do contrato .

Segundo alegação das autoras, foram causas do atraso verificado nos trabalhos de duplicação da Rodovia SC-401 os seguintes fatores preponderantes:

1. Carência de recursos financeiros para desapropriação ;
2. Retardo na liberação de áreas sujeitas à desapropriação, constantes no referido projeto;
3. Alterações , que dizem os autores, unilaterais no projeto, teriam remetido a duplicação definitiva de parte da rodovia para uma etapa subsequente.
4. As resoluções 001/98 e 202/98, do Conselho Administrativo do DER.

Aduzem que, em virtude destas faltas, equivocadamente imputadas ao DER/SC, a empresa Concessionária viu-se impedida de executar as obras conforme seu cronograma o que, por sua vez, contribuiu para as dificuldades econômicas que atravessam, pois o financiamento contratado junto ao BNDES para a concessão, por dispositivo contratual, somente tinha suas parcelas liberadas conforme fossem concluídas etapas da duplicação.



ESTADO DE SANTA CATARINA
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Asseveram os Autores no petitum que " A Autora entende que a existência de modificações no projeto, por determinação do DER/SC, é um fato incontroverso"

Tal assertiva não é verdadeira, o que se provará pela juntada de documentos, prova documental, testemunhal e pericial, no momento oportuno.

Dizem, ainda, que o fato de não poderem concluir a obra e a inadimplência junto às entidades financeiras gerou danos extrapatrimoniais .

Com fundamento nestas, requerem a condenação do ora réu ao pagamento de indenizações por perdas e danos, lucros cessantes e danos morais, estes " **correspondentes a parcela relevante do patrimônio dos Réus ...**"

No entanto, como será demonstrado na presente peça e no decorrer da instrução processual, nenhum liame de razão assiste as autoras, pois o Poder Concedente, o DER/SC, cumpriu no modo e tempo próprios com todas as suas obrigações previstas no Edital e no Contrato e não se pode imputar-lhe a responsabilidade pelo descumprimento do que foi avençado pelos AA.

Na realidade, será comprovado, que as causas do atraso na conclusão das obras devem ser imputadas, exclusivamente, à



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Concessionária, que não cumpriu com suas obrigações contratuais por sua total incapacidade de administração e de gerência, sendo que as alegações das autoras foram construídas a partir de interpretações intencionalmente distorcidas das cláusulas contratuais e dos documentos anexados, com evidente má-fé, procurando indevidamente culpar o Ente Público, como se este a tudo fosse assistir passivamente.

III - NO MÉRITO

DAS DESAPROPRIAÇÕES

Argumentam as postulantes, na inicial, de forma reiterada que o andamento das desapropriações prejudicou o andamento das obras de duplicação da SC 401. Vinculam a impossibilidade do pedágio à ausência das desapropriações. (item IV.1)

Baseiam-se, em especial em depoimento do Sr Secretário de Obras, em situação punctual, que não abrange período pretérito, justamente aquele no qual a empresa alega ter havido problemas nem, sequer período futuro, de duração indeterminada.

No entanto, tais argumentos são improcedentes pelos motivos que passamos a expor:



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



O Edital 61/93 (09/09/93) que disciplina a regras do certame estabelece no item "I", sub-item 48, que:

“O início e o andamento das obras e serviços objeto da Concessão, não deverão ficar adstritos à liberação das áreas a serem desapropriadas, devendo o Concessionário programá-los de modo a delas não depender.”

Portanto, a licitante, que na fase oportuna não impugnou os termos do Edital, não pode agora utilizando-se de expediente escuso argumentar que o cronograma das desapropriações prejudicou o andamento da obra. Ao aceitar as regras do Edital em todos os seus termos, não pode se esquivar do cumprimento das obrigações contratadas com o Poder Concedente, até porque, analisou o empreendimento econômico que lhe foi oferecido, estudou os aspectos técnicos e concluiu pela sua viabilidade econômica, ao participar do certame.

Ademais, quando se licita “ Concessão de Serviço Público precedida de Execução de Obra Pública” é oferecido aos interessados um empreendimento e a apresentação das propostas à licitação vincula o participante do certame em todos os seus termos.

No entender de Raul Armando Mendes:

se 401 justiça federal/PLTS

Página 12 de 58

Rua Saldanha Marinho, 189 - CEP: 88.010 450 - Fone (048) 216-5500/216-5589 - Florianópolis - Santa Catarina



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



"A vinculação ao edital ou ao instrumento convocatório se traduz no rigor com que a Administração e os licitantes devem cumprir suas normas e condições." (in Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Saraiva, p. 114 - grifei).

Para o saudoso mestre Hely Lopes Meireles não é diferente:

"O Edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu". (in Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros Editores, p. 250, 18ª. Ed.)

Portanto, é inadmissível que a concessionária fuja a sua responsabilidade de responder pela obrigação que incontestavelmente assumiu ao aderir aos termos do procedimento licitatório em tela, qual seja, executar a duplicação dentro dos critérios estipulados pelo Edital e Contrato de Concessão, com observância rigorosa do cronograma de obras por ela apresentado. É a sua responsabilidade objetiva, a que alude Raul Armando Mendes (in Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, 2ª. ed., SP, Saraiva, 1991, p. 221).

fls. 14



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Com efeito, a falta de impugnação no momento oportuno do procedimento licitatório dos termos do Edital acarretou a preclusão administrativa, não permitindo que após encerrado o procedimento se altere a situação jurídica estabelecida.

Em relação ao tema, oportuno se torna, novamente, o magistério do renomado e saudoso Hely Lopes Meirelles:

“...Advirta-se, finalmente, que, transcorrido o prazo para o recurso a adjudicação homologada encerra o procedimento licitatório e torna definitivos e imodificáveis todos os atos e decisões desse procedimento. Opera-se, pois, a preclusão administrativa que outros denominam coisa julgada administrativa, a impedir que se altere a situação jurídica estabelecida, entre a administração e os participantes da licitação...” (Licitação e Contrato Administrativo, pág. 155 - Direito Administrativo Brasileiro, RT, Capítulo X, inciso II).

Nesse sentido, também se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao observar que:

“Decai o direito de pugnar pela anulação da concorrência pública e, portanto, não reúne legitimidade ativa aquele que, a primeira



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



**leitura do edital e entendendo-o discricionário,
não o tem impugnado ou protestado,
procurando invalidar cláusulas viciadas" (Ap. Cív.
31.585 - Rel. Des. Alcides Aguiar)**

Portanto, não pode a concessionária pretender qualquer indenização com base no andamento do cronograma das desapropriações, pois a mesma ciente de todos os termos constantes da licitação, não os impugnando, assumiu a obrigação de dar normal andamento as obras independentemente das desapropriações.

Na proposta apresentada, novamente com inteiro conhecimento da situação da área da concessão, a Adjudicatária afirma:

"Ainda segundo o Edital, em seu Capítulo IV, Anexo I, item I - DAS DESAPROPRIAÇÕES E REMANEJAMENTOS, sub-item 48, o início e o andamento das obras não deverão ficar adstritos à liberação das áreas a serem desapropriadas, devendo o Concessionário programá-los de modo a delas não depender."

Diz ainda:



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



"Para que o Concessionário possa se programar, de forma que o início e o andamento das obras e serviços, objetos da Concessão, não dependam dos processos de desapropriação, será necessário que o DER/SC libere as áreas constantes na faixa de domínio ou, pelo menos, parte delas, em data imediatamente posterior à licitação." (fls. 666-2º V)

De modo a atender esta ressalva feita na proposta, o DER liberou antes do início da obra a totalidade da área que não dependia das desapropriações, correspondente a quase 40% (quarenta por cento) do total do trecho a ser duplicado, como já observado no item próprio desta contestação, livre para que a Concessionária realizasse trabalhos, porém esta não efetuou nada em termos concretos, limitando-se a *limpar cinco bueiros*, isto no primeiro ano da concessão.

Se a Concessionária fosse uma empresa séria e ciente de sua responsabilidade para com o Poder Concedente e principalmente para com a sociedade catarinense teria procedido corretamente, programando seu plano de ataque com vistas a realização de obras nestes trechos desimpedidos.

**ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Como sua administração foi negligente, não programando-se corretamente, procura atribuir ao DER a culpa por sua incúria.

De outra banda, há de se observar que a condução do processo de desapropriação a cargo do Concedente foi ordenada e contínua, no sentido de facilitar a postulante o normal andamento do trabalho, que atrasou por exclusiva incompetência gerencial-administrativa da concessionária.

Com efeito, o Parecer Técnico Acerca da Repercussão das Desapropriações e Relocação de Postes (documento constante dos autos 023.98.062118-9, em tramitação na 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Florianópolis), de autoria do Engenheiro Cléo Reis Quaresma, embasado em farta documentação demonstra claramente que a obra atrasou por exclusiva incompetência gerencial da concessionária, que não estabeleceu um eficaz plano de desenvolvimento do trabalho.

A leitura atenta do referido documento nos permite as seguintes conclusões:

- a) ***Na primeira etapa os trabalhos de duplicação tinham uma extensão de 13,1 Km, a faixa de domínio existente, com largura suficiente para execução das obras sem necessidade de qualquer desapropriação, possuía uma extensão de***



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



5,08 Km, ou seja, 38,78% do seguimento total da faixa de domínio estava livre, tendo a autora se limitado no período de 10/07/95 até dez/95, em que poderia ter realizado obras de duplicação na parte da faixa de domínio livre citada, a realizar obras atinentes ao prolongamento de 5 bueiros e limpeza da camada vegetal entre Santo Antônio e Jurerê, não executando nenhum serviço no mês de outubro de 1995, demonstrando, com isso a sua total incapacidade administrativa para executar a contento a obra contratada, tanto é que, a primeira medição dos serviços executados somente se deu no ano de 1996;

- b) O comparativo do cronograma físico proposto pela Concessionária durante a licitação e o cronograma dos serviços efetivamente executados demonstra claramente uma defasagem acentuada dos serviços planejados para a 1ª. fase, que independiam de desapropriação (item anterior), que ocasionou um aumento no prazo final da primeira fase das obras, principalmente em relação aos itens de terraplenagem e interseções, provocando,**



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



com isso um efeito cascata, que atrasou a conclusão de toda obra;

- c) A baixa quantidade de serviços executados no ano de 1995 pela Concessionária, não atingindo o valor suficiente da parcela do financiamento, também contribuiu, ante a insuficiência de recursos próprios da empresa, para o atraso global das obras de duplicação;***
- d) Em nenhuma oportunidade a Comissão de Desapropriação do Concedente foi comunicada pela Concessionária de serviços que foram paralisados por falta de providências no sentido de desimpedir áreas atingidas, pelo contrário, os documentos juntados aos autos comprovam que a postulante sempre foi ouvida quando das deliberações das indenizações pela Comissão de Desapropriações, no sentido de atingir sempre aqueles proprietários que viriam a facilitar a execução das obras;***
- e) As correspondências apresentadas pela Concessionária sempre solicitam***

fls. 20



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Vara Única da Comarca de Correia Pinto**

Rua Vitória Régia, 1715 - Bairro: Pró-Flor - CEP: 88535000 - Fone: (49) 3289-5800 - Email: correiapinto.unica@tjsc.jus.br

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL Nº 5001511-44.2023.8.24.0083/SC

AUTOR: LUIZ TADEU CARVALHO

RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

ATO ORDINATÓRIO

As partes ficam intimadas para, no prazo de 15 dias, especificar as provas que ainda pretendem produzir, justificando a sua pertinência, detalhando o fato a ser provado e o meio probatório, sob pena de julgamento antecipado em caso de silêncio de ambos litigantes.

Documento eletrônico assinado por **ORLI WAGNER JUNIOR, Técnico Judiciário**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, mediante o preenchimento do código verificador **310064555234v2** e do código CRC **d78f78f1**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ORLI WAGNER JUNIOR
Data e Hora: 2/9/2024, às 15:27:33

5001511-44.2023.8.24.0083

310064555234 .V2



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



em vista, a impossibilidade em elaborar os respectivos Laudos de Desapropriação, sem as pertinentes informações das áreas atingidas, para serem futuramente pagos;

- i) No ano de 1996 a concessionária realizou cerca de 47% da obra prevista, sendo que em contra partida este foi o ano com menor número de desapropriações, o que deixa clara a má-fé da empresa, pois não houve nenhuma influência das desapropriações no normal andamento das obras;***
- j) Houve adequação, de comum acordo, do projeto ao ritmo das desapropriações de modo a não causar solução de continuidade ao ritmo das obras (ata da reunião realizada em 19 de setembro de 1994 entre o DER/SC e o ADJUDICATÁRIO).***

Portanto, diante das conclusões apresentadas, não há como se creditar ao DER-SC qualquer parcela de culpa em relação ao normal andamento das obras de duplicação da rodovia SC - 401, pelo contrário, a culpa que indevidamente quer se imputar ao Órgão Estatal é na verdade das Empresas autoras, que ao seu bel prazer e sem justificativa deixaram de executar o cronograma das obras nos prazos contratados.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Cabe ainda, trazer a baila o Ofício no. 164/97 (em anexo), subscrito pelo Engenheiro Fiscal da Obra-SC-401, Cléo Quaresma, datado de 15 de setembro de 1997, e endereçado ao Senhor Gerente de Concessões do DER-SC, de onde se retira várias informações a respeito do andamento das obras, demonstrando-se claramente a inércia da concessionária em dar normal andamento aos trabalhos.

Destacam-se as seguintes afirmativas relativamente à questão das desapropriações:

"...as obras de urgência, como a conclusão de todas as intersecções, as quais encontram-se livres de qualquer problema de desapropriações e de condições climáticas, as quais serviriam de importante passo, para evitarmos os grandes congestionamentos com a temporada que se aproxima, sequer foram alvo de pequenos serviços."

E mais:

"Pelo exposto, levamos à apreciação superior para que sejam tomadas as medidas pertinentes, a fim de que, no futuro, o poder público não seja acusado de omissão, tendo em vista a Concessionária não ter razões técnicas aceitáveis



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



como causa para justificar os atrasos neste Cronograma, que independem das desapropriações e das condições climáticas."

Ainda em relação à problemática das desapropriações cabe observar que o Engenheiro Aurélio Miguel Bakes, Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina reconheceu em seu relatório referente a Análise da Concessão da Execução de Obras de Duplicação da Rodovia - SC - 401 p/ Exploração de Atividade Comercial Através de Cobrança de Pedágio, constante do Processo TCE no AOR 0104601/63, item "c", página 1087, que os atrasos na execução da obra não são decorrentes das desapropriações.

Por fim, sempre é bom lembrar a lição do mestre Marçal Justen Filho, coincidentemente patrono dos AA na presente actio, em sua obra CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS (Comentários às Leis nos. 8.987 e 9.074, de 1995), pg. 34, onde o afirma que:

"Supremacia do interesse público significa que o ordenamento jurídico preservou o interesse público, superpondo-o sobre os demais existentes em sociedade.

A contraposição de interesses, quando envolver um interesse público, é resolvida pela prevalência do interesse público."



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSP

Ora, como podem os AA alegar culpa exclusiva do Poder Concedente, pelos atrasos na obra se, somente em **maio de 1996**, conforme documentos anexados pelas próprias autoras, na ação que tramita na Justiça Estadual, foram adquiridas, pela ENGEPSA, as máquinas essenciais à execução das obras de duplicação.

O que sobressai das colocações da Concessionária, de forma contínua e reiterada é a tentativa desesperada de, a todo modo e custo, eximir-se de sua inteira, total e exclusiva responsabilidade pela desídia com que tratou as obras que estava obrigada contratualmente a realizar, imputando-a ao Poder Concedente, como se este fosse responsável pelo seu inadimplemento, quando sabe, com plena consciência, que os atrasos e problemas apresentados são decorrentes, **exclusivamente**, de sua falta de profissionalismo e de sua desorganização administrativa e gerencial, geradoras de um verdadeiro caos nas obras, aliadas à sua volúpia de auferir um lucro inversamente proporcional ao investimento que, se possível, seria nenhum.

DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

Invocam os AA, quebra do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Buscam lastro para demonstrar quebra do equilíbrio econômico financeiro, em especial, na edição da Lei 10934/98, que



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



concedeu isenção de pedágio a moradores de bairros situados à margem da SC 401.

Entretanto razão não lhes assiste .

Efetivamente existe a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro no contrato celebrado entre o Poder Concedente e a Concessionária.

Não se pode negar a existência de previsão legal e constitucional de manutenção da equação econômico financeira elaborada na proposta. Entretanto o instituto, com certeza, não se atém tão somente às ocorrências que majorem a proposta mas, também, àquelas que diminuam os custos da mesma.

In casu, ao contrário do propagado pelas autoras, sua ocorrência foi no sentido inverso, ou seja, houve uma diminuição excessiva no custo do material usado, situação que implica na obrigatória revisão dos parâmetros utilizados, com a necessária adequação da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) aos seus novos limites, sob pena de enriquecimento ilícito.

A diminuição no custo total da obra consiste, basicamente, em dois pontos :



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Primeiro, temos o fato, inegável, de que o País nos últimos quatro anos vivenciou uma situação desconhecida pela maior parte da população, a estabilidade da moeda.

Esta estabilidade, face os mecanismos de política econômica adotados pelo Governo Federal, permitiu que durante vários meses a moeda nacional se mantivesse com uma cotação superior à da moeda utilizada nos contratos internacionais, o dólar americano e depois, por alguns anos, em condição de equivalência.

Acontece que o dólar americano não é utilizado apenas nestas espécies de contratos, mas serve igualmente para regular o preço de diversos produtos que, mesmo de produção nacional, sofrem a influência do mercado internacional, como, por exemplo, o asfalto, produzido a partir do petróleo.

O Brasil não é auto-suficiente na produção desta matéria prima necessitando, por isso, importá-lo em grande quantidade, o que determina a importância da cotação do dólar na sua comercialização.

Por este motivo, os preços praticados pela Petrobrás, no mercado interno, possuem como base o dólar americano que, como afirmado, durante considerável período da obra manteve-se com uma cotação inferior ou igual à moeda nacional. Situação absolutamente diversa da existente quando da elaboração da



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



proposta, quando o dólar era substancialmente muito mais elevado do que a moeda nacional.

Tem-se por óbvio que esta diferença serviu de parâmetro para a elaboração da proposta que determinou o preço da tarifa. A mudança desse status implicou em substancial redução dos custos, sem que, entretanto, tivesse havido redução da tarifa, por esse motivo.

Esse lucro, não inicialmente previsto, desequilibrou consideravelmente o contrato, inicialmente avençado, conforme se provará na instrução, através de perícia contábil.

Com isto, na ocasião da aquisição do asfalto necessário à pavimentação da rodovia, a empresa Concessionária despendeu menos reais que o previsto quando da elaboração de sua proposta, feita em 1993, quando o País ainda sentia os efeitos drásticos de uma economia super-inflacionada.

A Concessionária com certeza não se descuidou ao elaborar sua proposta, nela inserindo uma projeção de inflação nos seus custos, de modo que eventual atraso na correção de valores, face àquela, não implicasse em diminuição de seus lucros. Aliás. É plenamente sabido, esta era a sistemática adotada pelas licitantes durante o período inflacionário, que antecedeu o Plano Real.

Corroborar nosso posicionamento a lição de Marçal Justen Filho :



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



"Os institutos do reajuste contratual, da atualização financeira e da correção monetária nada mais são do que modalidades de indexação. Isso consiste na regra previamente definida de que os valores pecuniários adotados são apenas nominais, devendo ser revistos, de modo automático, na medida e na proporção da desvalorização da moeda." (In, Concessões de Serviços Públicos, p. 152)

Mutatis Mutandis, deve ser aplicada a lição supra transcrita também aos casos em que ocorreu a valorização da moeda, como o presente, em nome do pugnado equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Isto implica na necessária revisão de todos os valores da proposta apresentada para sua adequação ao período em que o País apresentou índices inflacionários inferiores aos embutidos (*inclusive deflação*).

O segundo ponto a ser focado é relativo ao custo do asfalto utilizado na pavimentação.

O Regulamento do ICMS, em seu Anexo VII, artigo 116, dispõe:

"Art. 116 - É responsável pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido na operação

fls. 29



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



subseqüente, o estabelecimento industrial fabricante ou o estabelecimento importador que promover a operação de saída interna ou interestadual.

§1º - Constitui objeto da retenção o ICMS devido na subseqüente operação de saída, promovida pelo estabelecimento destinatário, ou na subseqüente operação de entrada para uso ou consumo do mesmo estabelecimento.

§2º - Será também responsável pela retenção e pelo recolhimento do ICMS qualquer outro estabelecimento, sito em outra unidade da Federação, quando remeter os produtos arrolados neste Capítulo, para qualquer contribuinte estabelecido neste Estado."

No presente caso tínhamos duas formas de substituição, uma que dava pelo recolhimento antecipado do imposto devido pela operação subsequente de saída, que seria realizada pelo estabelecimento adquirente da mercadoria e, outra, quando estabelecimento situado em outra unidade da Federação remetia para qualquer contribuinte, aqui localizado, alguma das mercadorias elencadas pela legislação, hipótese que se aplicava à relação entre a Petrobrás e a Concessionária. Enfatize-se que esta era a situação na época da elaboração da proposta.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Posteriormente, mais precisamente em 03 de janeiro de 1996, entrou em vigor a nova redação deste artigo (Decreto n.618, 02.01.96), acrescentando-se o seguinte parágrafo:

"§3º - Nas saídas de asfalto diluído de petróleo, classificado nos códigos 2715.00.0100 e 2715.00.9900 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, promovidas pela Petrobrás - Petróleo Brasileiro S/A, o sujeito passivo por substituição é o estabelecimento destinatário, relativamente às operações subsequentes (Convênio ICMS 127/95)."

Esta alteração na legislação gerou a seguinte consequência:

A Petrobrás, que por força do § 2º, supra transcrito, efetuava a retenção do imposto que incidia sobre o asfalto diluído de petróleo, com a edição do referido Decreto, passou a não mais fazê-lo, passando a incumbência a quem a adquirisse, relativamente às operações subsequentes, no caso a Concessionária.

Como não existe operação subsequente, já que a Concessionária é o consumidor final, ela esteve, desde então, desonerada do imposto relativo a esta mercadoria.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Esta modificação na estrutura tributária, de forma direta, permitiu-lhe a obtenção de vantagem econômica-financeira, que modificou o equilíbrio entre as partes, favoravelmente às Autoras.

Por tais motivos deve ser revisto o contrato, visando adequá-lo à situação tributária ocorrida após a elaboração da proposta, obtendo o decorrente reequilíbrio econômico financeiro da proposta contratada.

Trazemos à colação a lição do nobre patrono da presente actio, que assim leciona em sua obra já referida:

"Uma das hipóteses cogitáveis envolve a superveniente variação da carga fiscal. Ao elaborar sua proposta, o particular avaliará seus custos diretos e indiretos. Estarão abrangidos todos os encargos, inclusive os fiscais, desde que incidentes sobre as atividades referidas à execução do objeto contratual. A dimensão da carga fiscal representa um dos elementos de avaliação de resultados a serem obtidos pelo particular, pois produz elevação ou redução das vantagens assumidas pelo contratado. Logo, a variação dos deveres tributários não comporta tratamento jurídico específico



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



distinto para exame do problema da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

Obviamente, não seria cogitável o argumento de que a mudança das normas tributárias seria irrelevante por derivar de ato estatal. O conceito de *ato do príncipe* abrange inclusive as variações de ordem tributária. Aplicam-se as regras sobre restabelecimento da equação econômico-financeira a todas as hipóteses onde a elevação dos encargos do contratado for produzida inclusive por ato do Estado - independente da natureza legislativa ou administrativa do ato estatal.

A flutuação da carga fiscal afetará a equação econômico-financeira do contrato administrativo em diversas hipóteses. Deverá reputar-se como relevante, para fins de equação econômico-financeira do contrato administrativo, qualquer modificação da legislação tributária que afetar a carga fiscal relacionada com a execução da prestação contratual."(In, idem, p. 147/148)

Ora, ocorrendo diminuição da carga tributária, incidente sobre um dos materiais que mais oneram este tipo de obra, impõe-se o



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**



restabelecimento da equação econômico-financeira da proposta contratada, com reflexo direto na Tarifa Básica de Pedágio.

A Lei n. 8.666/93, aplicável às concessões, determina expressamente:

"Art. 65 - Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

§ 5º - Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso."

Sobre este trazemos a seguinte lição:

"Cabe transcrever os comentários de Jessé Torres Pereira Júnior ao analisar referido dispositivo legal, *in verbis*:

'Típico fato do príncipe é a criação, a alteração ou a extinção de tributos ou de encargos



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



legais, bem assim a instituição de regimes legais. Se o fato ocorrer 1º, após a data de apresentação das propostas pelos licitantes habilitados, e 2º, influir sobre os preços contratados (quase sempre para agravá-los, porém há de considerar-se a possibilidade, remota embora, de desonerá-los) a Administração estará obrigada a rever os preços, elevando-os ou reduzindo-os de acordo com a repercussão advinda do fato do príncipe' (in comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, renovar, Rio de Janeiro, 1994, p. 406)" (In, Sônia Yuriko Tanaka, Mutabilidade dos Contratos Administrativos, Boletim de Licitações e Contratos n. 05/1997, p. 242/243)

Portanto, nesta hipótese, a revisão não é facultativa, mas obrigatória, pois determinada, de forma expressa, em lei.

A festejada administrativista Prof. Maria Sylvia Zanella di Pietro, no artigo EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, publicado na RPGE/RGS n.º 22, 1994, fls 17/31, leciona:



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



“ Esse equilíbrio pode ser definido como a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a remuneração assegurada pela Administração. Essa remuneração é paga pela própria Administração ou por terceiros, como ocorre na concessão de serviços públicos e de obras públicas.

.....

.....

Na vigência do Decreto Lei 2300, o dispositivo serviu de fundamento para inúmeras pretensões de contratados no sentido de obter a recomposição de preços em situações que não eram de excepcionalidade, de modo a justificar o equilíbrio econômico financeiro. Muitas vezes, até, verificava-se que o objetivo era o de corrigir um preço mais baixo, fixado intencionalmente na proposta com vistas a adjudicação; o dispositivo acabou por gerar abuso, permitindo a recomposição de preços com base na cláusula “rebus sic stantibus”, quando, na realidade, não ocorrera o efetivo desequilíbrio econômico- financeiro. “



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Cita, ainda, a doutrinadora, o veto ao artigo da lei 8666, que repetia o texto do decreto-lei 2300, que entendemos oportuno transcrever, parcialmente, por adequar-se, perfeitamente, à pretensão das Autoras :

“ Observamos, todavia, que só se justifica a aplicação da cláusula “rebus sic stantibus” nos contratos públicos quando sobrevêm fatos imprevistos e imprevisíveis, ou, se previsíveis, incalculáveis nas suas consequências e que desequilibram totalmente a equação econômica financeira estabelecida originalmente pelas partes. Não é, pois, a simples elevação de preços em proporção suportável, como álea própria do contrato que rende ensejo aos reajustes da remuneração contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administração : só a álea econômica extraordinária e extracontratual é que autoriza a revisão do contrato. “

Assim, ao se analisar a questão verifica-se que a ocorrência de alteração do equilíbrio econômico-financeiro ocorreu em detrimento do Poder Concedente, pois não expurgada a projeção de inflação, embutida na proposta apresentada e vencedora da licitação, bem como a diminuição da carga tributária.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



**DA PARTICIPAÇÃO DO DER NOS CONTRATOS CELEBRADOS
ENTRE AS AUTORAS E O BNDES, BRDE E BESC**

A participação do DER nos contratos firmados entre as autoras e as instituições financeiras não possui o relevo nem as implicações pretendidas.

Em momento algum o DER comprometeu-se com o adimplemento dos contratos de financiamento, nem com o repasse dos valores arrecadados com a cobrança do pedágio mas, apenas e tão-somente, na hipótese de **rescisão do contrato de concessão**, pagar diretamente às entidades financeiras a indenização devida à concessionária.

Neste sentido as cláusulas contratuais não deixam margem a outra interpretação:

"décima primeira - autorização de pagamento de indenização – a beneficiária, neste ato, autoriza o interveniente Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina – DER/SC, a pagar diretamente ao BNDES a indenização devida a beneficiária conforme previsto no contrato de concessão, em montante suficiente para a



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



liquidação da dívida decorrente do presente contrato."

"**décima segunda – obrigação do interveniente DER/SC** – O interveniente Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina – DER/SC, qualificado no preâmbulo deste contrato, obriga-se a: I – pagar diretamente ao BNDES a indenização devida a beneficiária, com vistas a liquidação das obrigações financeiras do presente contrato. II – incluir nos processos relativos ao cálculo da indenização a que se refere o inciso I desta cláusula, o montante da dívida decorrente das liberações de recursos, desde que efetivamente utilizadas no projeto financiado, efetuadas pelo BNDES no âmbito do presente contrato, com vistas a liquidação de todas as obrigações dele decorrentes. III – manter o BNDES permanentemente informado sobre qualquer fato que possa vir a prejudicar o atingimento da finalidade da operação ou seu equilíbrio econômico-financeiro. IV – não promover qualquer alteração no contrato de



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



concessão previsto na cláusula primeira, sem
prévio e expreso conhecimento do BNDES."

O fato do DER obrigar-se a efetuar o pagamento da indenização diretamente às instituições financeiras não produz qualquer outra obrigação além da estipulada.

Outrossim, as obrigações contidas nos **itens III e IV** da cláusula supra transcrita não possuem o condão de transformar o BNDES em participante do contrato de concessão, pois estas visam unicamente resguardar às instituições financeiras a correta aplicação do financiamento concedido à beneficiária, zelando pela observância de sua destinação.

Por sua vez, o **Aditivo contratual n. 01**, em suas cláusulas **terceira, quarta e quinta**, estipulou direitos e deveres relacionados a retenção e transferência dos valores arrecadados na cobrança do pedágio, dispondo:

"quarta – autorização para retenção e transferência: A beneficiária, neste ato em caráter irrevogável e irretroatável, autoriza o interveniente BESC, na forma prevista na cláusula terceira do presente aditivo, a reter e transferir à conta e ordem do BNDES, para a conta corrente por este



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



indicada, a parcela do produto da cobrança do pedágio referido na aludida cláusula terceira, necessária ao pagamento das prestações de amortização do principal e acessórios da dívida contraída, nos montantes e prazos contratualmente estipulados."

Pela simples leitura desta cláusula do contrato de financiamento se constata que, *data maxima venia*, as autoras distorcem de modo proposital o pactuado, querendo imputar ao DER uma responsabilidade que não lhe assiste.

Ora, o dispositivo contratual é claro, **a incumbência da retenção e repasse dos valores do pedágio é do BESC, não do DER.**

A única referência ao ora réu, DER, nesta cláusula, é acerca do contrato de concessão, nada mais.

As autoras estão distorcendo e, inclusive, a seu talante, mudando a interpretação de cláusulas contratuais por elas firmadas com o claro e inequívoco propósito de confundir.

Tanto isto é verdade que a **cláusula oitava** define que o depósito dos valores do pedágio é obrigação da **beneficiária, Concessionária** :



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



**"oitava – obrigações da beneficiária:
Obriga-se a beneficiária a: (.....) III –
depositar diariamente, em moeda
corrente, todos os recursos provenientes
da cobrança do pedágio referido na
cláusula terceira deste aditivo,
exclusivamente na conta corrente nela
referida."**

Portanto, muito claro está que o DER não possui qualquer incumbência ou responsabilidade, a qualquer título, relacionada com a retenção e transferência dos valores arrecadados com a cobrança do pedágio, pactuada entre as autoras e as instituições financeiras.

DO PRETENDIDO DANO MORAL

A pretendida indenização por dano moral improcede in totum .

Com efeito buscam as Autoras , pessoas físicas e jurídicas, perceber verba indenizatória por pretenso dano moral que lhes teria sido causado pela Ré. Perseguem a verba indenizatória, sob o argumento de que foram vítimas de imputação de inadimplência , bem como declarados devedores de relevantes quantias. Alegam que experimentaram "sentimento de aversão pública". Pretendem, uma vez mais, perceber danos morais, já reclamados na ação que



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



tramita na justiça estadual e cuja conexão às presentes já se requereu a esse Juízo.

Queixam-se de "grave desconforto psicológico pelas marchas e contramarchas impostas pelos Réus à execução do contrato de execução de concessão", bem como às "exaustivas negociações com o DER e com os Bancos...."

Entretanto razão não lhes assiste.

Queixam-se, como se vê, das ações normais de todo executivo e de empresas que lidam com grandes negócios. Nada trazem, em termos de "stress" que não esteja presente em qualquer negócio de grandes proporções.

Os danos, se existissem, seriam decorrência da execução do contrato e seus anexos.

É no próprio contrato, através do edital, que dele é parte integrante, na forma da Cláusula Primeira, que se busca a total responsabilidade da Concessionária, nos fatos que traz à baila como embasamento do dano moral.

Embora não o digam de forma expressa, para evitar repetição *ipsis litteris*, do pedido idêntico, feito na ação ajuizada na Justiça Estadual, é óbvio que se referem, também, aos comentários veiculados na mídia.

fls. 43



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Entretanto, não se preocuparam os AA em promover as ações estratégicas que lhes competiam, no sentido de esclarecer a opinião pública e a mídia, sobre o desenrolar dos trabalhos.

Cabia à Linha Azul, conforme comprovam relatórios de reunião, juntados à ação ajuizada na Justiça Estadual:

Em 15 de fevereiro de 1995:

“7 – A Concessionária deve implantar a Comissão de Relações Públicas após o início das obras. “

Em 18 de outubro de 1996 :

“Imprensa

A Linha Azul deverá manter contato com a imprensa, no sentido de divulgar a obra e evitar acusações tendenciosas e irreais que venham a prejudicar a imagem da concessão e as instituições envolvidas na viabilização do empreendimento .

Neste trabalho a empresa deverá atentar para as publicações e manifestar-se sempre que necessário “

Vê-se, pois, que o dever de estabelecer e manter relações com a imprensa, refutar afirmações caluniosas, bem como de esclarecer a

sc 401 justiça federal/ET/TS

Página 43 de 58

Rua Saldanha Maranhão, 189 - CEP: 88.010-450 - Fone (048) 216-5500/216-5585 - Florianópolis - Santa Catarina



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

sociedade acerca da concessão e seus benefícios, sempre foi da Concessionária.

De outra sorte a "imputação de inadimplência", se ocorreu, foi pela real existência de inadimplência.

A Alegação de que houve qualquer prejuízo moral decorrente de ato do DER improcede. Se houve reiterados ataques da imprensa às Autoras, veiculando notícias inverídicas, tal decorreu da negligência da Concessionária, que não rebateu no tempo e modo devidos as campanhas comunitárias e demais notícias veiculadas.

Assim, também, inexistente nexo causal entre o DER/Réu e os fatos apontados como causadores de dano moral.

Os problemas financeiros, a inadimplência e os pretensos danos à sua imagem não detêm nexo causal com o Réu, afastando, assim, qualquer possibilidade de responsabilidade civil.

Aliás, é preciso que se esclareça que a inadimplência da Autora Engepasa, em relação ao Estado de Santa Catarina não se atém aos compromissos decorrentes da concessão da SC 401. A empresa tem diversas CDAs inadimplidas e constando, de há muito, anteriormente ao início da concessão, na lista de devedores do estado.

O que se depreende, de todo o contido no petitum e, em especial no que se refere a pretensos danos morais é a busca do lucro fácil,

**ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

do enriquecimento sem causa, que se faz necessário coibir, o qual merece especial atenção do nobre Julgador.

Neste sentido vale adotar a posição do eminente constitucionalista Ives Gandra da Silva Martins, que diz que o ajuizamento de ações com pedido de indenização por danos morais está sendo caracterizado como uma verdadeira Indústria no país (conforme artigo intitulado "A Imprensa e os Danos Morais ", publicado recentemente no jornal A Folha de São Paulo).

A honra, que conforme o eminente doutrinador, não tem preço, porque :

"quem tem verdadeiramente honra sabe que não há dinheiro que a pague", passou a ser negociada, através da propositura de semelhantes ações judiciais. Assim, "hoje qualquer assunto é objeto de ação de indenização por dano moral, como se a honra tivesse preço e devesse ser restabelecida não por um gesto de dignidade, mas por um punhado de reais."

O mesmo autor, em outro estudo tece a seguinte conclusão:

"quem não distingue a sua honra de um negócio, transforma a sua honra em negócio"(Ives Gandra da Silva Martins, "Quantificação nos arbitramentos das ações por danos morais", Revista de Direito Civil Imobiliário, no. 60, pg. 138)



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



É importante salientar que as Autoras, tão preocupadas com a sua imagem, buscam minimizar pseudos danos morais com reparação em pecúnia, nem cogitando da adoção de outras formas de compensação, se cabível fosse, como, por exemplo, declaração do Réu, isentando de culpa as Autoras, no que se refere a problemas na execução da concessão. Entendemos que o dano moral pode e deve ser resgatado através de medidas que o eliminem. Fica a sugestão de que, se por remota hipótese, o MM Julgador aceitar a ocorrência de dano moral, este seja resgatado através de declaração em jornal da inexistência de culpa das Autoras.

A respeito da essência da indenização do dano moral afirma o magistrado e doutrinador Rui Stocco:

“... na reparação do dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe fornecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material (Danno non patrimoniale, n.66) o que pode ser obtido “no fato” de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de

fls. 47



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



qualquer maneira o desejo de vingança..." (op.
Cit., p.338, n. 252)

Ora, MM Julgador pugnam os AA por indenização por danos morais
" **correspondentes a parcela relevante do patrimônio dos Réus**
..." . Ocorre que o patrimônio a que se referem , do DER, não é do
réu mas, antes , da sociedade e é assim que deve ser encarado.

Os Autoras encaram os entes estatais como fonte inesgotável de
riqueza, abstraindo o fato de que seu patrimônio se constitui em
patrimônio de toda a sociedade e que a absurda indenização
pleiteada terá seu custo repartido entre todos os cidadãos .

Neste sentido, o ensinamento de Leon Duguit

"a atividade do Estado se exerce no interesse
de toda coletividade; as cargas que dela
resultam não devem pesar mais fortemente
sobre uns e menos sobre outros. Se da
intervenção do Estado, assim da atividade
estatal, resulta prejuízo para alguns, a
coletividade deve repará - lo." (Las
transformaciones del Derecho Publico" Madrid, 2.
Ed., p.306 e segts.)

Afirma George Vedel que o dano causado, pela Administração, ao
particular :

sc 401 justiça federal/PLTS

Página 47 de 58

Rua Saldanha Marinho, 189 - CEP: 88.010 450 - Fone (048) 216-5500/216-5589 - Florianópolis - Santa Catarina



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



“é uma espécie de encargo público que não deve recair sobre uma só pessoa, mas que deve ser repartido por todos, o que se faz pela indenização da vítima, cujo ônus definitivo, por via de imposto, cabe aos contribuintes”. (George Vedel e P. Delvolle, “Droit administratif”, Presses Universitaires de France, 9.ed., 1984, pp. 448 - 49.)

A justa pretensão à indenização é de ser apreciada pelo Judiciário, restando repudiada outrossim a utilização de tão nobre instituto jurídico para fins de enriquecimento sem causa, conforme pretendem os Autores.

“Entretanto, no que tange à pessoa jurídica de Direito Público, este critério deverá ser analisado sob a ótica da igualdade e da repartição do encargo pela sociedade, uma vez que o Estado se sustenta com recursos provenientes da sociedade civil.” (Saad, op. cit. p.103)

O que se vê MM Julgador é o propósito do ganho fácil, do enriquecimento sem causa. A indenização pelo dano moral, se caracteriza como lenitivo para a dor, resgate da honorabilidade, jamais como causa de enriquecimento .

DOS PEDIDOS DOS AUTORES



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Pretendem os Autores perceber as verbas e direitos declaratórios, que já foram amplamente contestados mas que, a nível pedagógico, entendemos devam ser examinados e contestados , de forma punctual.

1 Decretação da rescisão de concessão das rodovias SC 401 e acessórias, reconhecendo a ocorrência de fatos imputáveis ao DER/SC e ao BNDS que inviabilizaram a execução integral e completa da concessão;

Descabe in totum a rescisão pretendida, por culpa do Réu DER, posto que, conforme já se explicitou e restará plenamente demonstrado na fase instrutória , a inexecução do contrato decorre de fatos imputáveis, tão somente, à Concessionária.

2 Desoneração dos fiadores e caucionantes de garantias em face do BNDES e demais agentes financeiros a ele vinculados (todos os réus), reconhecendo que a via de satisfação dos seus créditos era a cobrança de pedágio, a qual foi inviabilizada por atuação do BNDES e do DER/SC;

A pretendida exoneração do adimplemento das obrigações assumidas junto aos agentes financeiros descabe, posto que o inadimplemento do contrato de concessão e a conseqüente impossibilidade temporária de cobrança do pedágio não decorreu de nenhum ato omissivo ou comissivo, que tenha sido praticado pelo DER, sem a provocação e posterior anuência dos Autores, conforme se provará na fase instrutória e já se acha plenamente



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



provado nos autos 023.98062118-9 , cuja conexão à presente ação já se requereu.

3 Condenação solidária do DER/SC e do BNDES (que anuiu com a alteração do projeto original) a indenizarem os autores por perdas e danos, inclusive de natureza moral, a serem apurados em liquidação de sentença;

Descabe o pedido dos Autores, conforme já amplamente expendido.

Impende repetir que os adequamentos ao projeto foram, todos eles, decorrentes de pleitos da empresa e acordados em conjunto, jamais unilateralmente. Assim não podem as AA buscar indenização por fatos ou atos a que deram causa e com os quais anuíram.

No que pertine à indenização por dano moral, percebe-se , claramente a intenção do lucro fácil, aliás com soe acontecer sempre que o Estado ou entidade estatal se encontram no polo passivo. Isto vem corroborado, de forma insofismável, no pedido de danos morais “em valor considerável do patrimônio dos Réus”.

Vê-se que os AA consideram o patrimônio público uma fonte inesgotável de riqueza , deixando de levar em conta que esse patrimônio é público e tem destinação específica: o bem comum.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



4 Condenação dos réus DER/SC, BNDES, BESC e BRDE em se absterem de exigir dos autores o cumprimento de qualquer obrigação vinculada à concessão, além do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios;

O pedido improcede pois desconhece e passa ao largo da existência de contratos, em plena vigência, aos quais não podem furtar-se os réus de dar cumprimento.

In casu , impende aplicar-se o instituto do " *pacta sun servanda* " . Existem contratos vigentes, cujas cláusulas fazem lei entre as partes e devem ser cumpridos em sua totalidade.

5 Declaração de vínculo jurídico de natureza associativa (com comunhão de escopos) entre a Autora e o BNDES e seus agentes repassadores e o DER/SC, cujo objeto era a realização de obra pública a ser explorada mediante cobrança de pedágio;

O pedido descabe eis que qualquer vínculo existente entre as AA e o DER está adstrito aos limites dos contratos firmados , que conforme amplamente discutido e conforme ainda se provará durante a instrução , vem sendo sistematicamente inadimplido.

O vínculo associativo por comunhão de escopo é hipótese fantasiosa , que não pode ser acolhida , vez que o só fato de todos os réus terem participado, com responsabilidade restrita às



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



cláusulas, de diversos contratos envolvendo aspectos diversos da concessão. Os réus, efetivamente participaram no próprio contrato

6 Declaração de força maior (ou outra causa não imputável à autora) para obstar a execução, pela autora, do contrato de concessão e os efeitos daí decorrentes, inclusive a impossibilidade superveniente da prestação dos autores nos contratos 95.2.115.3.1 e SC 7984, por causa alheia aos autores;

Inexiste força maior, caso fortuito ou fato do príncipe a impossibilitar o cumprimento do avençado nos contratos mencionados.

Conforme já restou cabalmente demonstrado nos autos 023,98.062118-9 , cujo elenco probatório se requer, desde já, seja utilizado como prova emprestada , a culpa pelo descumprimento dos contratos é exclusiva da Concessionária por sua capacidade gerencial falha , bem como demora na compra dos equipamentos necessários e outras tantas falhas que ressaltam daquele elenco probatório e que restarão , uma vez mais, provadas através de provas periciais que serão oportunamente requeridas .

7 Reconhecimento dos pressupostos da responsabilidade civil do DER/SC e do BNDES, por terem propiciado a ocorrência do evento que impossibilitou a cobrança do pedágio ;



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



O evento que impossibilitou a cobrança do pedágio foi o descumprimento das condições mínimas exigidas para o seu início. Essas condições eram de competência exclusiva da concessionária, eis que se resumiam, basicamente, ao término de parte das obras e da disponibilização de serviços. Repita-se, de exclusiva responsabilidade da concessionária.

E não se coloquem as Autoras em posição de vítimas, de parte frágil que foi obrigada, coagida a aceitar adequações do projeto. Em primeiro, porque estas foram todas decorrentes de pedidos da Concessionária, que, aliás, bastante se beneficiaria. Em segundo, porque as AA, pessoas jurídicas, conforme afirmam no petitem, tem vasta experiência profissional, na área de construção de estradas, atuando de há muito no mercado. Assim seria ingenuidade aceitar que, profissionais antigos e experientes, se dobraram a imposições unilaterais que lhes seriam desfavoráveis. Se acordaram com as modificações que provocaram, foi porque avaliaram e concluíram que estas lhes seriam vantajosas.

Alegar, agora, que não tiveram nenhuma participação nos atos e eventos que acabaram por gerar a impossibilidade temporária de cobrança do pedágio, beira a litigância de má fé.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



8 A condenação do DER/SC e do BNDES e seus agentes repassadores a promoverem diretamente entre si, a liquidação dos empréstimos aludidos nos Contratos de Abertura de Crédito nº 95.2.115.3.1 e SC 7984;

Buscam os AA, na forma arditosa que lhes é peculiar, eximir-se dos encargos financeiro assumidos em operações de empréstimo bancário, buscando imputá-las ao DER, que nelas participou na mera condição de interveniente, com responsabilidade contratualmente definida e delimitada, conforme a cláusula seguinte:

"décima segunda – obrigação do interveniente DER/SC – O interveniente Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina – DER/SC, qualificado no preâmbulo deste contrato, obriga-se a: I – pagar diretamente ao BNDES a indenização devida a beneficiária, com vistas a liquidação das obrigações financeiras do presente contrato. II – incluir nos processos relativos ao cálculo da indenização a que se refere o inciso I desta cláusula, o montante da dívida decorrente das liberações de recursos, desde que efetivamente utilizadas no projeto financiado, efetuadas pelo BNDES no âmbito do presente contrato, com



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



vistas a liquidação de todas as obrigações dele decorrentes. III – manter o BNDES permanentemente informado sobre qualquer fato que possa vir a prejudicar o atingimento da finalidade da operação ou seu equilíbrio econômico-financeiro. IV – não promover qualquer alteração no contrato de concessão previsto na cláusula primeira, sem prévio e expreso conhecimento do BNDES."

Esta a única responsabilidade do DER nos contratos mencionados. Inexiste qualquer responsabilidade do DER no que pertine à assunção de responsabilidade por adimplemento financeiro dos contratos de financiamento.

Até porque tal pedido já está contido nos outros tantos pedidos de indenização nas três ações que as AA ajuizaram. Ou se mostra incompatível com eles

Senão vejamos:

- Inexigibilidade dos créditos do BRDE e BESC 95.2.115.3.1 e n.º S C 7984, (ação n.º 99.6341-4)
- Condenar solidariamente DER e BNDS a indenizarem os AA por Perdas e Danos, danos emergentes, lucros cessantes. (ação n.º 99.7133-6)

fls. 56



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



- Perdas e danos , aí incluída a declaração do direito da Concessionária receber a tarifa pelo prazo de 24 anos.(ação 023.98.062118-9)
- Pagamento do valor correspondente ao valor da tarifa pedágio a partir do mês de agosto de 1998 (ação 023.98.062118-9)
- Correção monetária desde o momento de cada exigibilidade, acrescida de juros de mercado, desempenhando a função jurídica de lucro cessante, mais juros de mora. (ação 023.98.062118-9)

9 A liberação da autora e seus co-obrigados das obrigações assumidas;

Descabe o pedido uma vez que existem contratos , vigentes, que obrigam os AA , na forma do pactuado. Inexiste nos autos qualquer motivação legal ou jurídica que os desonere. Vale, uma vez mais invocar o "*pacta sunt servanda*"

10 A condenação dos réus "a deixar de adotar qualquer conduta incompatível com as declarações acima pleiteadas."

Ante todo o exposto, **REQUER:**

1. A conexão à presente ,da ação 023.98.062118-9 , ajuizada na Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da

sc 401 justiça federal/PLTS

Página 56 de 58

Rua Saldanha Marinho, 189 - CEP: 88.010 450 - Fone (048) 216-5500/216-5589 - Florianópolis - Santa Catarina



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Comarca da Capital , 2 ° Cartório, já requerida anteriormente e o seu apensamento aos presentes autos, por apresentar a mesma fundamentação identidade de pedidos e de partes .

2. O julgamento das ações conexas numa única peça de decisão, como forma de evitar julgamento conflitantes, notadamente porque nessas ações os Autores fazem pedidos incompatíveis entre si, além de litispendentes.
3. A improcedência total da presente actio.
4. A produção de todas as provas em direito admitidas, notadamente juntada de documentos , oitiva de testemunhas, perícia técnica de engenharia, contábil e quaisquer outras que se fizerem necessárias ao deslinde da presente quaestio.
5. Requer-se, ainda sejam parte integrante do elenco probatório da presente actio, a título de prova emprestada , todas as provas produzidas nas ações 023.98.062118-9 e ação n ° 99.6341-4.
6. Que as intimações da presente actio e das que lhe são conexas, sejam na pessoa de seus Procuradores , os Procuradores do Estado a final nomeados.
7. A condenação dos AA ao ônus da sucumbência e honorários Advocatícios.

fls. 58



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



TERMOS EM
E. DEFERIMENTO

FLORIANÓPOLIS, 4 DE JANEIRO DE 2000

FRANCIS LILIAN TORRECILLAS SILVEIRA
PROCURADORA DO ESTADO

JULIANO DOSSENA
PROCURADOR DO ESTADO

LEANDRO ZANINI
PROCURADOR DO ESTADO

MANOEL CORDEIRO JÚNIOR
PROCURADOR DO ESTADO

sc 401 justiça federal/FLTS

Página 58 de 58

Rua Saldanha Maranhão, 189 - CEP: 88.010-450 - Fone (048) 216-5300/216-5589 - Florianópolis - Santa Catarina



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1794262 - SC (2019/0022935-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : LINHA AZUL AUTO ESTRADA SA
RECORRENTE : EMTUCO SERVICOS E PARTICIPACOES S.A
RECORRENTE : ALVARO DE CALAZANS GAYOSO NEVES
RECORRENTE : ANNETTE CORREA GAYOSO NEVES
RECORRENTE : LUIZ ANTONIO VALLE PEDREIRA DE CERQUEIRA
RECORRENTE : ARMANDA CORREA GAYOSO NEVES CERQUEIRA
RECORRENTE : MINERPLAN - MINERACAO E PESQUISA LAURO MULLER LTDA
ADVOGADOS : OLAVO RIGON FILHO - SC004117
MARÇAL JUSTEN FILHO - PR007468
FERNAO JUSTEN DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - PR018661
EDUARDO TALAMINI - PR019920
PAULO OSTERNACK AMARAL - PR038234
RICARDO DE PAULA FEIJÓ - PR070383
RECORRENTE : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORES : CÉLIA IRACI DA CUNHA E OUTRO(S) - SC022774
SÉRGIO LAGUNA PEREIRA E OUTRO(S) - SC030156
FERNANDO ALVES FILGUEIRAS DA SILVA - SC026054B
RECORRIDO : LINHA AZUL AUTO ESTRADA SA
RECORRIDO : EMTUCO SERVICOS E PARTICIPACOES S.A
RECORRIDO : ALVARO DE CALAZANS GAYOSO NEVES
RECORRIDO : ANNETTE CORREA GAYOSO NEVES
RECORRIDO : LUIZ ANTONIO VALLE PEDREIRA DE CERQUEIRA
RECORRIDO : ARMANDA CORREA GAYOSO NEVES CERQUEIRA
RECORRIDO : MINERPLAN - MINERACAO E PESQUISA LAURO MULLER LTDA
ADVOGADOS : OLAVO RIGON FILHO - SC004117
MARÇAL JUSTEN FILHO - PR007468
FERNAO JUSTEN DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - PR018661
EDUARDO TALAMINI - PR019920
PAULO OSTERNACK AMARAL - PR038234
RICARDO DE PAULA FEIJÓ - PR070383
RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORES : CÉLIA IRACI DA CUNHA E OUTRO(S) - SC022774
SÉRGIO LAGUNA PEREIRA E OUTRO(S) - SC030156
FERNANDO ALVES FILGUEIRAS DA SILVA - SC026054B

RECORRIDO : BANCO DO BRASIL SA
ADVOGADOS : ALISSON DOS SANTOS CAPPELLARI E OUTRO(S) - RS046946
RUDOLF SCHAITL - TO000163
EDUARDO MONTEIRO AVRAMESCO - RJ138704
RECORRIDO : BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO
SUL
ADVOGADO : TIAGO MAGALHÃES CARDOSO E OUTRO(S) - SC018907
RECORRIDO : BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E
SOCIAL
ADVOGADOS : LEONARDO BRANDÃO MAGALHÃES - RJ113917
FÁTIMA LUIZA DE FARIA COSTA DIAS E OUTRO(S) -
RJ046777
NELSON LUIZ MACHADO LAMEGO - RJ082542

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, com base no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/1988, contra acórdão assim ementado (fls. 4.224-4.225):

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA NOVO JULGAMENTO. CONTRATO DE CONCESSÃO. REFORMULAÇÃO SC/401. DEINFRA/SC. LEGITIMIDADE PASSIVA. FORO COMPETENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Fixada a competência da Justiça Federal para o julgamento amplo da demanda, isto é, em relação a todos os pedidos veiculados pelos autores e a todas as partes do processo, inclusive ao DEINFRA/SC.

Há interesse jurídico e econômico por parte do BNDES na solução de toda a controvérsia dos autos, não apenas derivado de sua posição como credor das concessionárias - no contrato de empréstimo, mas também pela necessidade de não se ver responsabilizado pela rescisão do contrato de concessão pública firmado entre o DEINFRA/SC (concedente) e a empresa - Linha Azul Auto Estrada S.A. (concessionária), e pela indenização por danos emergentes dela decorrente.

Sopesando, de um lado, as significativas consequências e a dimensão - inclusive financeira - do acolhimento dos pedidos de rescisão contratual e de indenização por danos emergentes em favor dos autores, a afastar a hipótese aventada de sucumbência recíproca, e, de outro, a atribuição de responsabilidades pela não conclusão do objeto da concessão a falhas de ambas as partes - parte autora e DEINFRA/SC, os honorários advocatícios devidos aos patronos da parte autora ficam fixados em 1% (um por Cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, §§3º e 4º, do CPC/73.

Os Embargos de Declaração opostos por ambas as partes foram acolhidos exclusivamente para fins de prequestionamento (fls. 4.269-4.288).

Os primeiros recorrentes, Linha Azul Auto Estrada S/A e outros, alegam violação dos arts. 1.059 e 1.060 do CC/1916 (arts. 402 e 945 do atual CC), sob o fundamento de que o inadimplemento contratual lhes garante a indenização não apenas dos danos emergentes (o que foi reconhecido em seu favor), como também pelos lucros cessantes, ainda que proporcionalmente, caso persista o entendimento de que houve

responsabilidade recíproca das partes. Aduzem ter havido infringência aos arts. 2º, III, 4º, 9º e 29, VI e VII, da Lei 8.987/1995, seja porque tais dispositivos lhes garantem a inclusão dos lucros cessantes como parcela integrante da indenização pleiteada, seja porque (os recorrentes) reputam incorreta a conclusão no sentido de que há responsabilidade recíproca das partes, pois o acórdão reconheceu que o Poder Concedente descumpriu o dever de zelar pelo cumprimento das disposições regulamentares e contratuais relacionadas ao serviço público concedido e que a ausência das desapropriações foi decisiva para a inviabilização da concessão.

Em outra vertente argumentativa, afirmam que o lucro que obteriam estava concentrado na cobrança de pedágio, motivo pelo qual a exclusão dos lucros cessantes da indenização pleiteada ensejará o enriquecimento ilícito da parte adversa, o que implica violação do art. 964 do CC/1916 (art. 884 do atual CC).

Por fim, sustentam violação dos arts. 128, 460 e 473 do CPC/1973 e do art. 85, §§ 3º e 4º, do CPC/2015. Defendem que não poderia haver a redução dos honorários advocatícios estabelecidos em seu favor (foram reduzidos de 10% para 1% do valor da condenação), porque o Recurso do Deinfra/SC não veiculou pretensão nesse sentido, mas apenas que fosse estabelecida verba honorária por valor fixo, pelo critério da equidade. Quanto ao art. 473 do CPC/1973, argumentam que o aresto que julgou a Apelação não se pronunciou sobre a incidência da Lei 9.494/1997 e que por esse motivo caberia ao Deinfra/SC apontar omissão sobre esse tema quando opôs os primeiros Embargos de Declaração. Como não o fez, a questão ficou preclusa, e nesse sentido não poderia ter sido enfrentada pelo Tribunal de origem, que só examinou a matéria depois da oposição dos segundos Aclaratórios do Deinfra/SC. Quanto ao art. 85, §§ 3º e 4º, do CPC, asseveram que, se o Tribunal de origem entendeu que a Lei 9.494/1997 é aplicável aos processos em curso, idêntico raciocínio deve valer para os critérios de arbitramento dos honorários advocatícios, norma processual aplicável ao processo em curso.

Por sua vez, o Deinfra/SC (sucedido pelo Estado de Santa Catarina) afirma que houve violação do art. 1.022 do CPC, porque a Corte Regional se omitiu a respeito da configuração da preclusão para discutir a competência ampla da Justiça Federal. Explica que a preclusão estaria configurada a partir do momento em que o próprio Tribunal de origem, ao decretar previamente a perda de objeto dos Agravos de Instrumento que questionavam a decisão do juízo de primeiro grau que promoveu a cisão do julgamento do feito, em razão da prolação de sentença que examinou apenas um dos pedidos deduzidos em juízo (contra o BNDES), não poderia, em Apelação, restabelecer a competência da Justiça Federal para julgar a demanda em sua integralidade, abrangendo o segundo pedido deduzido na petição inicial, contra outros réus. A omissão a respeito da competência da Justiça Federal ainda estaria configurada, pois o Tribunal de origem não se manifestou sobre a autonomia dos pedidos, de modo que o pedido principal (de rescisão do contrato da concessionária com o DER/SC) não deveria ter sido analisado na Justiça Federal, sendo que o fato de a concessionária ter formalizado contrato autônomo de empréstimo com o BNDES, ainda que voltado a obter recursos para o cumprimento do primeiro contrato (com o DER/SC), não justifica a competência da Justiça Federal para apreciar o pedido de rescisão do contrato firmado apenas entre a concessionária e o DER/SC. Nesse sentido, o recorrente afirma que o TRF4 não examinou precedente do STJ levado ao seu conhecimento (Conflito de Competência 29.471/SC), precedente esse que, versando sobre a mesma relação jurídica base (o mesmo contrato de concessão da

rodovia SC 401), definira que as pretensões da Linha Azul em face do DER/SC (sucedido pelo Deinfra e, atualmente, pelo Estado de Santa Catarina) deveriam ser decididas pela Justiça Comum Estadual. Teria, finalmente, ocorrido omissão também a respeito da fixação dos honorários de sucumbência, pois a exclusão dos lucros cessantes e dos danos morais da condenação imposta ao Deinfra/SC implicou sucumbência mínima da Fazenda Pública. Em caráter alternativo, defende que tal exclusão poderia, no máximo, ensejar a sucumbência recíproca das partes, com determinação de compensação dos honorários advocatícios, nos termos do art. 21 do CPC/1973.

Também defende o ente público a violação dos arts. 473 e 515, § 2º, do CPC/1973, ao argumento de que o tema da competência da Justiça Federal não foi devolvido pela Apelação da parte recorrida (cita que na Apelação a ora recorrida se limitou a pedir que fossem julgados, primeiramente, os Agravos de Instrumento que discutiam o tema da competência jurisdicional), bem como que a decisão que decretou a perda de objeto dos recursos antecedentes, diante da prolação de sentença, não foi impugnada por recurso, estabilizando em definitivo a decisão interlocutória do juízo de primeiro grau, ensejando a preclusão *pro judicato*. Nesse sentido, aduz que a sentença (que foi admitida para o efeito de justificar a perda de objeto do Agravo de Instrumento) analisou a demanda segundo os limites estabelecidos pelo juízo de primeiro grau (análise apenas do pedido de rescisão do contrato firmado com o DER-Deinfra/SC, com condenação da parte vencida em pagar indenização), de modo que não poderia o Tribunal de origem, em fase recursal, ampliar o objeto da demanda e afirmar sua competência para processar e julgar o feito em relação às pessoas jurídicas de Direito Privado ou à Fazenda Pública Estadual (não inserida nas hipóteses do art. 109 da CF/1988).

Aponta, ainda, infringência ao art. 47 do CPC/1973, ao argumento de que o contrato de empréstimo financeiro é autônomo em relação ao contrato firmado com o DER/SC, inexistindo litisconsórcio passivo necessário a justificar o processamento do feito, em relação ao pedido de rescisão do contrato de concessão de obra, na Justiça Federal.

Finalmente, conforme mencionado anteriormente, assevera que houve má aplicação do art. 21 do CPC/1973, dado que “ao afastar a condenação do réu ao pagamento de lucros cessantes, a Corte Regional limitou a condenação ao pagamento das obras realizadas pela parte autora. Ocorre, Excelência, que, no contexto geral da pretensão deduzida pela parte autora, tratou-se de sucumbência mínima do réu, ou no mínimo em menor extensão, porque o conteúdo econômico dos pedidos improcedente é substancialmente superior ao do pedido procedente” (fl. 4.342).

Foram apresentadas contrarrazões pelos recorrentes acima indicados, além do Banco do Brasil e do BRDE.

Pelo despacho das fls. 4505-4507, chamei o feito à ordem e provoqueei as partes e o Tribunal de origem a se manifestarem sobre possíveis nulidades no feito.

Todos se manifestaram, inclusive o Ministério Público Federal.

Por fim, dada a complexidade da matéria, requeri manifestação sobre os efeitos nestes autos da decisão transitada em julgado proferida na Ação Ordinária 99.0006341-4, o que também foi atendido pelas partes.

É o **relatório**.

Decido.

Tendo em vista que, em atenção ao disposto no art. 10 do CPC, instei as partes a se manifestarem a respeito de possíveis nulidades processuais e, posteriormente, sobre os eventuais efeitos que o julgamento da Ação Ordinária 99.0006341-4 poderia provocar neste feito, convém enfrentar, preliminarmente, esses temas, somente depois passando, se for o caso, ao mérito.

1. A presente demanda e a Ação Ordinária 99.0006341-4

Em 13 de agosto de 1999, Linha Azul Auto Estrada S/A, Engepasa Engenharia do Pavimento S/A, Alvaro de Calazans Gayoso Neves e sua esposa Annete Correa Gayoso Neves, Luiz Antonio Valle Pedreira de Cerqueira e Armanda Correa Gayoso Neves Cerqueira e Minerplan Mineração e Pesquisa Lauro Muller Ltda. ajuizaram **Ação Ordinária autuada sob número 99.0007133-6** contra o BNDES, BRDE, BESC E DER/SC, em cuja petição inicial desses autos afirmam (fl. 4) existir **conexão com "ação anterior" (que foi autuada sob número 99.0006341-4)** - conexão esta configurada por abordar "desdobramento específico" do contrato de concessão pelo qual o DER/SC outorgou à recorrente Linha Azul a exploração econômica da Rodovia SC -401.

Sustenta a primeira recorrente que em 7 de agosto de 1995 firmou o contrato 95.2.115.3.1 com o BNDES, tendo por objeto empréstimo "destinado a execução das obras e serviços (...), de acordo com o contrato de concessão firmado em 29 de dezembro de 1994" (fl. 7). Aduz que o DER/SC participou do contrato de empréstimo, na condição de interveniente, comprometendo-se a não introduzir qualquer alteração no contrato de concessão sem prévio e expresso conhecimento do BNDES.

Esclarece, por fim, que o empréstimo foi concedido em parte diretamente pelo BNDES, no aludido contrato (95.2.115.3.1) e indiretamente por meio do BRDE e do BESC, pelo Contrato n. SC -7984, firmado em 8 de abril de 1996.

Defende que, por razões alheias à sua vontade, tornou-se impossível cumprir o contrato de concessão - na verdade, os autores (ora recorrentes) afirmam que o DER/SC e o BNDES não cumpriram o contrato principal (seja em razão da não promoção e desapropriações, seja pela anuência do BNDES com a modificação do prazo para cumprimento do contrato principal). Esse teria sido o motivo para o ajuizamento da **demanda conexa (autos 99.0006341-4), na qual consta o seguinte pedido (fls. 8-9):**

"(a.1) a existência de vínculo jurídico de natureza associativa (com comunhão de escopos) entre a Autora, o BNDES (e seus agentes repassadores) e o DER/SC, cujo objeto era a realização de obra pública, a ser explorada mediante cobrança pedágio; e (ou)

(a.2) a caracterização da existência de força maior (ou outra causa não imputável à Autora) a obstar a execução, pela Autora, do contrato de concessão e os efeitos daí decorrentes, inclusive a impossibilidade superveniente da prestação dos Autores nos contratos 95.2.115.3.1 e SC -7984, por causa alheia aos Autores; e (ou)

(a.3) a existência de dever jurídico de o BNDES arcar com as consequências de suas ações e omissões, relativamente à aprovação das modificações introduzidas nos projetos originais da SC/401 .

"Como decorrência do acolhimento de qualquer dos pleitos anteriores, ou demais de um deles, pede-se que a sentença (b) declare a inexistência dos créditos do BNDES, do BRDE e do BESC, derivados dos Contratos de Abertura de Crédito n° 95.2.115.3.1 e n° SC -7984, até que seja autorizada a arrecadação do pedágio.

"Se assim não se entender, pede-se que (c.1) seja reconhecida a presença

dos pressupostos da responsabilização civil do DER/SC e do BNDES, por terem propiciado a ocorrência do evento que impossibilitou a cobrança do pedágio. Em tal hipótese, também requer-se que (c.2) sejam condenados DER/SC e BNDES (e seus agentes repassadores) a promoverem diretamente entre si a liquidação dos empréstimos retratados nos Contratos de Abertura de Crédito nº 95.2.115.3.1 e SC - 7984, liberando-se a ora Autora (e seus coobrigados) das responsabilidades ali previstas." Em qualquer caso, pede-se a condenação dos Réus a deixar de adotar qualquer conduta incompatível com as declarações acima pleiteadas."

Sustenta que nos presentes autos (processo 99.0007133-6) a discussão "envolve outros desdobramentos jurídicos dos mesmos fatos e fundamentos jurídicos" (fl. 9).

Segundo a argumentação dos recorrentes, o contrato de concessão para a duplicação da SC401 ensejou o aporte, pela primeira recorrente (Linhas Azul) do montante de trinta e nove milhões de reais, nos seguintes termos: nove milhões de reais oriundos do contrato de empréstimo obtido no BNDES, seis milhões de reais pelos contratos firmados no BRDE e BESC, e vinte e oito milhões de reais com recursos próprios. O contrato de concessão e exploração da Rodovia SC401 seria remunerado mediante a instituição de pedágio, sendo que a recorrente, inclusive, ofereceu parcela da arrecadação do pedágio como garantia complementar de cumprimento de suas obrigações assumidas nos contratos de empréstimo (BNDES, BRDE e BESC).

No entanto, o DER/SC não promoveu as desapropriações (alegadamente por não possuir recursos financeiros) e ainda instituiu modificações no contrato original (modificações essas não impugnadas pelo BNDES). Paralelamente a isso, teria havido ajuizamento de Ação Popular que resultou na concessão de liminar vedando a cobrança de pedágio intermunicipal e, por fim, o Estado de Santa Catarina teria editado norma local (Lei 10.934/1998) concedendo isenção para parcela significativa de usuários do trecho concedido (o que ampliaria ainda mais o desequilíbrio econômico-financeiro, dada a diminuição na arrecadação do pedágio).

Tais circunstâncias teriam comprometido irremediavelmente o equilíbrio financeiro do contrato, impedindo que a primeira recorrente cumprisse as obrigações referentes à segunda e última etapa do contrato principal.

Assevera que a responsabilidade é imputável totalmente aos réus desta demanda, pois todas as obrigações da recorrente (no que se refere à primeira etapa) teriam sido cumpridas.

Além da rescisão contratual, foi pedida tutela judicial para fixar indenização por danos emergentes, lucros cessantes e danos morais, além da vedação de os réus exigirem dos autos o cumprimento dos contratos de empréstimo.

Após requerer a distribuição destes autos por dependência à Ação conexa, com o necessário "apensamento aos autos nº 99.6341-4", os recorrentes pediram o julgamento de procedência do pedido para:

a) decretar a rescisão do contrato de concessão das Rodovias SC -401(e acessórias), reconhecendo a ocorrência de fatos imputáveis ao DER/SC e ao BNDES, que inviabilizaram a execução integral e completa da concessão;

b) desonerar os fiadores e caucionantes de garantias em face do BNDES e demais agentes financeiros a ele vinculados (todos Réus), reconhecendo que a via de satisfação de seus créditos era a cobrança de pedágio, a qual foi inviabilizada por atuação conjunta do DER/SC e do BNDES;

c) condenar solidariamente DER/SC e BNDES (que anuiu com a alteração do projeto original) a indenizarem os Autores por perdas e danos, inclusive de natureza moral, a ser apurados em liquidação de sentença;

d) condenar DER/SC, BNDES, BESC e BRDE a se absterem de exigir dos Autores o cumprimento de qualquer obrigação vinculada à concessão.

No juízo de primeiro grau, o órgão julgador: a) definiu que o processo em trâmite na Justiça Federal analisaria os pedidos EXCLUSIVAMENTE em relação ao BNDES, na medida em que, quanto ao BRDE, ao BESC e ao DER/SC, houve declinação da competência, de que resultou o processo 023.00.024223-6, em trâmite na Primeira Vara da Fazenda Pública de Florianópolis/SC; e b) no mérito, julgou os pedidos (contra o BNDES) improcedentes.

Interposto recurso pelos autores da demanda, o acórdão do Tribunal de origem julgou a Apelação e os diversos Embargos de Declaração opostos sucessivamente, na forma abaixo:

a) dado parcial provimento da Apelação, para julgar parcialmente procedente o pedido deduzido nos autos, nos seguintes termos: a.1) reconhecida a legitimidade passiva do BNDES e, como resultado disso, a competência da Justiça Federal, a.2) constatada a quebra da equação econômico-financeira do contrato de concessão, pela desídia do Poder Concedente em promover as desapropriações e pela impossibilidade de cobrança dos pedágios, a.3) condenada a parte vencida ao pagamento de indenização, consistente nos danos emergentes, no "custo financeiro dos desembolsos respectivos, considerados não apenas os custos diretos mas também aqueles necessários à sua execução", e nos lucros cessantes, a.4) afastado o direito à indenização por danos extrapatrimoniais e morais, por deficiência probatória, e a.5) improcedente o pedido "de desoneração dos fiadores e caucionantes de garantias em face do BNDES e demais agentes financeiros a ele vinculados, vez que se trata de contratos autônomos";

b) após provimento no STJ do Recurso Especial do DER/SC (REsp 887.040/SC), foram novamente julgados, no Tribunal de origem, os respectivos Embargos de Declaração, de que resultou o parcial acolhimento, com atribuição de efeitos infringentes, nos seguintes termos: b.1) exclusão da condenação ao pagamento de lucros cessantes, em razão do reconhecimento de responsabilidade recíproca das partes constantes do contrato de concessão; b.2) especificação de que subsiste o direito da empresa concessionária à indenização pela obra realizada, cujo valor será apurado por meio de liquidação por artigos, acrescido de juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação e 1% a.m., a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, e b.3) mantido o arbitramento dos honorários de sucumbência em 10% do valor da indenização. (fls. 3822-3828, e-STJ);

c) ao acórdão acima, foram opostos novos aclaratórios pelos autores da demanda e pelo Deinfra/SC, os quais foram rejeitados;

d) após o provimento de novo Recurso Especial do Deinfra/SC (sucessor do DER/SC), isto é, do Ag Rg no REsp 1.333.489/SC, no qual reconhecida a reiteração de infringência do art. 535 do CPC/1973, foi proferido novo acórdão em Embargos de Declaração julgados no TRF4, para os seguintes fins: c.1) reafirmar a competência da Justiça Federal para julgar em toda a amplitude subjetiva a lide deduzida (ou seja, abrangendo não apenas o BNDES, como também o BRDE, o BESC e o DER/SC); c.2) em relação aos encargos de sucumbência, o recurso aclaratório foi acolhido para reduzir a condenação do Deinfra ao pagamento de honorários de 1% do valor da indenização; e c.3) quanto à especificação dos critérios de correção monetária e juros (principalmente em razão da controvérsia relativa ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação da Lei 11.960/2009), o recurso também foi parcialmente acolhido, para diferir a sua definição para a fase da execução, de modo a racionalizar o andamento do processo, "motivo pelo qual

afasto, neste provimento jurisdicional, os percentuais fixados a título de juros de mora no julgado anterior da Turma (fl.2.925 -verso), com parcial provimento ao recurso do DEINFRA/SC" (fls. 4.205-4.220).

Mais uma vez foram opostos Embargos de Declaração pelos autores da demanda e pelo Deinfra/SC, os quais foram parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento (fls. 4.269-4.284), em relação aos quais finalmente chegamos aos atuais recursos dirigidos ao STJ.

2. O resultado da Ação Ordinária 99.0006341-4

A demanda conexa a esta foi julgada anteriormente, tendo chegado ao STJ por meio do REsp 876.122/SC, de relatoria da em. Ministra Eliana Calmon, interposto por Linhas Azul Auto Estrada S/A e Outros, julgado pela Segunda Turma do STJ na sessão de 17.9.2009, em que somente se examinou, no mérito, a tese de violação do art. 535 do CPC/1973, a qual foi desprovida, nos termos do *decisum* abaixo (publicado no DJ de 30.9.2009):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO OCORRIDA - CONTRATO DE CONCESSÃO DA RODOVIA SC-401 E ACESSÓRIAS - PRETENSÃO DE SUSPENDER-SE A EXIGIBILIDADE DAS OBRIGAÇÕES FIRMADAS COM OS RECORRIDOS - NECESSIDADE DE REEXAME DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E DE FINANCIAMENTO - INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS SUFICIENTES PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO - SÚMULA 283/STF.

1. Decididas, fundamentadamente, as questões suscitadas nos embargos de declaração, não merece acolhida a tese de contrariedade ao art. 535 do CPC.

2. Não merece ser conhecido o recurso especial na parte em que a pretensão dos recorrentes demanda o reexame de contratos, a fim de se averiguar os limites da responsabilidade assumidas pelos litigantes no caso de inadimplemento das obrigações assumidas.

3. Da mesma forma, não merece ser conhecido o recurso especial em relação às teses cujos fundamentos suficientes para manter o acórdão recorrido não foram impugnados pelos recorrentes.

4. Recurso especial conhecido em parte, mas não provido.

Observa-se que não se conheceu do Recurso Especial em relação à questão de fundo (limites das responsabilidades assumidas pelos litigantes), mas somente da tese de violação do art. 535 do CPC/1973, que foi desprovida. Certificou-se o trânsito em julgado em 5.11.2009.

Em relação ao mérito do pedido deduzido nos autos conexos (Ação Ordinária 9.0006341-4), a eficácia preclusiva da coisa julgada foi definida pelo acórdão do Colegiado originário, nos seguintes termos:

CONTRATO DE CONCESSÃO DA RODOVIA SC/401. AÇÃO DECLARATÓRIA. VÍNCULO JURÍDICO. CONTRATO DE MÚTUA CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE CONCESSÃO. FORÇA MAIOR. COBRANÇA DO PEDÁGIO. IMPOSSIBILIDADE AFASTADA. BNDES. RESPONSABILIDADE. DER/SC.

- Não ocorre cerceamento de defesa o indeferimento de prova pericial se a questão controvertida está jungida basicamente a questão de direito, e se a questão fática está respaldada em farta prova documental carreada aos autos pelas partes.

- Despicienda a produção probatória nos limites em que propugnada pelas apelantes, em se tratando da existência ou não de força maior (pela concessão de liminar em ação popular vedando a cobrança do pedágio), e da declaração de existência de vínculo associativo entre BNDES e DER/SC (sob o pretexto de que aquele teria dado expressa anuência para as alterações do contrato de concessão originário).

- **Não configurada força maior a amparar a inexecução do contrato de concessão, pois a liminar deferida em ação civil pública, proibindo a cobrança do pedágio, restou cassada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, circunstância que retirou o alegado obstáculo para o inadimplemento contratual perante o BNDES.**

- **Afastado o vínculo de natureza associativa entre os autores/apelantes e o BNDES, reconhecido como contrato de mútuo, desvinculado do contrato de concessão de serviço público firmado com o DER/SC.** Reconhecida a existência de relação jurídica plurilateral, tendo em vista a participação decisiva do BNDES como fomentador do sistema de concessões, com participação direta no modelo e na análise de viabilidade do projeto, atuando, portanto, como participante direto do sucesso e resultado da concessão em comento.

- **Não cabe ao BNDES assumir eventuais prejuízos causados pelo Poder Concedente ou pela concessionária, para efeito de quitação dos contratos referidos no feito, mesmo porque aquele atua em função do desenvolvimento da economia nacional, daí porque incongruente pretender-se atribuir a este ente público o dever jurídico de arcar com as consequências quanto a eventuais alterações/descumprimento no projeto original da rodovia SC/471.**

- **A alegação de eventual existência de culpa do DER/SC pelo inadimplemento do contrato de concessão, seja por não ter procedido as necessárias desapropriações, seja por alteração unilateral do projeto original do contrato de concessão, é matéria que refoge aos limites destes autos, mesmo porque estão sendo objeto de exame em outro feito.**

3. Conexão e coisa julgada. Extensão dos reflexos, nestes autos, do trânsito em julgado na Ação Ordinária 99.0006341-4

Ao ser provocada a se manifestar sobre os efeitos, nestes autos, do julgamento da demanda conexa, a recorrente Linhas Azul afirma que os pedidos deduzidos nas demandas são distintos e inconfundíveis (apresenta tabela correlacionando os pedidos de ambos os feitos) e que apenas os fundamentos jurídicos de ambas as ações eram os mesmos, daí o motivo pelo qual ambas as Ações foram reunidas no mesmo juízo. Sustenta, ainda, que "o v. acórdão transitado em julgado no processo conexo não veiculou comando impeditivo da responsabilidade do BNDES de arcar com os prejuízos em toda e qualquer situação envolvendo o litígio entre as partes"; pelo contrário, somente teria afastado a responsabilidade do BNDES em relação ao pedido principal da ação conexa, relacionado com o dever de indenização decorrente da anuência com as alterações do projeto original (fls. 4.845-4.846).

O Estado de Santa Catarina defende a existência de coisa julgada e reforça a argumentação de que houve violação da legislação que disciplina a competência para julgamento do feito, tendo em vista que a decisão (nos autos 99.0006341-4) que teria excluído qualquer responsabilidade do BNDES relativamente ao contrato autônomo de exploração da Rodovia SC/401 deveria ter sido observada pelo juízo deste feito, mantendo-se a respectiva tramitação apenas contra o DER/SC - o que conduziria à conclusão de que o feito deveria ter tramitado na Justiça Comum Estadual (TJSC).

O BRDE assevera que, dentre "os diversos pedidos formulados nesta ação, apenas um deles se contrapõe ao interesse jurídico do BRDE e diz respeito à pretensão de

suspender a exigibilidade da dívida relativa ao contrato de mútuo celebrado", mas que "Idêntica pretensão foi formulada na outra ação de rito comum autuada sob o nº 99.6341-4 e que ensejou o julgamento do REsp 876.122/SC", o que implica a preclusão máxima para rediscutir a matéria neste feito.

O BNDES consigna a configuração da coisa julgada, além de defender que a condenação nestes autos refere-se apenas ao ente estatal, inexistindo qualquer menção no aresto hostilizado a respeito de responsabilidade desta instituição.

O Banco do Brasil informa que foi excluído da lide mas possui interesse no julgamento do feito porque os recorrentes pretendem verem-se exonerados dos compromissos assumidos com o BESC (sucedido pelo BB). Esclarece que, depois de excluído da lide que tramitou na Justiça Federal, ajuizou Execução na Justiça Comum, justamente em razão da inadimplência dos recorrentes.

Como se vê, em que pese o esforço dos autores da demanda, ainda que se admita como correta a assertiva de que os processos conexos não possuem absoluta identidade de partes e pedido, é possível verificar que os autores deduziram pedidos similares e parcialmente idênticos, em maior ou menor extensão, nas duas demandas (não havendo identidade absoluta, como é o caso, há, no mínimo, relação de continência entre os pedidos), no que diz respeito especificamente à pretensão de desoneração dos compromissos assumidos pelos autores nos contratos de financiamento firmados com o BNDES, com o BRDE e com o BESC (sucedido pelo Banco do Brasil).

Com efeito, nos autos 99.0006341-4, os autores pleitearam, entre outras coisas: a) o reconhecimento de que houve força maior ou qualquer outra causa alheia à sua vontade, como fundamento para obstar a prestação assumida nos contratos 95.2.115.3.1 e SC-7984 (isto é, os contratos de financiamento firmados com BNDES, BRDE e BESC); b) a declaração da "inexigibilidade dos créditos do BNDES, do BRDE e do BESC, derivados dos Contratos de Abertura de Crédito nº 95.2.115.3.1 e nº SC -7984, até que seja autorizada a arrecadação do pedágio".

Nos presentes autos, parte dos pedidos são: a) a desoneração dos "fiadores e caucionantes de garantias em face do BNDES e demais agentes financeiros a ele vinculados (todos Réus), reconhecendo que a via de satisfação de seus créditos era a cobrança de pedágio, a qual foi inviabilizada por atuação conjunta do DER/SC e do BNDES; e b) condenar DER/SC, BNDES, BESC e BRDE a se absterem de exigir dos Autores o cumprimento de **qualquer obrigação vinculada** à concessão.

Ainda que a narrativa tenha sido apresentada de forma parcialmente distinta, **o objetivo perseguido pelos autores das duas demandas, ao menos parcialmente, foi o mesmo: buscaram o reconhecimento da existência de vínculo jurídico indissociável entre o DER/SC e o BNDES, como únicos responsáveis pelo descumprimento do contrato de concessão e, por arrastamento, pelo descumprimento dos contratos de financiamento firmados por eles (autores) com o BNDES, o BRDE e o BESC, para, como resultado disso, obterem a sua exoneração total em relação a esses últimos contratos (os de empréstimo), seja mediante emissão de comando judicial com determinação direta nesse sentido, seja com a imposição judicial de os réus serem obrigados a promoverem, entre si, a liquidação de todos os contratos relacionados ao tema.**

O Tribunal de origem não atentou para essa situação e, por razões de natureza circunstancial, felizmente não prolatou decisões conflitantes nas duas demandas, no que diz respeito à solução para os contratos de financiamento, firmados com o BNDES, o

BRDE e o BESC (atual BB), e à solução dada em relação ao pedido de condenação do BNDES ao pagamento de indenização pela rescisão do contrato de concessão.

Não obstante, deve ser reconhecida a impossibilidade de rediscussão da mesma matéria já enfrentada nos autos 99.0006341-4, acobertada pela coisa julgada, inclusive por ser indisputável a identidade das relações jurídicas materiais debatidas naqueles e nestes autos, pois atinentes aos mesmos contratos e eventos eleitos como causadores do suposto inadimplemento contratual de parte a parte.

Assim, neste primeiro momento, o RESp dos autores desta demanda não comporta conhecimento em relação a esse ponto, assim como quanto à pretensão de ver reconhecida a responsabilidade do BNDES em relação ao contrato de concessão (pedidos de rescisão contratual e de condenação ao pagamento de indenização) pelos fundamentos acima, devendo prosseguir, se for o caso, apenas em relação ao pedido de rescisão do contrato de concessão e de condenação do DER/SC (sucedido pelo Estado de Santa Catarina) ao pagamento de indenização.

Sucede que, diante do reconhecimento de que os pedidos deduzidos contra o BNDES, o BRDE e o BESC ficam prejudicados em razão do reconhecimento de que a matéria foi integralmente julgada na Ação Ordinária 99.0006341-4, tem-se que o presente feito somente pode prosseguir em relação ao DER/SC (sucedido pelo Deinfra/SC e, atualmente, pelo Estado de Santa Catarina), **o que afasta a competência da Justiça Federal**, como sustenta o Estado de Santa Catarina.

Na verdade, a própria leitura do acórdão proferido no julgamento da Apelação, conforme já detectado em ato judicial nestes autos - ao qual aderiu o MPF, em sua manifestação nos autos (fls. 4.552-4.568) - já indicava potencial nulidade na tramitação do feito na Justiça Federal, pois o *decisum* da Corte *a quo*, com afronta à legislação processual civil, determinou a reinclusão dos demais réus na demanda, em desrespeito à decisão **preclusa** do juízo de primeiro grau que restringiu a competência especializada para julgar a demanda exclusivamente contra o BNDES (decisão essa que precluiu, já que o TRF4 decretou a perda de objeto dos Agravos de Instrumento em razão da prolação de sentença apenas contra o BNDES).

Assim, pelas razões acima expostas, **dou provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina e declaro nulo o julgamento realizado na Justiça Federal, em relação ao DER/SC (sucedido pelo Estado de Santa Catarina). Em consequência, considero prejudicados os demais fundamentos dos Recursos Especiais interpostos pelas partes. Determino a remessa dos autos à Justiça Comum do Estado de Santa Catarina, para processar e julgar o feito exclusivamente em relação ao referido Estado-membro, observada a limitação aqui imposta no que se refere ao pedido deduzido no feito (pedido de rescisão contratual, cumulado com condenação ao pagamento de indenização, exclusivamente contra o Estado de Santa Catarina).**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de agosto de 2024.

Ministro Herman Benjamin

Relator

Terceira seção

Estatísticas

Informações Estatísticas da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina 2023-2024

1 Introdução

O Governo do Estado de Santa Catarina acompanha ativamente o aprimoramento da gestão pública com a medição dos resultados entregues à sociedade Catarinense, buscando tornar o melhor o Estado para se viver, visitar, trabalhar e empreender. A medição dos indicadores de governo são ferramentas cruciais para a gestão pública do Estado, pois permitem acompanhar e avaliar a eficiência e a efetividade das políticas públicas implementadas em Santa Catarina.

A gestão por indicadores tem se consolidado como uma importante prática para o aprimoramento da administração pública estadual. Por meio de um conjunto abrangente de indicadores, o governo catarinense acompanha o desempenho em diversas áreas, como educação, saúde, infraestrutura, entre outras. Essa abordagem permite identificar os avanços e desafios de cada setor, além de promover a colaboração entre as diferentes esferas de governo.

Com este propósito a Procuradoria-Geral do Estado está inserida neste contexto, pela busca de resultados que impactem positivamente os catarinenses. Sendo que, estas medições se realizam por meio da gestão de três indicadores:

- **Litigiosidade na Saúde;**
- **Litigiosidade Administrativa; e**
- **Arrecadação da Dívida Ativa.**

2 Indicadores Estratégicos da Procuradoria-Geral do Estado

O acompanhamento mensal desses indicadores é importante para definir o atual estágio da atuação da Procuradoria-Geral do Estado. É importante, também, para possibilitar o planejamento de novas ações e projetos, de modo integrado com outros órgãos da Administração Estadual, que possam contribuir para a evolução desses indicadores.

O indicador **Litigiosidade na Saúde** mede o número de novas ações judiciais postulando medicamentos, insumos e tratamentos de saúde que foram ajuizadas nos últimos 12 meses. Por meio dele, é possível acompanhar o impacto de medidas visando à redução dessa espécie de litigiosidade, a qual é influenciada por fatores socioeconômicos, mas também pela capacidade de atendimento e resposta do Sistema Único de Saúde.

O indicador **Litigiosidade Administrativa**, a seu turno, mede o número de novas ações judiciais envolvendo servidores públicos e contratos administrativos que foram ajuizadas nos últimos 12 meses. O objetivo é acompanhar a evolução das controvérsias judiciais sobre essa temática, a fim de que sejam adotadas medidas para prevenção de novos litígios e para solução de temas recorrentes que possam ensejar judicialização desnecessária.

Por fim, há o indicador **Arrecadação da Dívida Ativa**. O propósito deste indicador estratégico é medir, em relação aos últimos 12 meses, a efetividade do esforço de cobrança judicial e administrativa de débitos inscritos em dívida ativa empreendido pela PGE, propiciando o planejamento de novas ações e projetos que possam impactar positivamente o resultado.

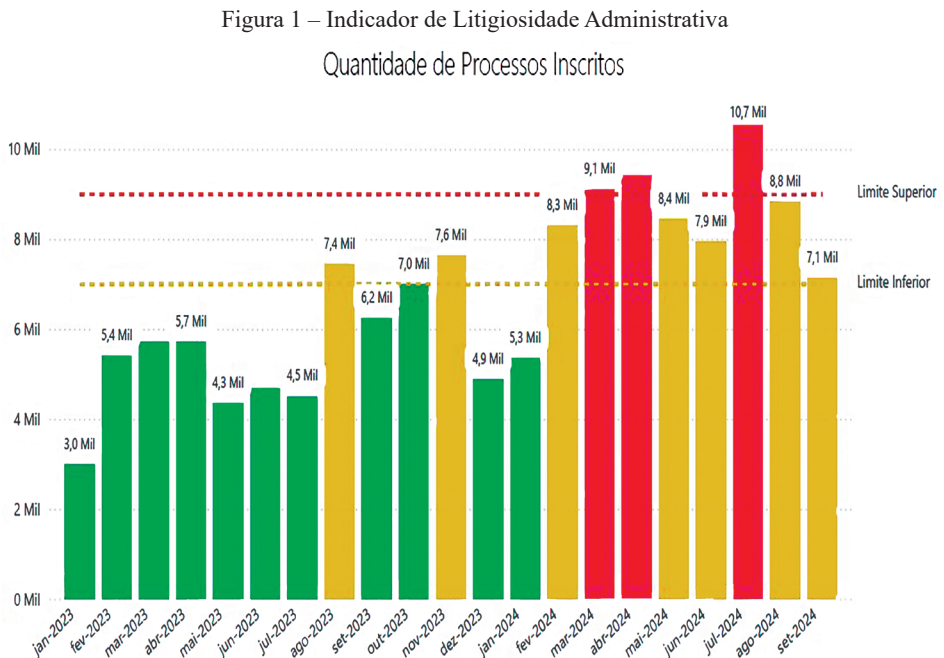
3 Apresentação dos Resultados dos Indicadores Estratégicos da Procuradoria-Geral do Estado

Os dados estatísticos apresentados neste relatório foram extraídos do Sistema de Automação da Justiça para Procuradorias (SAJ Procuradorias) e apresentam comparações com os dados relativos ao período de 2023.

3.1 Indicador de Litigiosidade Administrativa

Este indicador é medido pela quantidade de novos processos judiciais envolvendo servidores públicos e contratos administrativos nos últimos 12 meses (ver figura 1).

- Nível de Excelência – abaixo de 7.000 novos processos.
- Nível de Mercado – entre 7.000 e 9.000 novos processos.
- Nível Comprometedor – acima de 9.000 novos processos.

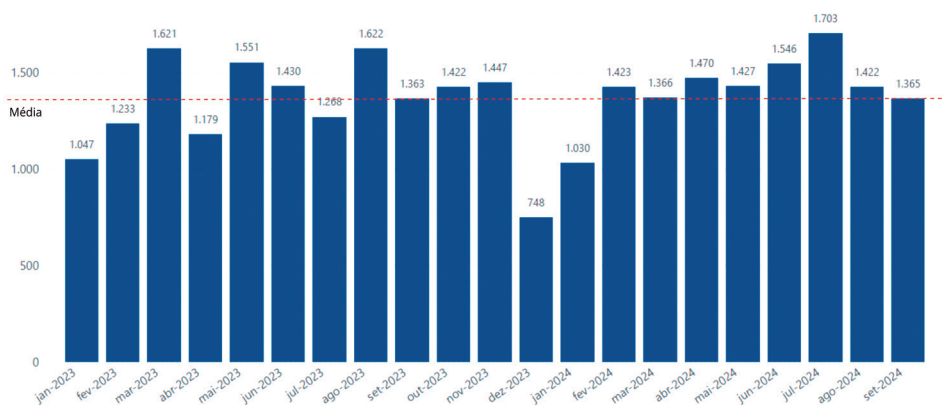


Fonte: SAJ Procuradorias (2024)

3.2 Indicador de Litigiosidade na Saúde

Este indicador é medido pela quantidade de novos processos judiciais envolvendo litígios na área da saúde nos últimos 12 meses, realizando-se o acompanhamento constante dos quantitativos médios (ver figura 2).

Figura 2 – Indicador de Litigiosidade na Saúde
Quantidade de Processos Inscritos



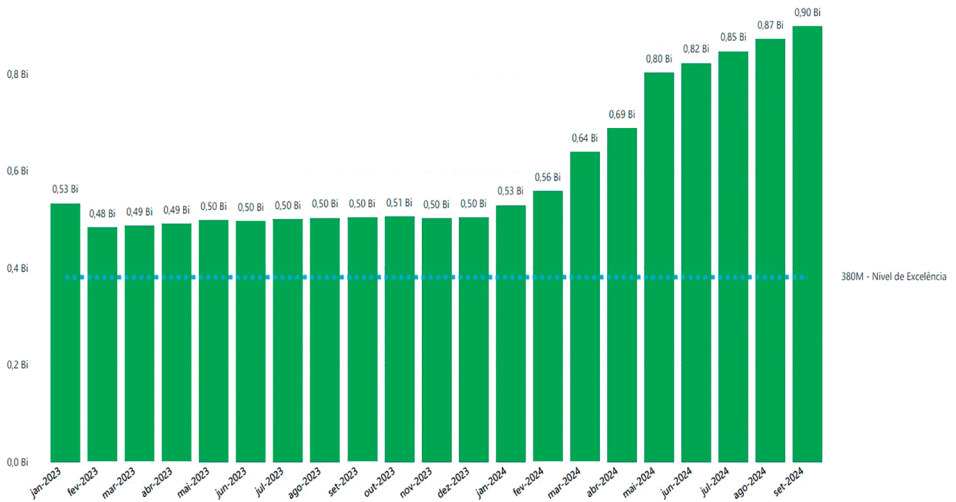
Fonte: SAJ Procuradorias (2024)

3.3 Indicador de Arrecadação da Dívida Ativa

- Nível de excelência: R\$ 380 milhões
- Nível de Mercado: R\$ 300 a R\$ 380 milhões
- Nível Comprometedor ao longo de todo período: abaixo de R\$ 300 milhões

Figura 3 – Indicador de Arrecadação da Dívida Ativa

Valor Acumulado da Arrecadação nos Últimos 12 meses desde Jan-2023



Fonte: sistema SAT (2024)

