ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN 2319-0671

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado

2021

ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado

emais editora

ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado

emais editora

GABINETE DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Alisson de Bom de Souza – Procurador-Geral do Estado
Sérgio Laguna Pereira – Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos
Ederson Pires – Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

CORREGEDORIA-GERAL
Loreno Weissheimer – Corregedor-Geral

CENTRO DE ESTUDOS
Elenise Magnus Hendler – Procuradora-Chefe

ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO CENTRAIS
Aline Cleusa de Souza – Procuradora-Chefe da Consultoria Jurídica
Diogo Marcel Reuter Braun – Procurador-Chefe da Procuradoria do Contencioso
Marcelo Mendes – Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal

Comissão Editorial
Tatiana Coral Mendes de Lima
Daniel Cardoso
Zany Estael Leite Júnior
Carla Schimtiz de Schimtiz
Fillipe Specialski Guerra
João Carlos Castanheira Pedroza

Editora
Jéssica Gonçalves

Desing Editorial
Laura Pra Baldi de Freitas

Preparação de texto
Deborah Cristina Amorim

Impressão
Rocha Soluções Gráficas

R454

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, n. 11 – Florianópolis: PGE/SC, 2021.
448 p.

Anual
ISSN: 2319-0671

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

CDU 340

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais consiste crime (Código Penal, art. 184 e seus § § 1º, 2º ve 3º, Lei da Lei 10.695 de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensãoe e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à emais
www.emaiseditora.com.br
euquero@emaiseditora.com.br
Florianópolis/SC

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

EDITORIAL

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

A revista está estruturada em três seções. A 1ª seção contempla artigos jurídicos elaborados por operadores do Direito. São 27 artigos que abordam assuntos de extrema importância e atualidade no cenário jurídico contemporâneo e de interesse para a advocacia pública.

Na 2ª seção, tem-se a reprodução de uma peça histórica da Advocacia Pública Catarinense. Trata-se de um parecer jurídico primoroso, o qual viabilizou a remuneração garantida do magistério público estadual. Com uma tese inovadora e corajosa, superou a Lei Complementar 173 e suas restrições e viabilizou não apenas o benefício ao magistério, mas, do ponto de vista do Executivo, assegurou o cumprimento do mínimo constitucional de 25% (que sem essa solução não seria possível). Fez história, tendo sido comentada nacionalmente e elogiada por Procuradores de vários Estados.

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

O conteúdo da revista, que ora se apresenta, consubstancia uma importante contribuição para o sistema de justiça e, sobretudo, para a defesa do interesse público. Registra-se, ainda, nossos sinceros agradecimentos a todos que, de forma direta e indireta, participaram desta edição, revertendo-se nesta publicação de singular qualidade.

MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A 11ª edição da Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina apresenta 27 artigos elaborados por diferentes profissionais da área jurídica, entre Procuradores do Estado de Santa Catarina e da Bahia, além de servidores do Poder Executivo e do Poder Judiciário de Santa Catarina e outras unidades da Federação.

Dentro da tradição da publicação realizada anualmente pela PGE catarinense, foram selecionados artigos que contemplam diferentes temas da área do Direito, mas todos com uma característica em comum: conteúdos atuais e relevantes que reforçam o nosso compromisso por uma Advocacia Pública atenta às demandas do século XXI.

A edição de 2021 reflete a intensa discussão jurídica a respeito de direitos fundamentais, bem como o compromisso permanente da Advocacia Pública com o Estado Democrático de Direito. A pandemia da Covid-19 trouxe novos desafios sociais, econômicos e políticos, além de novas fronteiras para o fenômeno jurídico. A missão da PGE é fomentar a discussão sobre essas temáticas em alto nível intelectual, a fim de contribuir para a coesão social e o desenvolvimento sustentável.

Com um agradecimento especial a todos os que atenderam ao convite para participar da 11ª edição, bem como aos colaboradores que se empenharam para concretizar a edição de 2021 da Revista da PGE de Santa Catarina, desejo a todos uma boa leitura!

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

SUMÁRIO

Primeira seção | Artigos **13**

DIVERGÊNCIA E A AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO: CONTORNOS DOS JULGAMENTOS NÃO UNÂNIMES NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA CATARINENSE **15**

Alexandre Waltrick Rates
Felipe Wildi Varela

RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS DE NATUREZA AMBIENTAL: A JUDICIALIZAÇÃO É O MELHOR CAMINHO? **29**

André Emiliano Uba
Bruno de Macedo Dias

OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU): ENTRAVES E DESAFIOS PARA AQUISIÇÃO DE EFETIVIDADE NORMATIVA NO BRASIL **47**

André Emiliano Uba

O RETORNO AO TRABALHO PRESENCIAL DOS SERVIDORES DA EDUCAÇÃO E A (IM)POSSIBILIDADE DE O ATESTADO MÉDICO DETERMINAR O TRABALHO REMOTO: UMA ANÁLISE SOBRE A VIABILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL IMPOR O RETORNO AO TRABALHO PRESENCIAL E OS LIMITES JURÍDICOS DO ATESTADO MÉDICO **59**

Artur Leandro Veloso de Souza
Josevan Carmo da Cruz Junior

BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DO ARRESTO EXECUTIVO À LUZ DO RESP 1.822.034/SC **73**

Augusto Barbosa Hackbarth

A UTILIZAÇÃO DO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO DO JUDICIÁRIO -NAT-JUS NACIONAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA: UM INSTRUMENTO PARA ASSEGURAR A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE QUALIFICADO E NA GESTÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS **85**

Christianne Martins Jatene Gross
Leandro Leri Gross

MEDIDAS ESTRUTURAIS E LIMITES DA COISA JULGADA **99**

Demétrio Demeval Trigueiro do Vale Neto
Bruno Carneiro da Cunha Almeida

APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO À PEQUENA PROPRIEDADE RURAL COMO GARANTIA DA DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE **119**

Denise Schmitt Siqueira Garcia
Elizabete Andrade dos Santos
Rodrigo Diel de Abreu

A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DO SNUC E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO **137**

Evandro Régis Eckel

PROCESSO E *ACCOUNTABILITY:* NOVAS PERSPECTIVAS PROCESSUAIS E O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA **159**

Felipe Cidral Sestrem

A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E AS COMPETÊNCIAS DOS ENTES FEDERATIVOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE **175**

Flávia Dreher de Araujo

A IMPORTÂNCIA DO PROFISSIONAL PSICÓLOGO POLICIAL PARA A CONSTATAÇÃO DO CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER SOB A ÉGIDE DA LEI MARIA DA PENHA **189**

Francislaine Rosa Chagas Francisco Nerling

A EXECUÇÃO INVERTIDA PELA FAZENDA PÚBLICA: ANÁLISE DE SUA EFICÁCIA E SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA **199**

Giovanni Aguiar Zasso
Nataniel Martins Manica

OS DESAFIOS DA CONSTRUÇÃO E VIABILIZAÇÃO DE UM MODELO DE GOVERNANÇA SUSTENTÁVEL NA SOCIEDADE PÓS-PANDEMIA **209**

Marcelo Adriam de Souza
Maíra Martins Crespo Mazzitelli

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE HETEROCOMPOSIÇÃO: UMA NOVA VISÃO NA LEI FEDERAL Nº 14.133, DE 01 DE ABRIL DE 2021 **229**

Marcos Alberto Titão

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD E LEI GERAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO - LAI. ANÁLISE ACERCA DOS DADOS DE PRODUTORES RURAIS CAPTADOS PELAS ENTIDADES DE DEFESA AGROPECUÁRIA E SUA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL NA EMISSÃO DE GUIAS DE TRÂNSITO ANIMAL - GTA. **245**

Marcos Antonio Cesar Sanches

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PAPEL DAS *BIG TECHS* **257**
Mariana Mostagi Aranda
Leonardo Navarro Thomaz de Aquino

O CABIMENTO DO AGRAVO DE PETIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE NÃO CONHECE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU A REJEITA QUANDO JÁ ENCERRADA A OPORTUNIDADE PROCESSUAL PARA EMBARGOS À EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO **269**
Mário Sérgio Simas

ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DE DIREITO **281**
Paulo Roney Ávila Fagundes

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO CONTEXTO AMBIENTAL: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS **299**
Rafael do Nascimento
Ronan Saulo Robl

A SUSTENTABILIDADE E A EQUIDADE INTERGERACIONAL COMO BALIZAS PARA A PROMOÇÃO DO BEM-ESTAR NO ESTADO SOCIAL DE GARANTIA **311**
Rafael do Nascimento

CUSTOS DE TRANSAÇÃO, MERCADO E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - A LEI Nº 14.133/21 **323**
Ronaldo Nunes Ferreira

O IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF **333**
Ronan Saulo Robl

OS DESAFIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL **347**
Sérgio Laguna Pereira

O "TEATRO DO ABSURDO" CONSTITUCIONAL **361**
Thiago de Miranda Coutinho

SESSÕES VIRTUAIS DE JULGAMENTOS E A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **371**
Weber Luiz de Oliveira
Felipe Wildi Varela

AS DISPOSIÇÕES DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO CONTRATANTE POR OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS INADIMPLIDAS POR PRESTADORES DE SERVIÇOS E SUA APLICABILIDADE **385**

Ygor Aquino Almeida

Segunda seção | Peça Histórica **405**

Terceira seção | Estatísticas **439**

Primeira seção
Artigos

DIVERGÊNCIA E A AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO:
CONTORNOS DOS JULGAMENTOS NÃO UNÂNIMES NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA CATARINENSE

Alexandre Waltrick Rates[1]
Felipe Wildi Varela[2]

Submetido em: 27/08/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
A recorribilidade das decisões judiciais ao mesmo tempo em que assegura a reapreciação da matéria também é apontada pela crítica como uma das razões pela demora na marcha processual. O Código de Processo Civil de 2015 suprimiu do ordenamento jurídico de algumas espécies de recurso, contudo, manteve, no artigo 942, um instituto processual a ser aplicado a determinados casos em que o julgamento colegiado não ocorra de forma unânime – o julgamento ampliado. No presente artigo busca-se analisar a aplicação do instituto processual do colegiado ampliado e a sua evolução na prática forense, em especial, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na pesquisa aplica-se o método indutivo, utilizando-se como fontes a legislação, a doutrina nacional e a jurisprudência relacionada às categorias do processo civil.

1 INTRODUÇÃO

O festejado Código de Processo Civil de 2015 - CPC teve como um dos seus objetivos simplificar os procedimentos, afastar os atos e as formalidades prescindíveis, a fim de conferir à marcha processual a necessária celeridade e uma maior efetividade da prestação jurisdicional às partes.

No rol das inovações trazidas pelo CPC está a supressão do ordenamento jurídico de algumas espécies de recurso. A recorribilidade das decisões judiciais sempre foi/é apontada pela crítica como uma das razões pela demora na marcha processual. Atento a essa possível hipótese, o legislador ordinário optou por extinguir os embargos de divergência – recurso cabível contra acórdão de apelação cível não unânime que viesse a reformar a sentença de mérito ou dar provimento a ação rescisória.

Não obstante a eliminação dos embargos de divergência, o CPC manteve, no artigo 942, um instituto processual a ser aplicado a determinados casos em que o julgamento colegiado não ocorra de forma unânime – o julgamento ampliado[3]. Na apelação cível;

1. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI em dupla titulação com o Doutorado em Águas e Sustentabilidade do Instituto de Águas da Universidade de Alicante (Espanha). Mestre em Gestão de Empresas pela Universidade Lusófona de Portugal. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado. E-mail: alexandre@waltrick.adv.br

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

3. Para fins do presente artigo, serão considerados como sinônimos as expressões: julgamento ampliado, ampliação do quórum de julgamento, julgamento estendido, colegiado ampliado e ampliação do colegiado.

no agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão parcial de mérito; e, no acolhimento do pedido rescisório, não haverá o encerramento do processo se, colhidos os votos, não houver unanimidade no resultado. "Nessa esteira, o julgamento haverá de prosseguir em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial."[4].

O comando expresso e taxativo previsto na redação do artigo 942 do CPC trouxe novo regramento para a sistemática processual e procedimental atual. Guardada as devidas proporções e semelhanças com os extintos embargos de divergência, a ampliação do quórum colegiado possui regramentos e contornos que lhes são próprios. Claro exemplo, é que o legislador outorgou aos regimentos internos dos Tribunais a competência para dispor sobre a forma em que o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, em número suficiente para alterar o resultado. Assim, o objeto do presente artigo é verificar como e se o Tribunal de Justiça catarinense já se adequou a presente realidade processual.

O presente artigo contém a seguinte estrutura. Inicialmente, busca-se fixar a natureza jurídica do artigo 942 do CPC. A análise tem como objeto perquirir se a ampliação do colegiado, em razão de decisões não unanimes, caracteriza uma espécie de recurso, um incidente processual ou uma técnica de julgamento. Em seguida, faz-se uma exposição geral sobre as hipóteses de aplicação do instituto processual do colegiado ampliado e da sua evolução na prática forense. Por fim, segue o artigo na análise da ampliação do colegiado no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Na pesquisa aplica-se o método indutivo, utilizando-se como fontes a legislação, a doutrina nacional e a jurisprudência relacionada às categorias do processo civil.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As decisões não unânimes proferidas por determinados órgãos colegiados passaram a contar com um novo regramento após a vigência do CPC de 2015. Isso porque, a nova legislação reconfigurou a ampliação do colegiado para os recursos de apelação, agravo de instrumento e para a ação rescisória, quando o resultado do julgamento não for unânime.

Como é cediço, o revogado Código processual de 1973 previa uma espécie própria de recurso para combater o voto divergente de decisão colegiada. Por meio dos embargos infringentes, era possível a parte se insurgir contra acórdão não unânime que, em grau de apelação, houvesse reformado a sentença, ou, ainda, julgado procedente o pedido formulado em ação rescisória. O recurso era restrito a matéria objeto da divergência.[5]

Não obstante a retirada dos embargos infringentes do rol de recursos cabíveis, o Código de 2015, disciplinou, de forma peculiar, os julgamentos não unânimes ao manter a necessidade de ampliação do colegiado para determinadas espécies recursais. Com efeito,

4. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. n. 1.733.820.** Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 dez. 2.020.

5. Código de Processo Civil de 1973 - "Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência". BRASIL. Planalto. **Código de Processo Civil de 1973.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em 13 dez. 2.020.

os institutos em nada se assemelham, a não ser pelo intuito de se buscar a pacificação da jurisprudência.

Numa primeira leitura do CPC de 2015, poder-se-ia atribuir três naturezas jurídicas distintas para o conteúdo do seu artigo 942: i - natureza recursal; ii - natureza de incidente processual; ou, iii - natureza de técnica de julgamento.

A doutrina e a jurisprudência rapidamente se consolidaram no sentido de atribuir natureza jurídica de técnica processual de julgamento à ampliação do colegiado. E os fundamentos, o que se parece, são muito sólidos nesse sentido.

A natureza recursal foi afastada, na medida em que, no processo civil brasileiro os recursos são considerados atos processuais voluntários praticados pelas partes para, dentro do mesmo processo, obter a reforma, a integração e o esclarecimento de determinado provimento judicial que se questiona.

Ocorre que, a técnica processual prevista no *caput* artigo 942 não atende o pressuposto basilar da via recursal, que é a voluntariedade[6] no seu manejo. Ou seja, ampliação do quórum de julgamento independe da vontade ou provocação do jurisdicionado. A atual redação do artigo contempla que "quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores [...]". Não se trata, portanto, de ato processual posto à disposição das partes ou do juízo, mas sim, de imposição de ofício regulamentada nos termos de regimento interno do respectivo tribunal.[7]

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial n. 1.771.815, firmou entendimento no mesmo sentido da doutrina nacional, uma vez que o artigo 942 do Código de Processo Civil não contemplou uma nova forma recursal, mas sim, uma técnica de julgamento, conforme se observa no voto do relator, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

> Como não se trata de recurso - nem mesmo de recurso de ofício, como a remessa necessária -, a aplicação da técnica ocorre em momento anterior à conclusão do julgamento, ou seja, não há proclamação do resultado, nem lavratura de acórdão parcial, antes de a causa ser devidamente apreciada pelo colegiado ampliado.[8]

Importante ressaltar, que a identificação da natureza jurídica do instituto da ampliação do colegiado não serve apenas para fins meramente acadêmicos. A correta definição traz

6. "RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. CPC/2015, ART. 942. TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DE JULGAMENTO. DECISÕES COM MAIOR GRAU DE CORREÇÃO E JUSTIÇA. ECONOMIA E CELERIDADE. APELAÇÃO NÃO UNÂNIME QUE REFORMA OU MANTÉM A SENTENÇA IMPUGNADA. EMPREGO AUTOMÁTICO E OBRIGATÓRIO. "1. Nos termos do caput do art. 942 do CPC/2015, quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. 2. A técnica de ampliação do julgamento prevista no CPC/2015 possui objetivo semelhante ao que possuíam os embargos infringentes do CPC/1973, que não mais subsistem, qual seja a viabilidade de maior grau de correção e justiça nas decisões judiciais, com julgamentos mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos, de uma maneira mais econômica e célere. 3. Contudo, diferentemente dos embargos infringentes do CPC/1973 - que limitava, no caso da apelação, a incidência do recurso aos julgamentos que resultassem em reforma da sentença de mérito -, a técnica de julgamento prevista no CPC/2015 deverá ser utilizada quando o resultado da apelação for não unânime, independentemente de ser julgamento que reforma ou mantém a sentença impugnada. 4. A forma de julgamento prevista no art. 942 do CPC de 2015 não se configura como espécie recursal nova, porquanto seu emprego será automático e obrigatório, conforme indicado pela expressão "o julgamento terá prosseguimento", no caput do dispositivo, faltando-lhe, assim, a voluntariedade e por não haver previsão legal para sua existência (taxatividade). 5. Recurso especial provido." (REsp 1733820/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 10/12/2018)." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. n. 1.733.820**. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 dez. 2.020.

7. BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Uma análise comparativa entre os Embargos Infringentes do CPC de 1073 e a Técnica de Julgamento do artigo 942 do CPC de 2015: Uma alteração de Paradigma. *In*: **Ampliação da Colegialidade: técnica de julgamento do art. 942** do **CPC**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 18

8. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. n. 1.771.815**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2.020.

impactos diretos para o cotidiano dos operadores do Direito – advogados (públicos ou privados), promotores de justiça, defensores públicos e magistrados. Assim, como bem aponta o professor Hermes Zaneti Júnior por ser tratar de recurso o julgamento estendido previsto no artigo 942, "não há como aplicar, por consequência, os enunciados das Súmulas 281 do STJ e 207 do STJ, que previam o esgotamento da instância"[9].

O segundo questionamento acerca da natureza jurídica do artigo 942, refere-se ao seu possível enquadramento como incidente processual. O incidente processual[10] tem por característica uma controvérsia relativa a uma questão acessória da demanda principal. Não obstante a necessidade de ser resolvida, muitas vezes em autos apartados e antes da questão principal, o incidente processual não gera uma nova relação processual.

Para Paulo Henrique dos Santos Lucon, a ampliação do colegiado surgiu a partir dos embargos infringentes, porque se inclui entre os meios processuais "destinados a minorar os males e os riscos inerentes à divergência de interpretações jurídicas". Contudo, com este não se confunde, pois possuiu natureza jurídica de incidente processual.[11]

Em sentido oposto, o professor Hermes Zaneti Júnior afirma que a técnica de ampliação do colegiado não se trata de um incidente processual. Justifica o processualista, que "Não se instaura novo procedimento, não se remete a outra Corte, não se está discutindo uma matéria jurídica ou fática nova surgida no curso do julgamento. É a mesma Corte que analisa a questão, em continuidade, julgando a matéria."[12] Assim, não se verifica o surgimento de uma questão incidental.

Não obstante a oscilação de interpretação demonstrada, a tese que tem prevalecido tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a de que a ampliação do colegiado para apreciar a divergência no colegiado tem natureza jurídica de técnica de julgamento, "a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência"[13].

Com efeito, o artigo 942 do CPC trouxe uma inovação em relação ao antigo código processual. Independentemente de pedido das partes, o julgamento do processo não poderá se encerrar enquanto não houver a ampliação do julgamento não unânime. O colegiado estendido deverá ser convocado para apreciar as teses jurídicas e os fatos tidos por controversos na demanda. Observa-se, nesse sentido, a forte tendência da novel legislação em manter a jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente.[14]

3 DAS HIPÓTESES LEGAIS DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO

9. ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coord. Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. - 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.371.

10. São exemplos de incidentes processuais: a impugnação ao valor da causa (CPC, art. 261), a alegação de conexão (CPC, art. 301, VII), a arguição de suspeição do magistrado (CPC, art. 312), a arguição de incompetência relativa (CPC, art. 112) ou absoluta (CPC, art. 113).

11. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Técnica criada no novo CPC permite decisões com mais qualidade**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-fev-04/paulo-lucon-cpc-permite-decisoes-qualidade. Acesso em: 13 dez. 2.020.

12. ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coord. Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.371.

13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. n. 1.771.815**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2.020.

14. "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.". *In¨* BRASIL. Planalto. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 dez. 2.020.

O legislador ordinário inseriu no CPC uma nova técnica de julgamento, cuja finalidade é conferir maior segurança jurídica e confiança às decisões colegiadas não unanimes. Para Luiz Guilherme Marinoni, a novel alteração processual (em substituição dos embargos de divergência) ao permitir a ampliação de número de julgadores e a possibilidade de rediscussão ampla da matéria controvertida, com base no artigo 942 do Código de Processo Civil, "foi sensível ao fato de que a ausência de unanimidade pode constituir indício da necessidade de um maior aprofundamento da discussão a respeito da questão decidida, submeteu o resultado não unânime à ampliação do debate"[15].

Entretanto, a técnica de ampliação do colegiado não é de aplicação irrestrita. O próprio CPC afastou, de forma expressa, a sua utilização nas hipóteses de incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas, da remessa necessária, e, por fim, em julgamentos do plenário ou pela corte especial dos Tribunais.[16] E, por outro lado, traz o rol taxativo da sua aplicabilidade.

A apelação cível é o recurso de maior incidência e abrangência da técnica de julgamento ampliado. Isso porque, tanto no caso de manutenção, como no de reforma da sentença, haverá a necessidade de majoração do quórum julgador para permitir a alteração do julgado. Basta o resultado não unânime, para que o artigo 942 do CPC tenha incidência.

A disposição genérica sobre a ampliação do julgamento de apelação cível, não afasta a sua utilização nos procedimentos especais, sobretudo, naqueles que estão previstos e regulamentados por meio de legislação própria. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.837.582, sob a relatoria do Ministro Og Fernandes, entendeu que a técnica de julgamento estendida deve ser aplicada mesmo nos casos de recurso contra a sentença proferida em mandado de segurança.

A devolução da matéria ao prosseguimento do julgamento, agora, sob o rito da ampliação do colegiado não está adstrita ao mérito do recurso. A divergência entre os julgadores sobre questões preliminares também é apta a ensejar a aplicação do artigo 942 do CPC. E, uma vez estendido o julgamento, todas as matérias passarão a ser analisadas, inclusive, aquelas que já haviam sido apreciadas de forma uníssona. E, nesse sentido pontua Alexandre Freitas Câmara:

Não interessa, aqui, qual é a divergência que surja entre os integrantes da turma julgadora. Pode tratar-se de divergência manifestada no juízo de admissibilidade (por exemplo, se a apelação é ou não tempestiva) ou no juízo de mérito (quanto a se dar ou negar provimento ao recurso, por exemplo). Também não importa qual o resultado que prevaleceria se o julgamento se concluísse nos termos do voto predominante (se o recurso seria ou não conhecido; se a ele se daria provimento - total ou parcialmente - ou se seria o caso de lhe negar provimento). Tampouco importa se a divergência se deu a respeito de questão suscitada por alguma das partes ou apreciada de ofício por provocação do relator ou de outro integrante da turma julgadora. Seja qual for a divergência, será caso

15. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo código de processo civil comentado.** Revista dos Tribunais, 2016. p. 888.

16. "art. 942 [...] I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas; II - da remessa necessária; III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.". *In*˜ BRASIL. Planalto. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 dez. 2.020.

de ampliar-se o colegiado a quem incumbe julgar a apelação. Constatada a divergência, deve-se imediatamente determinar a ampliação do colegiado.

> [...]
>
> Uma vez ampliado o colegiado, todos os cinco magistrados que o integram votam em todas as questões a serem conhecidas no julgamento da apelação. A atuação dos dois novos integrantes da turma julgadora não é limitada à matéria objeto da divergência (afinal, não se está aqui diante dos velhos embargos infringentes, estes sim limitados à matéria objeto da divergência). Devem eles, inclusive, pronunciar-se sobre matérias que já estavam votadas de forma unânime. Assim, por exemplo, se o colegiado (formado por três juízes) havia, por unanimidade, conhecido da apelação, e por maioria lhe dava provimento, os dois novos integrantes do colegiado devem se manifestar também sobre a admissibilidade do recurso. E nem se diga que essa questão já estaria superada, preclusa, pois a lei é expressa em estabelecer que os votos podem ser modificados até a proclamação do resultado (CPC, art. 941, § I o), o que permite afirmar, com absoluta segurança, que o julgamento ainda não se havia encerrado. E pode acontecer de os magistrados que compunham a turma julgadora original, depois da manifestação dos novos integrantes do colegiado, convencerem-se de que seus votos originariamente apresentados estavam equivocados, sendo-lhes expressamente autorizado que modifiquem seus votos (art. 942, § 2º).[17]

O que se observa, portanto, é que nos recursos de apelação cível que a ampliação do colegiado possui a sua maior expressão e incidência. A aplicação da técnica não depende do procedimento a ser adotado no primeiro grau – pode ser ordinário ou especial. Da mesa forma, a sistemática ampliada não depende se a divergência será para compor a maioria ou minoria que votou por manter ou reformar a decisão apelada. A simples possibilidade de um resultado não unanime impõe a aplicação de ofício da ampliação do quórum de julgamento. E, por fim, como não ocorre a declaração do julgamento (trata-se de um inter[18] processual), é possível que todos os julgadores reanalisem a íntegra do recurso, podendo, inclusive, alterar os votos anteriormente proferidos.

Em relação ao recurso de agravo de instrumento, o escopo da ampliação do colegiado é mais restrito. Apenas quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito é que incidirá o artigo 942 do CPC.

Com efeito, as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento são taxativas, muito embora, nem todas as situações processuais estejam arroladas no artigo 1.015 do CPC. As decisões interlocutórias sobre o mérito processo, isto é, aquelas que, caso não recorridas pelas partes por meio de agravo de instrumento, irão provocar a formação da coisa julgada, podem ser verificadas nos artigos 354 (extinção do processo) e 356 (julgamento antecipado parcial do mérito).

Assim, diversamente do que ocorre com na apelação cível, não estão sujeitas a técnica de julgamento ampliada a decisão que não admitir o agravo, ainda que por maioria; a decisão que desprover o agravo, ainda que por maioria de votos; a decisão de provimento em agravo para anular a decisão, ainda que por maioria de votos; e, por fim, se o agravo

17. CÂMARA, Alexandre Freitas. A ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes. **Revista de Processo**. vol. 282. Ano 43. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018. p. 251-266.

18. "[...] Esse mecanismo, conquanto não tenha natureza recursal, faz lembrar os embargos infringentes. Por não ser recurso, no entanto, não depende de interposição, constituindo apenas uma fase do julgamento da apelação, do agravo de instrumento contra decisão de mérito e da ação rescisória, não unânime". *In:* GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 885.

for admitido e provido para reformar uma decisão que não trate do mérito, ainda que por maioria de votos.[19]

Outro ponto de destaque, para se verificar a possibilidade ou não da aplicação da técnica de julgamento ampliado em agravo de instrumento, é que "a interpretação restritiva do dispositivo impõe concluir que a regra se dirige apenas às ações de conhecimento, não se aplicando ao processo de execução e, por extensão, ao cumprimento de sentença, como no caso"[20]. Essa distinção é necessária, porquanto de acordo com o parágrafo único do artigo 1.015 do CPC, "caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário."[21]

Seguindo a aplicação restritiva imposta ao recurso de agravo de instrumento, no caso da ação rescisória, a técnica de ampliação do colegiado incide somente quando ocorrer a reforma da sentença, ou seja, com a procedência do pedido rescisório.[22]

Como já demonstrado, as hipóteses de cabimento e aplicação da técnica de julgamento ampliado são taxativas, a teor da redação do artigo 942 do CPC. Entretanto, a prática forense verificou que o novo instituto processual poderia se tornar inócuo caso não fosse estendido, excepcionalmente, aos embargos de declaração opostos contra acórdão proferido em apelação cível, quando o voto vencido for suficiente para mudar o julgamento proferido na apelação civil. Esse entendimento é decorrente do julgamento do Recurso Especial n. 1.833.497 pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.[23]

Como é cediço, em regra, os embargos de declaração possuem o efeito de "i - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material."[24]. Entretanto, o Código de Processo Civil prevê que, após publicada a sentença, o magistrado poderá alterá-la por meio de embargos de declaração. [25]

O efeito principal dos aclaratórios não é rever ou modificar as decisões judicias. A eventual reincursão e reanálise, com a consequente alteração da decisão, são circunstan-

19. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA. Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil:** meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. III, 16º Ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 80.

20. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.233.242/RS, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador Convocado do TRF 5ª Região, Quarta Turma, julgado em 18/9/2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2.020.

21. BRASIL. Planalto. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 dez. 2.020.

22. Via de regra, a sistemática exposta é o procedimento a ser adotado quando o órgão julgador estiver diante de uma das hipóteses previstas no artigo 942 do CPC. Entretanto, é importante ressaltar que, a ampliação do colegiado para o julgamento de ação rescisória possui uma particularidade. De acordo com o regimento interno do Tribunal de Justiça catarinense, a ação rescisória possui órgãos julgadores próprios. A ação rescisória de sentença será apreciada pelas câmaras de julgamento – cível, comercial ou pública. Ao passo que, as ações rescisórias de acordão proferidos pelas câmaras de julgamentos, serão apreciadas pelos grupos de câmaras. "Art. 64. Compete aos grupos de câmaras de direito civil, de direito comercial e de direito público, observadas as áreas de especialização: [...]; II – prosseguir no julgamento de ação rescisória de sentença quando julgada procedente, em votação não unânime, por uma das câmaras do respectivo grupo, nos termos do inciso I do § 3º do art. 942 do Código de Processo Civil; III – processar e julgar: [...]; b) a ação rescisória de acórdão de câmara do respectivo grupo;" *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0ea-db7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

23. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.833.497/TO**, Minª. Relª. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Julg. 25/08/2020. DJe 01/09/2020. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1905942&num_registro=201803196025&data=20200901&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2020.

24. Art. 1.021 do CPC, Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.". *In¨* BRASIL. Planalto. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 dez. 2.020.

25. "Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração." *In¨* BRASIL. *Planalto.* **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 dez. 2.020.

ciais ao provimento do pedido principal de esclarecimento de obscuridades, da eliminação de contradições ou do suprimento de omissões. E, nesse sentido, é a jurisprudência que assenta que: "O efeito modificativo dos embargos de declaração tem vez quando houver defeito material que, após sanado, obrigue a alteração do resultado do julgamento"[26].

Pois bem. Assentada a possibilidade, excepcional, do efeito infringente aos embargos de declaração, demonstrar-se-á, os fundamentos utilizados pela Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial n. 1.833.497, acerca do cabimento da técnica do julgamento estendido na apreciação do recurso de embargos declaratório.

Para a Ministra, a incidência do artigo 942 do CPC no julgamento dos embargos de declaração, diferentemente da hipótese da aplicação da técnica de ampliação do colegiado na apelação, "ocorre de acordo com o resultado do referido julgamento – portanto, *secundum eventum litis* – e unicamente na hipótese de serem acolhidos, por maioria, para nova análise da apelação". Portanto, há uma única hipótese de cabimento do julgamento ampliado que é a de serem os embargos acolhidos, por maioria e com efeitos infringentes.[27]

Ainda em voto, a Ministra relatora citou doutrinas que apontam para essa situação única de aplicação da técnica de ampliação do julgamento em embargos de declaração. José Roberto Albuquerque Sampaio aduz que,

> [...] sendo rejeitados os embargos, por unanimidade ou maioria, pouco importa, não haverá a incidência da técnica. O mérito do acórdão embargado, nestas circunstâncias, não se altera. Logo, não existe qualquer respaldo legal para sua aplicação. Quando houver provimento, apenas para esclarecer o julgado embargado, parece-nos, do mesmo modo e pelo mesmo motivo, que a técnica não pode ser cogitada. A vexata quaestio surge no julgamento de embargos em que, seja por unanimidade, seja por maioria, é emprestado efeito infringente. [28]

No mesmo sentido, os processualistas Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha apontam que "o art. 942 do CPC somente incide se o julgamento dos embargos de declaração for não unânime e implicar alteração do resultado do julgamento anterior". Isso porque, "se o órgão julgador decidir, por maioria de votos, sobre a admissibilidade dos embargos de declaração, não se aplica o disposto no referido art. 942", ou ainda, "se o órgão julgador rejeitar os embargos por maioria ou os acolher apenas para esclarecer obscuridade, suprir uma omissão, eliminar uma contradição ou corrigir um erro material, sem alterar o resultado anterior, ainda que por maioria de votos, não incide o art. 942 do CPC".[29]

A necessidade de manutenção dos fins propostos por meio da técnica da ampliação do colegiado, em casos de divergência, como forma de garantir uma melhor prestação jurisdicional está assegurada com a possibilidade de sua aplicação no julgamento de embargos de declaração, "quando o voto vencido nascido apenas nos embargos for

26. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 305.080-MG-AgRg-EDcl, rel. min. Menezes Direito, j. 19/2/03, DJU 19/5/03, p. 108. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 dez. 2.020.

27. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.833.497/TO**, Minª. Relª. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Julg. 25/08/2020. DJe 01/09/2020. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1905942&num_registro=201803196025&data=20200901&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2.020.

28. SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. Conversa sobre processo: elogio ao Art. 942 do CPC: o uso saudável da técnica, **Revista da EMERJ.** Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, maio/ago. 2017. p. 159-180.

29. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil:** meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. III, 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 99.

suficiente a alterar o resultado primitivo da apelação, [...] em razão do efeito integrativo deste recurso"[30].

Aparentemente, não pairam mais dúvidas quanto à aplicação do artigo 942 do CPC. A redação do artigo é clara ao determinar a ampliação do colegiado, em julgamentos não unânimes, proferidos nos recursos de apelação, de agravo de instrumento e para a ação rescisória. E, excepcionalmente, a mesma técnica deve ser aplicada nos embargos de declaração interpostos contra acórdão de apelação. A mesma consonância não se observa com relação ao procedimento do artigo 942.

Em comentário ao artigo 942 do CPC, Lênio Streck traz à baila, indagações pontuais sobre a aplicação prática da ampliação do colegiado. Questiona o jurista: "O que significa a expressão em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial? O que acontece quando existirem três votos em sentidos diferentes? "[31]

No voto do Recurso Especial n. 1.733.820, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão consigna que não "há clareza quanto a forma de convocação dos julgadores para o novo quórum, nem mesmo a dinâmica do próprio julgamento, tarefa interpretativa a ser realizada no momento oportuno."[32]

4 DA AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Aos poucos a doutrina, a jurisprudência e, até mesmo, os próprios órgãos do Poder Judiciário vão regulamentando o procedimento a ser empregado quando da aplicação do artigo 942 do CPC. O *caput* deste artigo conferiu aos Tribunais de Justiça (estaduais ou federais) a competência para definir, por meio dos seus regimentos internos, o modo de prosseguimento das sessões, a forma de convocação dos demais membros, a ordem dos julgamentos ampliados, enfim, como a novel técnica da ampliação do colegiado ocorria na prática.

O Tribunal de Justiça catarinense, de forma vinculante e colegiada, analisou, a presente matéria ao instaurar Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, cuja questão submetida a apreciação colegiada e vinculante estava assim delimitada: "Eventual debate acerca da quantidade específica de julgadores nas hipóteses de julgamento ampliado – e dispositivo legal – art. 942 do Código de Processo Civil.".

Na apreciação do IRDR, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina fixou a seguinte tese jurídica:

> No julgamento ampliado ou estendido do art. 942 do Código de Processo Civil, participarão do debate 5 (cinco) julgadores, dos quais 4 (quatro) correspondem aos desembargadores da Câmara de Direito Civil, Comercial ou Público, sendo o 5º (quinto) desembargador o vogal estabelecido nos termos do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Sendo possível, o julgamento poderá prosseguir na mesma sessão, desde que presentes os advo-

30. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.833.497/TO**, Minª. Relª. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Julg. 25/08/2020. DJe 01/09/2020. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1905942&num_registro=201803196025&data=20200901&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2.020.

31. STRECK, Lênio. **O que acontece quando existirem três votos em sentidos diferentes?.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra. Acesso em: 19 dez. 2.020.

32. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. n. 1.733.820**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2.020.

> gados das partes; caso contrário, deverá ocorrer na sessão imediatamente subsequente, observados os prazos processuais legais de intimação das partes, na forma regimental.[33]

Após essa primeira análise colegiada e vinculante acerca da ampliação do colegiado prevista no artigo 942 do CPC, o Tribunal de Justiça, por meio da Emenda Regimental TJ n. 5, de 15 de julho de 2020, alterou o seu regimento interno para disciplinar a técnica de ampliação do julgamento. Doravante, o funcionamento dos órgãos julgadores com a composição ampliada está previsto e regulamentado no âmbito da justiça estadual do Estado de Santa Catarina.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina possui as seguintes câmaras de julgamento: "I – as câmaras de direito civil; II – as câmaras de direito comercial; III – as câmaras de direito público; IV – as câmaras criminais; V – a Câmara de Recursos Delegados; e VI – as câmaras especiais". As câmaras, em regra (pois há ressalva para os julgamentos ampliados)[34], são compostas por 4 (quatro) desembargadores, atuando 3 (três) nos julgamentos colegiados.[35]

As sessões de julgamento, por sua vez, têm os processos organizados em pautas de julgamento, sendo que, nenhum feito será julgado sem estar incluído e publicado na respectiva pauta de julgamento.[36] E, a critério dos órgãos julgadores, as sessões podem ser realizadas de 3 (três) formas: "I – presenciais físicas; II – presenciais por videoconferência; e III – totalmente virtuais"[37].

Na forma presencial, realizada em ambiente próprio nas dependências do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina há a "presença física dos membros do órgão

33. "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. JULGAMENTO AMPLIADO OU ESTENDIDO. ART. 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TESE JURÍDICA. DEFINIÇÃO. NÚMERO DE JULGADORES. ORIENTAÇÕES LEGAIS, NORMATIVAS, DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS. PLURALIDADE APTA À INVERSÃO DO RESULTADO NÃO UNÂNIME. NECESSIDADE DE QUÓRUM QUÍNTUPLO À PRÁTICA EFETIVA DA INTENÇÃO LEGISLATIVA. O art. 942 do CPC objetiva a rediscussão das questões fáticas e jurídicas controversas, a fim de suceder tutela jurisdicional oriunda de amplo debate, jurisprudencialmente coesa e firme, intuito este somente viável quando diante de quantidade de Magistrados hábil à alteração do resultado até então assimétrico. Da análise hermenêutica das orientações legais, normativas, doutrinárias e jurisprudenciais, entende-se necessária a definição, a esta Corte de Justiça, da seguinte tese jurídica: "No julgamento ampliado ou estendido do art. 942 do Código de Processo Civil, participarão do debate 5 (cinco) julgadores, dos quais 4 (quatro) correspondem aos desembargadores da Câmara de Direito Civil, Comercial ou Público, sendo o 5º (quinto) desembargador o vogal estabelecido nos termos do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça." A confirmação de um quórum quíntuplo qualifica-se como a medida mais equânime de aplicabilidade prática efetiva do propósito legislativo federal e interno; afinal, representa pluralidade apta o suficiente à inversão do resultado não unânime. PRAZO. JULGAMENTO AMPLIADO OU ESTENDIDO. PRESENTES PROCURADORES DAS PARTES. VIABILIDADE. MESMA SESSÃO. INEXEQUIBILIDADE. SESSÃO SUBSEQUENTE NA FORMA REGIMENTAL. Sensato assentar o prosseguimento do julgamento em caráter ampliado ou estendido, se possível na mesma sessão, tal qual expresso na legislação federal e interna; e se assim for inexequível, na sessão subsequente, observados os prazos processuais legais de intimação das partes, na forma regimental. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ART. 942 DO CPC. TESE JURÍDICA FIXADA. OBSERVÂNCIA IMPERATIVA. PROVIMENTO DOS ACLARATÓRIOS. "O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente." - parágrafo único do art. 978 do CPC. (TJSC, Embargos de Declaração n. 0502532-44.2011.8.24.0038, de Joinville, rel. Ricardo Fontes, Órgão Especial, j. 06-11-2019)." Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/3133632/3200197/IRDR-COMPLETA/7ab8e228-b5c3-a8ee-8654-2f18a6e23141. Acesso em: 20 dez. 2.020.

34. "Art. 68. Salvo as câmaras previstas nos incisos V e VI do art. 67 deste regimento, as demais são compostas por 4 (quatro) desembargadores, atuando 3 (três) deles nos julgamentos colegiados, sem prejuízo das hipóteses em que a lei prevê o funcionamento com a composição ampliada." *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

35. Art. 67 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em 20 dez. 2.020.

36. Art. 155. As pautas deverão ser publicadas em até 5 (cinco) dias antes da sessão, e nenhum feito será julgado sem estar nelas incluído, salvo disposição diversa em lei e neste regimento

37. "Art. 142-A. Aos órgãos julgadores do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina é facultada a realização de sessões: I – presenciais físicas; II – presenciais por videoconferência; e III – totalmente virtuais." *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

julgador, do representante do Ministério Público e do secretário, e aberta às partes, aos seus advogados, defensores públicos ou procuradores e ao público"[38].

Já nas sessões presenciais por vídeo conferência, o que se distingue, em breve síntese, é que o ato processual ocorre em ambiente virtual próprio, *on line* e compartilhado com todos os atores processuais.[39]

E, por fim, as sessões totalmente virtuais são realizadas sem a presença física das partes, dos desembargadores, do ministério público e dos serventuários. A votação ocorre de forma eletrônica, mediante o compartilhamento do relatório e dos votos dos integrantes do órgão colegiado.[40]

Os julgamentos que tiverem a necessidade de composição ampliada, nos ternos do artigo 942 do CPC, são disciplinados de forma particular. Possuem procedimento próprio, que os integrantes das câmaras de julgamento, sobretudo, o presidente do órgão julgador deverá observar.

Inicialmente, na organização das pautas e sessões de julgamento, deve-se ter atenção a fim de verificar se há algum feito que deverá ser submetido a técnica de julgamento prevista no artigo 942 do CPC. Isso porque, os julgamentos com a composição de membros ampliada não poderá ser submetido às sessões totalmente virtuais.[41]

Após organizada a pauta de julgamento e incluídos os processos para julgamento em sessões presenciais ou presenciais por videoconferência, o regimento interno do Tribunal de Justiça catarinense consigna a ordem dos trabalhos, da discussão e da votação dos processos.[42] Assim, verificado o quórum de instalação da sessão e aprovada a ata da sessão anterior, os julgamentos com a composição ampliada serão os primeiros a serem apreciados na ordem das pautas de julgamentos das câmaras de direito civil, de direito comercial e de direito público.[43]

Outro ponto de destaque é a forma em que se dará a composição da extensão do julgamento.

38. "Art. 142-B. Entende-se por sessão presencial física aquela realizada em ambiente próprio, nas dependências do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ou em outro local previamente autorizado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, contando com a presença física dos membros do órgão julgador, do representante do Ministério Público e do secretário, e aberta às partes, aos seus advogados, defensores públicos ou procuradores e ao público, ressalvados os casos em que a lei determine que o julgamento deva ocorrer sob sigilo.". *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

39. "Art. 142-D. Entende-se por sessão presencial por videoconferência aquela realizada *on line*, em ambiente virtual próprio e compartilhado, com a presença dos membros do órgão julgador, do representante do Ministério Público, do secretário e dos advogados, dos defensores públicos e/ou dos procuradores inscritos para a realização de sustentação oral, em que os debates, a votação e a proclamação das decisões ocorrem mediante a transmissão do som e da imagem em tempo real para o público, ressalvados os casos em que a lei determine que o julgamento deva ocorrer sob sigilo.". *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

40. "Art. 142-K. Entende-se por sessão totalmente virtual aquela realizada sem a presença física dos membros do órgão julgador em uma sala de sessão, em que a votação ocorrer eletronicamente, mediante compartilhamento do relatório e dos votos via sistema ou por qualquer meio tecnológico que assegure a confiabilidade da informação.". *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno.** Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

41. "Art. 166. Não serão julgados por meio eletrônico os processos em que houver: [...] IV – divergência de votos que enseje o prosseguimento do julgamento.". *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

42. Art. 171 e seguintes do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

43. Art. 160 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

A composição ordinária das câmaras julgadoras do Tribunal de Justiça catarinense é 4 (quatro) membro, sendo que, apenas 3 (três) votos nos julgamentos. A dissidência de apenas um dos julgadores implicará a postergação da conclusão do julgamento, eis que, não haverá julgadores "em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial". Assim, o presidente do órgão convocará para "participarem como vogais desembargadores do mesmo grupo de câmaras ou da Seção Criminal que não estejam participando de julgamento em outra sessão, observada a ordem crescente de antiguidade no grupo de câmaras ou na Seção Criminal"[44].

Muito embora haja previsão regimental que o julgamento poderá prosseguir na mesma sessão de julgamento, essa prática tem sido pouco observada. E não é de se criticar. A presença de um quinto julgador demandará, por certo, que este tenha conhecimento do processo. Não que ele tenha que ter acompanhado a parte inicial do julgado que resultara na dissidência. Mas que o quinto desembargador tenha, ao menos, conhecimento prévio das particularidades de envolvem a causa.

O princípio da publicidade, do juiz natural e, ainda, até mesmo o princípio da vedação à surpresa, impõe quem a "No edital de julgamento dos processos que necessitem de colegialidade ampliada, nos termos do art. 942 do Código de Processo Civil, deverá constar os nomes dos desembargadores convocados para compor o julgamento".[45]

Nesse contexto, o que se observa, é que, além de ter enfrentado a presente matéria ao instaurar Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, o Tribunal de Justiça catarinense reformulou o seu regimento interno, passando a prever o procedimento da técnica de julgamento do artigo 942 do CPC.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação do julgamento está consolidada na sistemática processual vigente a ser adotada nas hipóteses de decisões não unanimes proferidas: i - em sede de recurso de apelação, independentemente se de mérito ou meramente extintiva, se confirmativa ou de reforma da sentença recorrida, desde que o primeiro julgamento seja por maioria; ii - em recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão que julga parcialmente o mérito, quando houver reforma da decisão do juiz de primeiro grau; iii – na procedência do pedido de rescisão da sentença formulado em ação rescisória, e, ainda, excepcionalmente, por construção jurisprudencial, iv – na apreciação dos embargos de declaração opostos contra acórdão proferido em apelação cível, quando o voto vencido for suficiente para mudar o julgamento proferido na apelação civil. Esse entendimento

44. "Art. 196. Quando não houver quórum para o funcionamento da câmara, ou nas hipóteses de composição ampliada para o julgamento previstas no art. 942 do Código de Processo Civil, o presidente do órgão julgador convocará para participarem como vogais desembargadores do mesmo grupo de câmaras ou da Seção Criminal que não estejam participando de julgamento em outra sessão, observada a ordem crescente de antiguidade no grupo de câmaras ou na Seção Criminal. (Redação dada pelo art. 1° da Emenda Regimental TJ n. 5, de 15 de julho de 2020)". *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

45. "Art. 196 [...]§ 5º No edital de julgamento dos processos que necessitem de colegialidade ampliada, nos termos do art. 942 do Código de Processo Civil, deverá constar os nomes dos desembargadores convocados para compor o julgamento. (Acrescentado pelo art. 1° da Emenda Regimental TJ n. 5, de 15 de julho de 2020)". *In*: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

é decorrente do julgamento do Recurso Especial n. 1.833.497, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.[46]

A técnica de julgamento ampliada, a ser instaurada de ofício, ou seja, sem a necessidade de prévio requerimento das partes, possibilita que, no prosseguimento do julgamento, todos os capítulos do processo sejam (re)avaliados pelo órgão julgador. Além de os novos julgadores convocados poderem analisar a íntegra do recurso, não se limitando aos pontos sobre os quais houve inicialmente divergência, é facultado, também, aos julgadores originários refluírem e modificarem os votos já proferidos. Essa, inclusive, é a redação do Enunciado n. 599 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – "a revisão do voto, após a ampliação do colegiado, não afasta a aplicação da técnica de julgamento do art. 942"[47].

Portanto, o que se observa, é que a existência de divergência no julgamento de apelação, agravo de instrumento, ação rescisória e embargos de declaração, nos limites e condições acima delineados, acarretará na mudança da composição do órgão julgador. E, "caso não seja observada a técnica do art. 942, CPC, o acórdão será nulo, por vício de competência funcional."[48]

Uma vez consolidadas as hipóteses de cabimento e de aplicação da técnica de julgamento do artigo 942 do CPC, permanecia, dúbia, a forma em que o julgamento teria prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, em número suficiente para alterar o resultado. Todavia, a questão passou a ser estancada com a instauração do IRDR no âmbito do Tribunal de Justiça catarinense, cuja tese jurídica restou nos termos já descritos no item 4 do presente artigo.

Dessa forma, após o primeiro contato com a novel técnica de julgamento ampliado, o Tribunal de Justiça catarinense alterou o seu regimento interno (Emenda Regimental TJ n. 5, de 15 de julho de 2020), passando, assim, a contemplar na legislação interna o funcionamento dos órgãos julgadores com a composição ampliada, nos moldes previstos no artigo 942 do CPC.

REFERÊNCIAS

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Uma análise comparativa entre os Embargos Infringentes do CPC de 1073 e a Técnica de Julgamento do artigo 942 do CPC de 2015: Uma alteração de Paradigma. *In*: **Ampliação da Colegialidade: técnica de julgamento do art. 942** do **CPC.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

BRASIL. Planalto. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 13 dez. 2.020.

BRASIL. Planalto. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 dez. 2.020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. n. 1.771.815**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2.020.

46. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.833.497/TO**, Minª. Relª. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Julg. 25/08/2020. DJe 01/09/2020. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1905942&num_registro=201803196025&data=20200901&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2020.

47. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciado n. 599.** Disponível em: https://www.fppc.com.br/. Acesso em: 20 dez. 2.020.

48. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 6 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p.99.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes. **Revista de Processo**. vol. 282. Ano 43. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA. Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Vol. III, 16º Ed. Salvador: Jus-Podivm, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciado n. 599**. Disponível em: https://www.fppc.com.br/. Acesso em: 20 dez. 2.020.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Técnica criada no novo CPC permite decisões com mais qualidade**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-fev-04/paulo-lucon-cpc-permite-decisoes-qualidade. Acesso em: 13 dez. 2.020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo código de processo civil comentado**. Revista dos Tribunais, 2016.

SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. Conversa sobre processo: elogio ao Art. 942 do CPC: o uso saudável da técnica, **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 159-180, maio/ago. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99. Acesso em: 20 dez. 2.020.

STRECK, Lênio. **O que acontece quando existirem três votos em sentidos diferentes?.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra. Acesso em: 19 dez. 2.020.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coord. Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS DE NATUREZA AMBIENTAL:
A JUDICIALIZAÇÃO É O MELHOR CAMINHO?

André Emiliano Uba[1]
Bruno de Macedo Dias[2]

Submetido em: 21/09/2021
Aceito em: 19/10/2021

RESUMO
A pesquisa aproxima dois grandes dilemas dos debates jurídicos na atualidade: proteção ambiental para garantir o futuro do planeta e da humanidade e a necessidade de solução de conflitos em velocidade compatível com sua gravidade, especificamente diante da sobrecarga de processos no Poder Judiciário. Para questão ambiental, há também a necessidade de os impactos da atividade analisada serem estudados pelas ciências envolvidas. Neste contexto, para apurar a viabilidade de formas extrajudiciais de solução de controvérsia, decorrem três indagações: o Poder Judiciário é um caminho célere e eficaz para a resolução dos litígios ambientais; ele deve ser visto como única alternativa para decidir as questões complexas ambientais pela sociedade; e é possível cogitar de mecanismos alternativos eficientes? Por fim, são feitas análises individuais de mecanismos alternativos que demonstram, de fato, que podem existir foros com maior celeridade e apoio técnico que a tradicional prestação jurisdicional.

1 INTRODUÇÃO

O direito brasileiro e o trabalho dos profissionais do direito sofreram profundas modificações no período posterior à Constituição Federal de 1988. A chamada Constituição Cidadã trouxe a redemocratização ao país, fortaleceu o Poder Judiciário ao proibir (em regra) que qualquer demanda não pudesse ser sujeitada ao seu exame e inúmeros e relevantes direitos passaram a ser constitucionalmente assegurados, inclusive na forma de cláusulas pétreas.

Diante disso, os mais variados assuntos passaram a ser debatidos pela comunidade jurídica e praticamente todas as tensões da sociedade começaram a ser judicializadas, ou seja, levadas ao Poder Judiciário por intermédio do direito de ação, solucionasse o conflito. Questões, inclusive, que antes eram resolvidas pelo Poder Legislativo, pelo Poder Administrativo ou até mesmo pelos particulares, através de mútuas concessões.

Neste contexto, dois fenômenos extremamente importantes vêm sendo tratados pela comunidade jurídica, mas raramente de forma conjunta e interligada: a sobrecarga do

1. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis - Santa Catarina, Brasil.

2. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Derecho Ambiental y Sostenibilidad pela Universidade de Alicante/ESP e em ciências jurídicas pela UNIVALI. Especialista em direito material e processual civil pela ESMESC/CESUSC. Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis - Santa Catarina, Brasil.

Poder Judiciário, com as óbvias consequências para um acesso à justiça qualificado; e a crescente preocupação com a proteção ambiental e com o desenvolvimento sustentável, de modo que, sem prejudicar a qualidade de vida da população, não seja atingido o meio ambiente, patrimônio de toda a geração presente e das gerações futuras.

As colocações introdutórias levam à lógica conclusão de que a tendência é a judicialização, portanto, também dos conflitos ambientais, pois esse é o fenômeno que costuma ocorrer com todos os demais direitos do ordenamento.

Uma pergunta mais importante, contudo, deve ser feita: judicializar os conflitos ambientais é, de fato, o melhor caminho?

Sem a pretensão de solucionar de modo profundo e definitivo esse complexo dilema, a intenção dessa análise é lançar elementos para uma meditação e quiçá fomentar o surgimento de um debate que tende a ser turbulento, árduo e que se encontra longe de uma solução.

Para isso, a indagação inicial deve ser complementada por três indagações secundárias:

- o Poder Judiciário é um caminho célere e eficaz para a resolução dos litígios ambientais?
- o Poder Judiciário deve ser visto como única alternativa para decidir as questões complexas ambientais pela sociedade?
- é possível cogitar de mecanismos alternativos mais eficientes?

Respondidas essas três questões, entende-se que é possível descobrir se, realmente, judicializar conflitos ambientais é o melhor caminho.

2 O JUDICIÁRIO É UM MEIO CÉLERE E EFICAZ PARA A RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS AMBIENTAIS?

A primeira indagação, e que hoje é cabível praticamente para qualquer tipo de litígio, diz respeito aos efeitos lesivos da excessiva judicialização de conflitos e a sobrecarga de demandas à qual estão sujeitos os magistrados.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, previu que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Apressadamente, passou-se a vincular esse dispositivo ao acesso à justiça. Incorretamente, pois esse é um mero direito de acesso à justiça formal, um direito de demandar ao Poder Judiciário.

A evolução doutrinária no estudo do acesso à justiça, com muita correção, evoluiu para inserir ao mero direito de ingressar com uma ação o correspondente dever de o Estado-Juiz prestar sua tutela de forma célere, eficaz, tempestiva e qualificada. De que adiantaria a promessa ao cidadão de que sua demanda seria recebida, sem que ela pudesse ser respondida em tempo, com qualidade e eficácia?

Para J. J. Gomes Canotilho, "do princípio do Estado de Direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito"[3]. O acesso à justiça "reforça o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, proibindo a sua inexequibilidade ou [in]eficácia por falta de meios judiciais"[4].

3. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 385.
4. *Ibidem*. p. 387.

É essencial a proposta de José Rogério Cruz e Tucci:

> Desdobram-se estas [etapas do devido processo legal] nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.[5]

Conjuntamente com a consolidação dessa justíssima posição, ganhou proporções assustadoras no cotidiano forense o problema da sobrecarga de processos no Poder Judiciário.

Muito embora a situação seja pública e notória, e não se mostre viável detalhar todos os números envolvidos em tão poucas linhas, convém fornecer alguns dados levantados por Eduardo Jobim[6]. Segundo o autor, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça receberam em 2005, em média, 7.211 processos e julgaram 9.376 cada. Já o Supremo Tribunal Federal, durante o ano de 2005, recebeu 95.000 processos, julgou 46.468 por decisões monocráticas e 6.161 por decisões colegiadas. O número apenas de decisões monocráticas chegaria a um total de 690 por mês por Ministro e 22 decisões por dia, afastadas férias forenses. O autor conclui com brilhantismo fazendo uma comparação entre os Ministros do STF e os Ministros da Suprema Corte Americana: "Trazidos esses números, e comparados os dois países, veremos que o número de decisões, por ano, da Suprema Corte Americana é próximo do número de decisões que cada Ministro profere, individualmente, no STF, por semana"[7].

Esses números, é irrelevante recordar, são relativos a duas Cortes finais do processo civil brasileiro, o que reflete o número absurdo de processos e a impossibilidade de realização de um trabalho ideal com esses números.

São frequentes as reclamações dos Juízes em relação a um número de pedidos, inclusive os urgentes, que aportam aos seus gabinetes em uma quantidade que sequer permite a leitura, e, menos ainda, um estudo prolongado e o aprofundamento. No Estado de Santa Catarina, os quatro desembargadores substitutos que examinam as tutelas de urgência dos agravos chegam a receber uma centena de novos processos em um dia.

Fica evidente, portanto, o chocante desencontro entre a garantia fundamental que o cidadão brasileiro recebe da Constituição Federal e aquilo que os integrantes do Poder Judiciário humanamente podem oferecer.

Outros três fenômenos merecem ser registrados:

1. a judicialização de questões simples e corriqueiras, criando um trabalho repetitivo, mais pertinente ao cotidiano administrativo do Poder Executivo do que um labor intelectual profundo para solucionar litígios que verdadeiramente não sejam respondidos por uma mera leitura da lei;

5. TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord). **O Processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 42.

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

7. JOBIM, Eduardo. A interpretação Econômica do Direito e a Duração Razoável do Processo: análise de mecanismos alternativos para solução de litígios. p. 62.

2. diante do aprofundamento, da produção e da difusão do conhecimento, não é possível esperar do juiz uma profundidade teórica das diversas áreas científicas presentes na atualidade, e menos ainda depender disso;
3. a crescente importância das liminares do processo atual, fazendo com que a decisão final muitas vezes não tenha mais utilidade prática alguma.

Muito embora a simples dificuldade de uma prestação judicial célere, qualificada e eficaz em razão da excessiva carga de trabalho já seja capaz de dificultar a ideal resolução de litígios de qualquer natureza – o que se agrava em matéria ambiental por envolver interesse de todos – esses três aspectos exigem um exame particular sob a ótica dos litígios ambientais.

Quanto ao primeiro fenômeno, a judicialização excessiva, que periga transformar o Poder Judiciário em um balcão administrativo, é importante salientar que o direito ambiental exige do Poder Público um acompanhamento eficaz de todas as atividades que tenham a potencialidade de colocar em risco o ambiente saudável e sustentável. Para isso, um número expressivo (senão todas, em graus diversos) de atividades e construções precisa de uma prévia análise administrativa para impedir que o dano seja causado.

Esclarece José Afonso da Silva:

> A Constituição quer Estudo Prévio de Impacto Ambiental para a instalação de obra e atividade potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental. [...]
> O *Estudo de Impacto* tem por objeto avaliar as proporções das possíveis alterações que um empreendimento, público ou privado, pode ocasionar ao meio ambiente. Trata-se de um meio de atuação preventiva, que visa a evitar as consequências danosas, sobre o ambiente, de um projeto de obras, de urbanização ou de qualquer atividade.[8]

Admitir-se papel do Poder Judiciário rever todas essas decisões administrativas – instado pelo requerente ou pelo Ministério Público – diante de um cenário já caótico de excessos de litígios, é, ao mesmo tempo, tornar inútil a primeira análise da Administração Pública, burocratizar ainda mais a fiscalização prévia e inserir permanentes inovações aos critérios fixados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Essas inovações, ainda que por vezes sejam interessantes, trazem insegurança jurídica, instabilidade e uma crença de que há sempre esperança de rever um critério judicialmente.

Não se questiona a importância do Poder Judiciário para resolver litígios mais complexos de natureza ambiental, mas é necessário ter parcimônia e respeito na hora de intervir em questões simples da Administração Pública.

O segundo aspecto é igualmente interessante: a notória difusão de conhecimento na era tecnológica atual, que é perceptível por todos. Com o avanço da informática, a capacidade de pesquisa, armazenamento, troca de informações, obtenção elevados graus de instrução e divulgação de pesquisas atingiu níveis nunca antes sonhados na história da humanidade.

No aspecto ambiental, engenheiros, arquitetos, médicos, biólogos, sociólogos, meteorologistas, economistas e outros profissionais das mais diversas áreas realizam pesquisas frequentes de como as interações com o ambiente podem influenciar e serem influenciadas por suas áreas.

8. SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 289-291.

O jurista, e neste caso mais propriamente o magistrado, paradoxalmente a essa complexa difusão de conhecimentos, aborda causas de todas as áreas de interação humana, como: acidentes de trânsito, danos de natureza psicológica, problemas entre os agentes da produção econômica (litígios trabalhistas), tributação da atividade econômica, abusos na relação política, erros médicos, falhas em construções de edifícios, acidentes em aeronaves, e, com maior destaque para esse estudo, atividades e edificações com impacto ambiental.

O magistrado, tal qual qualquer outro jurista, é procurado destacadamente por sua formação em Direito e pelo conhecimento das leis e institutos jurídicos. A própria seleção dos integrantes do Poder Judiciário é feita com base nestes critérios e seu aperfeiçoamento costuma ter esse enfoque.

Nesse ponto, não deixa de ser razoável indagar como o Poder Judiciário poderá resolver um litígio cuja complexidade técnica pode causar divergência até mesmo entre estudiosos da área técnica afetada ou entre profissionais de diferentes áreas envolvidas, quando pode haver um desencontro entre meteorólogos e sociólogos; engenheiros e biólogos; e médicos e biólogos, por exemplo? Tudo isso, diga-se de passagem, sem o tempo ideal para sequer poder aprofundar-se aos autos.

Um jurista mais apressado logo lembraria do perito judicial, encontrado nos arts. 420-439 do Código de Processo Civil. O perito judicial é um profissional de livre escolha do magistrado para solucionar os questionamentos técnicos do processo. Mas a mera escolha entre um biólogo mais ou menos conservador, ou a indicação de um meteorólogo quando se poderia indicar um sociólogo, não seria capaz de definir a direção do litígio sem o necessário aprofundamento técnico?

E, nesse caso, outro questionamento importante deve ser respondido: quem decidirá uma complexa questão ambiental? Quem dirá se uma edificação poderá causar dano a um mangue? O juiz ou o perito? Pergunta-se isso porque os art. 436-438 do Código de Processo Civil levam a conclusão de que o juiz não deve contrariar a conclusão técnica do perito. Caso acredite que a perícia foi ruim, deve determinar que seja refeita[9]. Apenas quando os demais elementos dos autos levarem a conclusões distintas de natureza não técnica que o juiz poderá decidir de forma diversa. Portanto, uma decisão que venha a ser fundamental para o futuro da humanidade ou a custar centenas de empregos recairá sobre um profissional indicado pelo magistrado sob critérios absolutamente aleatórios.

Isso deixa clara a limitação do Poder Judiciário para dar uma solução a uma questão ambiental complexa e urgente. Digamos que o Poder Público precise construir um hospital, mas as áreas com mobilidade urbana adequada supostamente teriam elevado impacto ambiental. O juízo precisa dizer em poucos dias – tempo que impede a realização de uma perícia – se a obra deve seguir ou não. Ele precisa escolher entre os argumentos técnicos do autor ou do réu – para os quais não tem formação para analisar – e aguardar alguns meses ou anos até a conclusão de uma perícia.

Esse quadro leva ao último fenômeno. É de conhecimento público, e o próprio Poder Judiciário chega a admitir essa realidade, que os processos judiciais dificilmente são resolvidos em poucos meses. E se mesmo os casos mais simples exigem alguns poucos anos,

9. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 2. vol. 24. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 496-497.

um processo complexo pode levar uma ou duas décadas. Por outro lado, a velocidade com que ocorrem os fatos do mundo cotidiano exigem soluções rápidas para as indefinições.

Logo, no processo civil atual, é tão importante quanto a própria sentença – senão mais importante – a decisão de quem terá sua pretensão observada até o final do processo. Isso porque é muito comum a concessão de uma medida liminar em poucas semanas e depois o processo perder toda a sua utilidade enquanto aguarda anos como um documento inerte e sem vida, habitante dos armários do fórum.

No direito ambiental, a questão adquire uma especial importância. Os riscos de danos costumam ser complexos e sabe-se que um impacto ambiental pode alterar as condições de vida das gerações futuras. Por esse motivo, independentemente da importância dos direitos que lhe forem contrapostos no litígio, a tendência é que a atividade ou obra em discussão seja suspensa no mínimo até uma perícia.

Esse não seria um problema tão grave se o processo fosse mais rápido, a discussão técnica fosse profunda e completa e se a judicialização ficasse restrita aos casos mais relevantes. Na prática, há uma tentativa de antecipar uma complexa discussão técnica para o momento da apreciação do pedido de medida liminar, pois, se essa for perdida, a demorada espera pela perícia pode encorajar que se abandone de vez a atividade ou obra questionada.

Diante de todas essas dificuldades, mostra-se pertinente considerar alternativas à procura do Poder Judiciário para solucionar questões de impacto ambiental. Também há um convite aos juristas para repensar a atuação do Poder Judiciário, de modo que este possa concentrar-se em grandes demandas de complexidade jurídica, com adequado tempo para os magistrados se dedicarem ao estudo dos autos e da causa.

3 O JUDICIÁRIO DETÉM EXCLUSIVIDADE PARA DECIDIR AS QUESTÕES AMBIENTAIS COMPLEXAS PELA SOCIEDADE?

Tem-se observado, hodiernamente, a tendência de se universalizar a tutela jurisdicional, evidenciando, de um lado, a urgência em se aprimorar a técnica processual e, de outro, a necessidade de se ampliar as formas de acesso à justiça, para além da técnica universal do processo estatal.

Nesse sentido, Marc Galanter assevera que a utilização de técnicas de resolução de conflitos deve se orientar por argumentos de produção, voltados à obtenção de resultados com menor dispêndio de tempo e de recursos, e por argumentos de qualidade, que denotam os benefícios que a utilização de um dado mecanismo pode trazer[10].

Buscam-se, dessa feita, soluções alternativas, em especial, diante da ineficácia dos mecanismos processuais tradicionalmente utilizados para dirimir os novos conflitos, em perfil e em escala[11], que caracterizam a sociedade pós-moderna.

No contexto desse novo perfil litigioso, destacam-se, por numerosidade e relevância social, as lides ambientais.

10. GALANTER, Marc. Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. **Denver University Law Review**, n. 66, 1989, p. xii. Em doutrina nacional, esses argumentos foram bem desenvolvidos por Carlos Alberto de SALLES (*Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998, p. 35).

11. FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 7-8.

A Constituição de 1988 pela primeira vez no Brasil insere o assunto "meio ambiente" em sua concepção unitária, direcionando, inclusive, um capítulo exclusivo ao tema - Capítulo IV do Título VIII (art. 225), garantindo o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Além disso, conceitua-o como "bem de uso comum do povo" e, dessa forma, não pode ser apropriado, sendo extracomércio.[12]

Outrossim, além do capítulo acima mencionado, ao longo do texto constitucional são feitas diversas referências ao meio ambiente em artigos esparsos, o que evidencia a intenção do legislador constituinte de conferir ao mencionado bem jurídico efetiva proteção através das mais diversas formas.

A título exemplificativo, cita-se a previsão de propositura de ação popular, trazida no art. 5º, inciso LXXIII, permitindo que qualquer cidadão ingresse com a referida ação com o intuito de anular ato lesivo ao meio ambiente.

Nesse contexto do meio ambiente constitucionalmente tutelado, os contornos massificados das relações intersubjetivas peculiares desta nova realidade, aliados à ampliação do horizonte de pretensões jurisdicionalizáveis[13], criaram um contingente de demandas que supera, em muito, a capacidade da estrutura judiciária.[14] Ademais, a qualidade dos resultados obtidos por intermédio apenas da técnica estatal de resolução de conflitos é questionável.

Não se está aqui defendendo a relativização da garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXV.

Muito pelo contrário: atualmente, o sistema jurisdicional existente é que não vem permitindo o pleno exercício da garantia acima citada. Em se tratando de lides ambientais, o problema é agravado pela própria natureza do bem tutelado e da complexidade das diversas questões relacionadas ao meio ambiente.

Destarte, essas circunstâncias recomendam a investigação teórica acerca da aptidão dos conflitos coletivos para serem solucionados por meio de técnicas não judiciais de resolução de controvérsias.

A opção pelo especial direcionamento da abordagem às demandas ambientais deriva da constatação de que os conflitos sociais de massa – demandas coletivas lato sensu em potencial, principalmente sob a égide da categoria dos direitos individuais homogêneos – constituem relevante parcela dos litígios da sociedade contemporânea.[15]

Mesmo as demandas que ordinariamente não são movidas como ações coletivas acabam por sofrer processos de coletivização no Poder Judiciário, como é o caso do mecanismo processual de julgamento de recurso especial repetitivo por amostragem.

Todavia, a atual sistemática vigente direciona a resolução dos conflitos em quase sua totalidade pelo Poder Judiciário.

12. MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. rev. ampl. e atual., de acordo com as Leis 12.651, de 25.5.2012 e 12.727, de 17.10.2012 e com o Decreto 7.830, de 17.10.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 121.

13. DINAMARCO, Candido Rangel. Universalizar a Tutela Jurisdicional. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I, p. 396.

14. LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2002, p. 96.

15. CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos extrajudiciais de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. **Revista de Processo**, ano 19, n. 74, abr-jun 1994, p. 84.

Por sua vez, como já ressaltado, a imensa maioria das ações ambientais, em virtude da sua complexidade, demanda a realização de perícia, já que o magistrado não possui conhecimento técnico específico para avaliar as situações que lhe são submetidas para apreciação.

Não obstante o atual quadro de morosidade presente na justiça brasileira, por uma série de fatores, essa realidade traz como consequência imediata a elevação do custo do processo, já que os honorários pericias nesses casos são, em média, altíssimos.

Diante desse quadro, parte da doutrina vem entendendo que o acesso à justiça não deve ser compreendido como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário.

Como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, o Poder Judiciário não deve ser encarado como sendo, necessariamente, a primeira e única via de acesso para a administração dos conflitos[16].

O ponto central do acesso à justiça não é apenas possibilitar que todos tenham seu direito tutelado pelo Estado, mas que a justiça possa ser realizada no contexto em que se inserem as partes, com a garantia da imparcialidade de decisão e da igualdade efetiva das partes.

O conceito de justiça é amplo e deve ser considerado nas suas mais variadas formas e sentidos, inclusive ao se analisar outros meios de solução de litígios com alternativa ao Poder Judiciário, que garantam, além da imparcialidade na apreciação da demanda, economicidade e celeridade, como será abordado no tópico a seguir.

4 É POSSÍVEL COGITAR DE MECANISMOS ALTERNATIVOS MAIS EFICIENTES?

Com a premissa de que o Poder Judiciário não deve ser visto como a única via de acesso para a resolução dos conflitos, com o intuito de entregar uma tutela adequada a cada direito com efetividade e celeridade, os meios alternativos de resolução de litígios apresentam-se como possíveis vias de realização, de alternativa a prestação jurisdicional e de pacificação social, não para substituir o judiciário, mas para atuar de modo a liberá-lo para cumprir adequadamente o seu papel, nas contendas que forem submetidas à sua apreciação.

São as chamadas "vias alternativas", ou equivalentes jurisdicionais, que constituem em formas não jurisdicionais de solução de conflitos e são chamadas de equivalentes, pois, não sendo jurisdição propriamente dita, funcionam como técnica de tutela dos direitos, sanando conflitos ou certificando situações jurídicas.[17]

Os métodos alternativos de solução de conflitos são empregados em grande escala nos Estados Unidos, considerado berço dos movimentos alternativos de resolução de controvérsias, e em muitos países da Europa.

No Brasil, esses métodos alternativos de solução de conflitos vêm conquistando espaço, em razão da crise do judiciário.

16. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

17. DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** I – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11ª ed. Salvador: Podvm, 2009.

Ressalta-se, ainda, que muitos desses métodos chamados extraprocessuais, por previsão legal, também podem ser utilizados durante o processo judicial, como é o caso, por exemplo, da conciliação e da arbitragem.[18]

Os métodos aludidos objetivam a resolução prévia dos conflitos que, uma vez solucionados, auxiliarão no enxugamento da máquina do judiciário, o que não significa deslegitimar o Judiciário, ou diminuir-lhe o poder, mas conceder formas aliadas de resolução de litígios, por conta das contínuas transformações sociais, que necessitam de mais que um único órgão a tutelar seus direitos.

Nada impede que os conflitos submetidos aos equivalentes jurisdicionais e por eles resolvidos possam ser apreciados, posteriormente, também pelo Estado, mas, em geral, não se vislumbra essa necessidade.

Contudo, em se tratando de demandas que envolvam a tutela ambiental, há alguns que devem ser previamente observados.

Ao se tratar sobre direito ambiental, em face do art. 225 da Constituição Federal, está-se falando de um direito que é estendido a todos, sendo, portanto, de interesse público.

Logo, a todos pertence o direito de usufruir, bem como a obrigação de respeitar o meio ambiente, sendo defeso a qualquer indivíduo a prerrogativa de usufruir deste particularmente, respeitando o brocado "*in dúbio pro ambiente*". Cuida-se de direito indisponível.

Assim, os meios alternativos de solução de conflitos devem ser pautados por essa premissa, tal como o é no âmbito do Poder Judiciário.

Passar-se-á, na sequência, a abordar alguns mecanismos extrajudiciais, que, sem prejuízo de outros, poderiam ser utilizados para solucionar conflitos ambientais.

4.1 Mediação e Conciliação

Pode-se definir a mediação como um processo no qual uma terceira pessoa, neutra, o mediador, facilita a resolução de uma controvérsia ou disputa entre duas partes. É um processo informal, sem litígio, que tem por objetivo ajudar as partes em controvérsia ou disputa a alcançar aceitação mútua e concordância voluntária.[19]

Consiste num instituto que objetiva fundamentalmente dar fim efetivo ao conflito, emocional e jurídico, pois ele busca as causas que o geraram para encaminhar as partes a detectarem a razão que as levou a chegarem a tal desentendimento para que possam achar a solução mais favorável, sem se sentirem lesadas.

Nota-se, assim, que a mediação é uma forma alternativa de resolução de conflito, a fim de se evitar o ingresso no Poder Judiciário, prevalecendo a soberania da vontade nos acordos realizados entre as partes, bem como uma solução mais célere, facilitando o término dos conflitos, trazendo a paz para ambas as partes.

No Brasil, muito embora ainda não haja legislação específica regulando a mediação (apesar de disposições em legislações esparsas, como na Lei nº 7.783/89, que trata do direito de greve), a utilização desse mecanismo de resolução de conflitos vem sendo aplicada, especialmente por universidades, tribunais e associações não governamentais,

18. BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

19. GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar**: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000, p. 13.

aproximando o instituto da sociedade e permitindo o reconhecimento de sua eficácia no tratamento de conflitos.

A conciliação, por sua vez, consiste em alternativa mais célere e menos dispendiosa de solução de conflitos, que, embora utilizada no âmbito processual, pode ser considerada um meio alternativo de solução de conflito (ou equivalente jurisdicional).

Implica a participação de um terceiro (conciliador) de forma imparcial e ativa, que intervém sugerindo propostas de acordo, visando a composição.

Não é o conciliador que põe fim à disputa, já que a vontade das partes deverá prevalecer e somente ela poderá fazer com que o litígio seja resolvido.

Na legislação brasileira a conciliação é utilizada no procedimento judicial, sendo prevista tanto no Código de Processo Civil como na Lei n° 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais.

Distingue-se mediação de conciliação pois a primeira envolve um processo em que o papel do mediador é mais ativo, em termos de facilitação da resolução do conflito e mais passivo em relação à intervenção no mérito ou enquadramento legal.[20]

Além disso, na mediação o terceiro neutro procura criar as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução, não intervindo no sentido de adiantar alguma proposta de solução, ao passo que na conciliação, o terceiro interfere um pouco mais ao tentar apaziguar as partes, podendo sugerir algumas soluções para o conflito.[21]

4.2 Termo de Ajustamento de Conduta

O termo de ajustamento de conduta é típico meio alternativo de solução extrajudicial de conflitos: uma vez proposto, espera-se que o compromitente cumpra as exigências estabelecidas pelo legitimado-compromissário; do contrário, o movimento extrajudicial não se esgota, não se finda, tendo em vista a possibilidade de ingressar em Juízo visando sua execução.

Na definição de Hugo Nigro Mazzilli,

> Ao contrário de uma transação vera e própria do direito civil, na qual as partes transigentes fazem concessões mútuas para terminarem o litígio, já na área dos interesses metaindividuais temos o compromisso exclusivo do causador do dano (compromitente) a ajustar sua conduta de modo a submetê-la às exigências legais (objeto). De sua parte, o órgão público legitimado que toma o compromisso (compromissário), não se obriga a conduta alguma, exceto, como decorrência implícita, a não agir judicialmente contra o compromitente em elação àquilo que foi objeto do ajuste, exceto sob alteração da situação de fato (cláusula rebus sic stantibus implícita), ou em caso de interesse público indisponível.[22]

Aliás, a premissa de sua utilização é muito semelhante à da mediação e conciliação, em que pese ser classificado por parte da doutrina como espécie de transação.

Trata-se, dessa feita, de um instituto jurídico que soluciona conflitos metaindividuais, firmado por algum ou alguns dos órgãos públicos legitimados para ajuizar ação civil pública e pelo causador do dano, no qual se estatui, de forma voluntária, o modo, lugar e

20. SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1999, p. 46.

21. WATANABE, Kazuo. **Modalidades de mediação**. Série Cadernos do CEJ nº 22. Brasília: Conselho da Justiça Federal, p. 58.

22. MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil:** investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 295.

prazo em que o inquirido deve adequar sua conduta aos preceitos normativos, mediante cominação, sem que para tanto, a priori, necessite de provocação do Poder Judiciário, com vistas à natureza jurídica de título executivo extrajudicial.[23]

4.3 Arbitragem

Arbitragem pode ser definida como uma modalidade extrajudicial de resolução de um conflito em que um árbitro, terceiro escolhido pelas partes, decide uma lide, que necessariamente envolve discussão sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A Lei nº 9.307/96 rege todo o procedimento da arbitragem, que culmina numa sentença que possui a mesma força de uma sentença judicial.

A adoção desse procedimento é facultativa, ou seja, depende de livre escolha das partes, não podendo ser instaurada quando se tratarem de direitos indisponíveis, por força do disposto no art.1º da referida Lei.

Muito embora a cláusula arbitral seja muito utilizada nos contratos internacionais, esse recurso ainda é pouco explorado no Brasil.

Conforme afiança o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, a escolha do procedimento arbitral é especialmente recomendada em se tratando de matérias em que o nível de especificidade requer alto grau de qualificação técnica daquele que fornecerá o provimento às partes.[24]

Por essa via, substitui-se a jurisdição Estatal por uma alternativa que garanta qualificação técnica compatível com a complexidade do objeto litigioso.

Logo, a maior vantagem da utilização desse instituto é a garantia de qualificação técnica do árbitro para apreciar o objeto litigioso, ao passo que a grande limitação hoje existente no nosso ordenamento jurídico é a de que a arbitragem só pode tratar de direito disponíveis.

4.4 Conselhos do Meio Ambiente e Agências Reguladoras

Além dos métodos já hodiernamente apontados como alternativos à utilização do Poder Judiciário, tratados nos tópicos acima, entende-se que outros caminhos podem ser avaliados para resolução dos conflitos que envolvam questões ambientais.

Um deles passa pela extensão das atribuições do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), bem como dos respectivos conselhos estaduais e municipais, que hoje, em escorço, tem a finalidade de assessorar, estudar e propor diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e para os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Passariam, não obstante as atuais funções, a resolver as demandas ambientais que lhes fossem atribuídas.

Por se tratarem de órgãos que contam com a participação da sociedade civil e possuem importante caráter técnico, pode ser considerado como alternativa plausível à resolução de demandas ambientais.

23. SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Termo de ajuste de conduta**. São Paulo: LTr, 2004, p. 19.

24. MARTINS, Pedro Batista. **Acesso à Justiça.** Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

Outra opção semelhante é o julgamento por um órgão regulador do meio ambiente, independente da entidade licenciadora e, dessa forma, equidistante das partes envolvidas. À agência (ou órgão regulador) seriam submetidos os casos em que houvesse divergência entre o órgão licenciador e o empreendedor.

Justifica-se essa sugestão pelo fato de que todas as atividades utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento ambiental, por força do art. 10 da Lei nº 6.938/81, o que, por sua vez, é realizado pelo Poder Público.

Ou seja: todas as demandas nas quais se discutem a ocorrência ou não de dano ambiental necessariamente terão envolvidos o órgão ambiental, seja federal, estadual ou municipal.

E os mesmos mecanismos do modelo regulatório americano adotado, pelo menos na sua estrutura, por nosso ordenamento jurídico, seriam utilizados, tais como a independência administrativa, autonomia de gestão, mandato fixo de seus dirigentes e estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão[25].

4.5 Definição de regras e critérios legais pelo Poder Legislativo e de políticas públicas pelo Poder Executivo

Outro modo de solucionar as controvérsias que não poderia deixar de ser levantadas passa justamente pelos outros dois Poderes do República Federativa do Brasil. É importante esclarecer o conceito de jurisdição, função típica do Poder Judiciário, cuja definição é extraída de Giuseppe Chiovenda:

> [...] função do estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela autoridade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.[26]

Todavia, uma análise mais detida sobre as funções de cada Poder deixa claro que ao Poder Judiciário compete apenas ditar a lei para o caso concreto, enquanto deve o Poder Legislativo estabelecer as normas abstratas e o Poder Executivo tem o mister de definir as políticas públicas e os critérios apurados administrativamente[27]. De fato, o Poder Judiciário somente pode intervir nestes aspectos na omissão dos demais Poderes ou em flagrante inconstitucionalidade/ilegalidade, sob pena de ofender a norma fundamental de Separação dos Poderes.

A situação é simples de compreender no direito ambiental. Basicamente, essa seria a função de cada Poder:

- Poder Legislativo: elaborar leis que definam com clareza os bens naturais mais importantes a serem preservados, os critérios de poluição aceitáveis, os procedimentos a serem observados para evitar dano ambiental, os deveres do cidadão e as punições e os princípios fundamentais, entre outras coisas;
- Poder Executivo: através da política pública, regulamenta os limites infralegais, especialmente em especificidades técnicas que normas gerais teriam dificuldade

25. BARROSO, Luís Roberto, 2002, **Agências reguladoras**. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. R. Dir. Adm., 229: 285-311, Jul./Set. 2002, p. 296-297.

26. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 4, p. 8.

27. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106-111.

de alcançar e estabelece a forma de controle, administração e execução do ordenamento jurídico em matéria ambiental;
- Poder Judiciário: atua, nos casos concretos, para assegurar o comprimento das leis, tolher as ilegalidades e suprir as omissões, e, de forma abstrata, no controle de constitucionalidade das leis.

Se os Poderes Legislativo e Executivo cuidarem para que suas normas sejam completas, claras e constitucionais e as aplicarem de modos adequado, e o Poder Judiciário respeitar a autoridade destes, sem intervir quando não houver uma patente ilegalidade ou inconstitucionalidade, boa parte das controvérsias serão resolvidas sem a necessidade de demandas judiciais. Seriam judicializadas apenas as demandas de excepcional complexidade jurídica.

4.6 Fortalecimento de uma Justiça Administrativa

Conforme já colocado anteriormente, é fundamental para a proteção do meio ambiente saudável e sustentável que atividades e obras potencialmente poluentes sejam previamente fiscalizadas pela Administração Pública para que possam ser executadas com mínimo risco[28].

O art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal e a lei 6.938/81 indicam esse caminho, que tem como principal expoente o estudo de impacto ambiental. A maior parte dessa atividade resume-se ao exame do enquadramento do requerimento do contribuinte aos critérios fixados por leis e regulamentos.

Pela característica própria da Administração Pública, essa função passa a ser exercida por profissionais com formações técnicas diversificadas (não apenas jurídica) e permite a participação efetiva de representantes da sociedade civil, como nos Conselhos do Meio Ambiente, no qual possuem assento.[29]

A prática atual, contudo, indica que as deliberações administrativas, apesar de multidisciplinares e muitas vezes com participação social, costumam ser contestadas judicialmente, seja pelo contribuinte insatisfeito pelo indeferimento, seja pelo Ministério Público ao buscar a reversão do deferimento. Todo o trabalho – muitas vezes árduo e volumoso – é perdido e muitas vezes ignorado, enquanto se aguarda uma perícia judicial.

Nestes momentos, é inevitável recordar os sistemas judiciais de jurisdição dualista ou dupla, nos quais há o reconhecimento de uma Justiça Administrativa própria, a quem compete analisar os atos da Administração Pública. Em tais sistemas, inclusive, a decisão é final, e não pode ser rediscutida perante o Poder Judiciário[30].

Não se chega a um ponto tão avançado, nesse momento, de eliminar integralmente a prestação judicial. O que se precisaria, após a criação de uma Justiça Administrativa eficaz e bem estruturada, seria verdadeiramente eliminar intervenções excessivas do Poder Judiciário, que poderia intervir apenas em casos de ***flagrante*** inconstitucionalidade, ilegalidade ou improbidade.

28. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156-162.
29. Lei n. 6.938/81 e Decreto 99.274/90.
30. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 941.

Seria possível cogitar, inclusive, de uma vedação às medidas liminares contrárias a uma decisão administrativa, sendo permitido superá-las apenas ao final do processo. Afinal, não é equivocado lembrar que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e legalidade. No caso, não caberia ao Poder Judiciário atropelar uma decisão técnica da Administração Pública, tomada por profissionais de uma área da ciência que não é de sua formação acadêmica.

Com isso, a Administração Pública teria a segurança necessária para criar uma Justiça Administrativa – sem o risco de cair na inutilidade – constituída por profissionais de diversas áreas técnicas e com ampla participação da sociedade, na qual seria possível averiguar o acerto dos atos administrativos básicos contestados e decidir questões ambientais mais complexas. Seus integrantes teriam que receber a independência necessária para não se sujeitarem a interferências políticas negativas.

Embora essa possível solução pareça complexa e mereça um estudo bem mais aprofundado, mostra-se leviano descartá-la em uma primeira reflexão, justamente pelos benefícios que pode proporcionar.

4.7 Criação de Câmaras Multidisciplinares com poder decisório

Diante da inafastável realidade de que grandes questões ambientais afetarão as gerações futuras e podem colocar em risco o planeta e o destino da humanidade[31], talvez a mais grave e importante indagação que deve ser formulada é se essa decisão realmente pertence exclusivamente aos juristas.

Na realidade atual, com a "obsessão" de se judicializar todas as questões relevantes, é de se esperar que qualquer matéria de importante impacto ambiental receberá uma decisão judicial, que tende a ser a última palavra sobre o *case*.

Todavia, se aceitarmos que o direito nada mais é do que um instrumento para auxiliar a vida da sociedade e organizar as diretrizes e decisões recebidas das demais ciências, não seria o caso de "repartir" essa monumental responsabilidade com as demais ciências?

Além de todas as alternativas supramencionadas, é possível cogitar até a criação de um órgão julgador próprio para questões ambientais, uma Justiça Ambiental, por exemplo, mas repartir sua composição com exponentes de outras áreas de conhecimento, que poderão auxiliar na formação de uma decisão mais técnica e profunda. Isso não é, de forma alguma, uma crítica aos integrantes do Poder Judiciário, pois deles se espera alta qualificação técnica em matéria jurídica. Com a devida vênia, não se pode esperar deles profundo conhecimento científico em outras áreas, sendo que correm elevado risco, quando pretendem demonstrá-lo, de se mostrarem desatualizados ou mesmo desobservarem regras científicas básicas.

Logo, apesar de se entender que bastaria um órgão julgador administrativo respeitado ou fora do alcance do Poder Judiciário, uma alternativa aos extremistas do acesso à justiça formal seria a criação de uma nova Justiça multidisciplinar e com competência exclusiva em matéria ambiental.

31. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008, p. 25, 70 e 105.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os três Poderes do Estado Democrático de Direito, certamente nenhum deles tem crescido tanto em enfoque e importância nas últimas décadas quanto o Poder Judiciário. A ele tem competido uma crescente participação nos atos cotidianos da sociedade. Embora isso tenha comprovado a qualidade técnica e o preparo de seus integrantes, também causou uma busca excessiva por sua atuação, fazendo com que as diversas discussões da sociedade se tornem sobretudo jurídicas e a ciência do Direito pareça ganhar força sobre as demais ciências, em muitas causas até mais importantes.

Isso também causa uma sobrecarga do Poder Judiciário, que impede o julgamento célere, eficaz e com a qualidade almejada, seja pela dificuldade de se conhecer profundamente todos os autos judiciais, seja pela impossibilidade de domínio técnico de todas as áreas científicas, especialmente na sociedade moderna, marcada por uma evolução técnica nunca antes vista, que permite a produção constante de novos conhecimentos.

Soma-se a esse quadro a óbvia – embora muitas vezes desprezada – constatação de que a busca pela prestação jurisdicional não é, e nunca foi, a única forma de solução de controvérsias.

Em virtude destes dois fatores, algumas possibilidades de resolução dos litígios ambientais foram trazidas e superficialmente abordadas, todas elas com suas vantagens e defeitos, na tentativa de levantar o debate sobre a sua viabilidade. Foram propostas, sem exclusão de outras alternativas: a mediação, a conciliação, a arbitragem, os conselhos do meio ambiente, as agências reguladoras, a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, uma justiça administrativa e a criação de câmaras multidisciplinares.

A natureza ambiental dos litígios discutidos trouxe maior complexidade ao problema analisado, especialmente por dois aspectos: a multidisciplinariedade dos conflitos desta natureza e a possibilidade das decisões tomadas afetarem toda a sociedade, as gerações futuras e até mesmo colocarem em risco o planeta.

Por consequência, mostra-se fundamental que a sociedade possa participar ativamente desse processo decisório e que os juristas não detenham a exclusiva responsabilidade de solucionarem esses conflitos.

A conclusão a que se chega para o grave problema não é uma resposta, mas na importância e na necessidade de se instaurar um debate sobre uma simples pergunta. Resolução dos litígios de natureza ambiental: a judicialização é o melhor caminho?

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras**. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. R. Dir. Adm., 229: 285-311, Jul./Set. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 jul. 2014.

_____. Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm>. Acesso em: 8 jul. 2014.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 8 jul. 2014.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 8 jul. 2014.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 8 jul. 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes**. Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos extrajudiciais de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. **Revista de Processo**, ano 19, n. 74, abr-jun 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 4.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 130.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** I. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11ª ed. Salvador: Podvm, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. Universalizar a Tutela Jurisdicional. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

GALANTER, Marc. Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. **Denver University Law Review**, n. 66, 1989.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar**: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.

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

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2002.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª ed. rev. ampl. e atual., de acordo com as Leis 12.651, de 25.5.2012 e 12.727, de 17.10.2012 e com o Decreto 7.830, de 17.10.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Pedro Batista. **Acesso à Justiça. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 7ª. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental.** São Paulo: RT, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 2. vol. 24ª ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 58-70.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Termo de ajuste de conduta**. São Paulo: LTr, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord). **O Processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 42.

WATANABE, Kazuo. **Modalidades de mediação**. Série Cadernos do CEJ nº 22. Brasília: Conselho da Justiça Federal.

OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU):

ENTRAVES E DESAFIOS PARA AQUISIÇÃO DE EFETIVIDADE NORMATIVA NO BRASIL

André Emiliano Uba[1]

Submetido em: 16/09/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
O presente artigo se propõe a analisar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU), integrantes da chamada "Agenda 2030", sob a perspectiva de sua efetividade normativa. Os ODS consistem numa agenda mundial que começou a ser discutida no documento final da Conferência Rio+20, realizada em 2012, denominado "O futuro que queremos", e adotada durante a Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em setembro de 2015, sendo composta por 17 (dezessete) objetivos, e para eles 169 (cento e sessenta e nove) metas a serem atingidas até 2030. Muito embora o Brasil tenha aprovado a Agenda 2030, não ocorreu a internalização, no direito brasileiro, dos ODS, tal como preceitua a Constituição em relação aos tratados internacionais. Assim, carecem os ODS da chamada eficácia negativa das normas programáticas, o que automaticamente implicaria a declaração de invalidade de todas as normas (em sentido amplo) ou atos que contrariassem os seus efeitos pretendidos. Inúmeros são os desafios para efetivação da Agenda 2030 como instrumentos de construção de uma sociedade sustentável. A conscientização e cientificação dos cidadãos da existência dos ODS é fundamental, já que grande parte da população sequer tem conhecimento do seu conteúdo e de que o Brasil é um de seus signatários. E, a partir da sociedade, no exercício da soberania popular, exigir-se dos seus representantes eleitos a adoção de medidas para internalização dos ODS na ordem jurídica brasileira tal como preceitua a Constituição Federal, com força normativa. A efetividade de políticas públicas com vistas ao alcance dos ODS passa tanto pela sua formal internalização quanto pela conseguinte institucionalidade e governança decorrente do processo de sua execução como norma. Quanto à metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1. Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis - Santa Catarina, Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidas propôs aos seus países membros, em 2015, uma nova agenda de desenvolvimento para os próximos 15 (quinze) anos, a chamada "Agenda 2030", composta pelos 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Os ODS englobam um conjunto de objetivos e metas para colocar o mundo em um caminho mais sustentável até 2030.

Muito embora o Brasil tenha sido um dos signatários da Agenda 2030, a aquisição de efetividade normativa dos ODS no país é um importante desafio para busca do bem-estar multidimensional. O presente artigo objetiva analisar os ODS sob essa perspectiva, uma vez que não houve o processo de internalização da referida agenda no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro capítulo trará breves comentários sobre o histórico de abordagens e discussões, especialmente na Organização das Nações Unidas, em torno de desenvolvimento sustentável, que culminaram com a Agenda 2030. O segundo capítulo abordará acerca da força normativa dos ODS da ONU. Por fim, no terceiro capítulo, será discorrido sobre os entraves e desafios para que os ODS possam adquirir efetividade normativa no Brasil.

Quanto à metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva[2]. Nas diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente[3], da Categoria[4], do Conceito Operacional[5] e da Pesquisa Bibliográfica.[6]

2 OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)

A preocupação com o chamado "desenvolvimento sustentável" é relativamente recente, percebida a partir da segunda metade do século XX até os dias atuais. No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), tal temática tem ocupado importante pauta nas discussões há bastante tempo – remonta a 1972, quando da realização da Conferência de Estocolmo, na Suécia (ou Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano).

Quando teve fim a Guerra Fria, a União Europeia (UE), a ONU e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) passaram a discutir o desenvolvimento sustentável de forma mais ampla, com metas de bem-estar econômico, desenvolvimento social e sustentabilidade, inseridas no contexto de auxílio à assistência ao desenvolvimento dos países.[7]

Isso porque, naquele período de Guerra Fria, que perdurou até 1989, a ajuda dos países que disputavam a hegemonia política e econômica mundial assumia o papel de "moe-

2. [...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]. (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Milleniuum, 2008, p. 86).

3. [...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." (*Ibidem,* p. 53).

4. [...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." (*Ibidem,* p. 25).

5. [...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]. (*Ibidem,* p. 37).

6. "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." (*Ibidem,* p. 209).

7. MIBIELLI, Paulo; BARCELLOS, Frederico Cavadas. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) - uma avaliação crítica. **Sustentabilidade Em Debate**. v. 5. n. 3. Brasília: Universidade de Brasília, 2014, p. 223.

da de troca" para atrair as nações em desenvolvimento para um dos dois lados (muito embora na década de oitenta a ajuda aos países pobres tenha perdido importância, pois se acreditava que políticas de liberalização seriam suficientes para levar esses países ao desenvolvimento).[8]

Com o término da Guerra Fria, em 1989, a realidade muda radicalmente e as agências oficiais de assistência ao desenvolvimento tiveram expressivos cortes no orçamento, passando esse papel ser assumido por outras organizações, como a UE, ONU e OCDE.

Na década de 1990, a ONU realizou uma série de conferências internacionais com essa temática, como a Eco-92 (Rio de Janeiro, 1992) e a Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995).

Em 1996, a OCDE elaborou um documento no qual procurou consolidar grande parte do que já havia sido estabelecido pela ONU, nas diversas conferências realizadas, quanto a objetivos e metas, que culminou com o documento "*Shaping the 21th Century: The Contribution of Development Co-operation*", que fixava objetivos e metas (a maioria para 2015) divididos em três áreas: bem-estar econômico, desenvolvimento social e sustentabilidade ambiental e regeneração.[9]

Paralelamente, discutia-se, à época, a própria teoria do desenvolvimento. Uma das principais referências foi o trabalho do indiano Amartya Sen, vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 1998, que também é um dos criadores do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), lançado no mesmo ano, com três dimensões: renda, educação e saúde. O objetivo, na época, era oferecer um contraponto ao indicador mais utilizado até então para a comparação entre Estados, o Produto Interno Bruto (PIB).

Já em setembro de 2000, 189 (cento e oitenta e nove) nações, dentre elas o Brasil, firmaram um compromisso para combater à fome e à pobreza, associadas à implementação de políticas de saúde, saneamento, educação, habitação, promoção da igualdade de gênero e meio ambiente, além de medidas para o estabelecimento de uma parceria global para o desenvolvimento sustentável.[10] Esse pacto, a "Declaração do Milênio", acabou levando aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), composto por 8 (oito) alvos a serem alcançados até 2015, subdivididos em 21 (vinte e uma) metas e 60 (sessenta) indicadores. De 2000 a 2015, diversos eventos e relatórios acompanharam a situação dos ODM no mundo.

Dando seguimento à temática que levou aos ODM é que surgem os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), consistentes numa agenda mundial ("Agenda 2030") que começou a ser discutida no documento final da Conferência Rio+20, realizada em 2012, denominado "O futuro que queremos", e adotada durante a Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em setembro de 2015, sendo composta por 17 (dezessete) objetivos, e para eles 169 (cento e sessenta e nove) metas a serem atingidas até 2030.

São estes os ODS:

8. MIBIELLI, P.; BARCELLOS, F.C. *op. cit.,* p. 223.

9. OCDE. **Shaping the 21st Century**: The Contribution of Development Co-operation. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/development/shaping-the-21st-century-the-contribution-of-development-co-operation_da2d4165-en>. Acesso em: 20.jul.2021.

10. ROMA, Júlio César. Os objetivos de desenvolvimento do milênio e sua transição para os objetivos de desenvolvimento sustentável. **Ciência e Cultura**. [recurso eletrônico]. v..71 n.1. São Paulo, jan./mar. 2019. p. 33-39.

1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;
2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;
3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;
4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;
5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;
6. Garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos;
7. Garantir acesso à energia barata, confiável, sustentável e renovável para todos;
8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos;
9. Construir infraestrutura resiliente, promover a industrialização inclusiva e sustentável, e fomentar a inovação;
10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;
11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;
12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;
13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos;
14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;
15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;
16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;
17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.[11]

Os ODS, de forma ainda mais abrangente e detalhada do que os ODM, incluem temas transversais como pobreza, desigualdade, desenvolvimento econômico, clima, fortalecimento das instituições e segurança, com metas e indicadores.

Pode-se verificar que, dentre os dezessete objetivos propostos, dezesseis são temáticos, estruturados nas três dimensões da sustentabilidade (ambiental, social e econômica) e suas interconexões, e um objetivo de implementação (objetivo 17, que trata das parcerias globais e da necessidade de mobilização).

Os ODS foram validados pelos 193 (cento e noventa e três) Estados-membros da ONU, incluindo o Brasil[12], sendo um guia para as ações da comunidade internacional nos

11. ONU. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 20 jul. 2021.

12. BRASIL. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

próximos anos, bem como um plano de ação, para colocar o mundo em um caminho mais sustentável até 2030.

3 DA (AUSÊNCIA DE) FORÇA NORMATIVA DOS ODS DA ONU NO BRASIL

Como destacado no tópico anterior, os ODS foram aprovados por todos os países integrantes da Organização das Nações Unidas, dentre eles o Brasil.

Mas, afinal, quais as implicações dessa aprovação em relação à efetividade das suas disposições no Brasil, especialmente quanto à sua cogência/exigibilidade?

Para tanto, é necessário compreender o que a Constituição Federal de 1988 dispõe acerca da celebração de tratados internacionais. Os artigos 49, I, e 84, VIII, da Carta Magna, versam sobre as competências de celebração de tratados do Corpo Legislativo e do Chefe do Executivo brasileiros, respectivamente, estabelecendo o procedimento dualista[13]. Isso quer dizer que, na prática (e terminada a fase de negociações), o Presidente da República "[...]está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento"[14]. Caso esteja de acordo com o tratado assinado, ele o remete à apreciação do Poder Legislativo, o qual, poderá prosseguir com a conclusão de tal tratado.

Não obstante, a mesma Lei Maior de 1988 veio a estabelecer uma normatização peculiar para a incorporação dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos na ordenança jurídica brasileira. O art. 5º, nos §§ 1º, 2º e 3º, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, positivou a aplicabilidade imediata das normas definidoras de tais direitos e garantias e, a *posteriori*, conferiu *status* constitucional aos tratados sobre Direitos Humanos aprovados na forma descrita no § 3º do mencionado artigo (aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.[15]

Por conta disso, há, inclusive, quem defenda a dispensabilidade do procedimento dos arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal (CF), quando o tratado versar sobre direitos humanos (aplicando-se à Agenda 2030, por conta de sua interligação aos Direitos Humanos), passando a integrar o rol dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano da ordem interna.[16]

No caso dos ODS, muito embora o Brasil tenha aprovado a Agenda 2030, não ocorreu a internalização de suas disposições tal como preceitua a Constituição em relação aos tratados internacionais (seja o procedimento estabelecido nos arts. 49, I, e 84, VIII, seja aquele positivado no art. 5º, §3º, ambos da CF) - sequer houve o encaminhamento por parte do Poder Executivo ao Congresso Nacional.

Nesse diapasão, tem-se defendido que os ODS, uma vez que não foram revestidos do processo de internalização necessário para adquirir força cogente, podem ser caracterizados como uma *soft law*, sem força sancionatória, pois seus objetivos não são

13. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 119.

14. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 88

15. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

16. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

diretamente vinculativos e aplicáveis, conforme as técnicas formais do direito internacional. Contudo, são capazes de exercer uma forte influência sobre o comportamento dos atores internacionais, apresentando conteúdo programatório genérico para criação de comportamentos futuros, com vistas ao respeito universal dos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.[17]

Vale dizer, aliás, que, após a aprovação da Agenda 2030, foi editado pelo Presidente da República o Decreto federal nº 8.892, de 27 de outubro de 2016, que criou a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (CNODS), com a finalidade de internalizar, difundir e dar transparência ao processo de implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, subscrita pela República Federativa do Brasil[18].

No entanto, a CNODS foi extinta em 2019, por conta da revogação do mencionado Decreto.[19]

Chegou-se a atribuir, posteriormente, no Decreto federal nº 9.980, de 20 de agosto de 2019[20], à Secretaria Especial de Articulação Social, a incumbência de articular, no âmbito do Governo federal, em conjunto com a Secretaria Especial de Assuntos Federativos e com os demais entes federativos, as ações de internalização da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, como também de solicitar e consolidar as informações sobre a implementação dos ODS prestadas pelos órgãos governamentais.

Contudo, o Decreto nº 10.591, de 24 de dezembro de 2020[21], revogou o Decreto federal nº 9.980, de 2019, e, ao mesmo tempo, não estabeleceu a nenhum outro órgão do Governo Federal as atividades de internalização e implementação dos ODS.

Outrossim, o Presidente da República, ao sancionar a Lei referente ao Plano Plurianual (PPA) da União para o período de 2020 a 2023, vetou um único dispositivo da norma aprovada pelo Congresso Nacional: a persecução das metas dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas como uma das diretrizes do PPA 2020-2023[22].

Nas razões do veto, alegou-se inconstitucionalidade do dispositivo, acatando manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), nos seguintes termos:

17. TRINDADE, Alexandre Guimaraes; RIANI, Rhiani Salamon Reis. As ações do Brasil para a mitigação das mudanças climática pós acordo de Paris e suas relações com os direitos humanos. *In*: REIS, Émilien Vilas Boas; PINTO, João Batista Moreira (coord). **Filosofia e socioambientalismo e direitos humanos e desenvolvimento sustentável.** Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/t5ssa9m9/ju61pe22/92MM4zN21I99jgpY.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

18. BRASIL. **Decreto nº 8.892, de 27 de outubro de 2016**. Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8892.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

19. BRASIL. **Decreto nº 10.179, de 18 de dezembro de 2019**. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10179.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

20. BRASIL. **Decreto nº 9.980, de 20 de agosto de 2019.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Secretaria de Governo da Presidência da República e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9980.htm >. Acesso em: 20 jul. 2021.

21. BRASIL. **Decreto nº 10.591, de 24 de dezembro de 2020**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Secretaria de Governo da Presidência da República e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10591.htm >. Acesso em: 20 jul. 2021.

22. BRASIL. **Lei nº 13.971, de 27 de dezembro de 2019**. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2020 a 2023. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13971.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Razões do veto

> O dispositivo, ao inserir como diretriz do PPA 2020-2023 a persecução das metas dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, sem desconsiderar a importância diplomática e política dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, acaba por dar-lhe, mesmo contrário a sua natureza puramente recomendatória, um grau de cogência e obrigatoriedade jurídica, em detrimento do procedimento dualista de internalização de atos internacionais, o que viola a previsão dos arts. 49, inciso I, e art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal.[23]

Pode-se verificar, no mencionado documento, que foi ressaltada a natureza meramente recomendatória dos ODS, por conta da não observância, no caso, do procedimento dualista de internalização de atos internacionais, o violando os arts. 49, I, e art. 84, VIII, da Constituição Federal.

Nesse quadro, para a AGU, os ODS não são legalmente vinculantes no Brasil. Como decorrência de tal entendimento, mesmo que se considere o seu conteúdo como apenas diretrizes, de eficácia limitada de princípio programático[24], é um equívoco afirmar que se está diante de norma programática propriamente dita, justamente por não ter sido internalizada no ordenamento jurídico brasileiro tal como preceitua a Constituição.

O próprio Governo Federal, após o veto presidencial, lançou nota, publicada em 30/01/2020, ressaltando o caráter meramente recomendatório dos ODS, mas que mesmo assim, a Secretaria Especial de Articulação Social (integrante da Secretaria de Governo da Presidência da República), seria responsável pela governança da Agenda 2030 em âmbito federal, tendo como um de seus projetos estratégicos a iniciativa "Metas ODS", que tem por objetivo a continuidade do processo de nacionalização das metas para os 17 ODS e a identificação das ações e programas do Governo Federal que contribuem para o seu alcance[25].

Mas, como já destacado, o Decreto federal nº 10.591, de 2020, editado em dezembro aquele ano (ou seja, pouco mais de dez meses após a nota do Governo Federal, acima referida), revogou o Decreto federal nº 9.980, de 2019, que atribuía à Secretaria Especial de Articulação Social a incumbência de articular as ações de internalização da Agenda 2030, e, ao mesmo tempo, não estabeleceu a nenhum outro órgão do Governo Federal as atividades de internalização e implementação dos ODS.

Destarte, diante desse quadro, carecem os ODS da chamada eficácia negativa das normas programáticas, o que automaticamente implicaria a declaração de invalidade de todas as normas (em sentido amplo) ou atos que contrariassem os seus efeitos pretendidos.[26]

23. BRASIL. **Mensagem nº 743, de 27 de dezembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-743.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

24. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251.

25. BRASIL. **O Governo Brasileiro e a Agenda 2030**. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariadegoverno/pt-br/assuntos/secretaria-especial-de-articulacao-social/capa/noticias/o-governo-brasileiro-e-a-agenda-2030-1>. Acesso em: 20 jul. 2021.

26. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 220.

4 ENTRAVES E DESAFIOS PARA AQUISIÇÃO DE EFETIVIDADE NORMATIVA DOS ODS NO BRASIL

Apesar de não estarem revestidos formalmente como normas internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro, os ODS têm se mostrado presentes em projetos e diretrizes de órgãos e entidades públicos e privados.

No setor privado, por exemplo, segundo noticia o Pacto Global da ONU no Brasil foi criado o programa "Liderança com ImPacto", buscando posicionar os Diretores Executivos (CEOs) de corporações como mobilizadores da sustentabilidade dentro de suas empresas, nas instituições empresariais nas quais participam, no relacionamento com sua cadeia de valor, com governos e com influenciadores em geral, inserindo os ODS nas estratégias de suas principais áreas.[27]

Dentre as corporações que aderiam ao "Liderança com ImPacto" do Pacto Global da ONU estão o Grupo Malwee (Porta-voz de clima – ODS 13), BRK Ambiental (Porta-voz de Água e Saneamento – ODS 6), AES Brasil (Porta-voz de Energia Limpa e Acessível - ODS 7), Schneider Electric Brasil (Porta-voz de Energia Limpa e Acessível - ODS 7), Falconi (Porta-voz de Trabalho Decente e Crescimento Econômico - ODS 8), MRV (Porta-voz de Cidades e comunidades sustentáveis - ODS 11), Grupo Boticário (Porta-voz de Produção e Consumo Sustentáveis - ODS 12), EDP Brasil (Porta-voz de Cidades e Comunidades Sustentáveis - ODS 11), e Microsoft Brasil (Porta-voz de Educação de Qualidade - ODS 4).[28]

Em relação ao poder público, no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, foi celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e a ONU o documento intitulado "Pacto pela implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 no Poder Judiciário e Ministério Público", estabelecendo objetivos e obrigações para alcance dos ODS.[29]

O Poder Executivo federal, apesar do veto do Presidente da República, e das respectivas razões invocadas, ao dispositivo do PPA relativo à persecução das metas dos ODS, tem realizado, sob a coordenação da Secretaria de Governo da Presidência da República e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), eventos para discussão da Agenda 2030[30].

Tais medidas decorrem (e ficam à mercê) muito mais da mobilização e voluntariedade dos atores envolvidos, sejam eles públicos ou privados, do que por cogência ou obrigatoriedade da observância, mesmo que de cunho tão somente pragmático, dos ODS, como já demonstrado.

Por outro lado, soluções normativas paliativas têm sido adotadas nas esferas estadual e municipal.

27. UN GLOBAL COMPACT. **Liderança com Impacto**. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/pg/lideranca-com-impacto>. Acesso em: 20 jul. 2021.

28. UN GLOBAL COMPACT. **Liderança com Impacto**. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/pg/lideranca-com-impacto>. Acesso em: 20 jul. 2021.

29. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e Ministério Público**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/578d5640079e4b7cca5497137149fa7f.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

30. BRASIL. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

No Paraná, o Governo do Estado e 364 (trezentos e sessenta e quatro) municípios firmaram Termo de Compromisso aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, para modelagem de meios pra implementação dos ODS[31].

A cidade de São Paulo, ao aprovar a Lei nº 16.817, de 2 de fevereiro de 2018, adotou a Agenda 2030 como diretriz de políticas públicas em âmbito municipal[32], e o Estado de São Paulo, por conta da edição do Decreto nº 63.792, de 9 de novembro de 2018, criou "a Comissão Estadual de São Paulo para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável", "[…] com a finalidade de internalizar, difundir e dar transparência ao processo de implementação da Agenda 2030 no Estado de São Paulo"[33].

No entanto, tais normas e medidas não estão revestidas de qualquer conteúdo cogente, na medida em que apenas apontam a Agenda 2030 como diretriz, além do que possuem alcance reduzido e limitado, considerando o sistema constitucional de distribuição de competência legislativa, previsto na Constituição Federal.

Nesse cenário, diante da ausência do procedimento de internalização dos ODS no ordenamento brasileiro, a sociedade, na prática, fica sem respaldo jurídico robusto para pleitear e exigir do Poder Público tanto a consecução dos ODS quanto à adoção de medidas para cessar políticas públicas, atos ou até mesmo revogar normas que contrariem tais disposições.

Vale dizer que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1308/21, que "institui a Política de Promoção da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável", tornando obrigatória, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, a adoção dos ODS na elaboração de planos, programas e políticas[34]. A proposição, apresentada em 8/4/2021, encontra-se em andamento.

Para se consolidar os ODS como instrumentos efetivos na construção de uma sociedade sustentável, inúmeros são os desafios.

O Relatório Luz 2021, elaborado pelo "Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030", divulgado recentemente, aponta que o Brasil não apresenta progresso satisfatório em nenhuma das 169 metas dos 17 ODS, evidenciando o longo caminho a percorrer e barreiras a serem vencidas – apenas a título de ilustração, segundo o documento, no ODS 8 (Trabalho Decente e Crescimento Econômico) todas as metas que tiveram os dados analisados encontram-se em situação de retrocesso[35].

A conscientização e cientificação dos cidadãos da existência da Agenda 2030 é fundamental, já que grande parte da população sequer tem conhecimento do seu conteúdo e de que o Brasil é um de seus signatários.

31. PARANÁ. Casa Civil. **Paraná reafirma compromisso com Agenda 2030 da ONU**. Disponível em: <http://sustentabilidadeurbana.org.br/ods/municipios-com-termo-de-compromisso-aos-ods/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

32. SÃO PAULO. **Lei municipal nº 16.817 de 2 de fevereiro de 2018**. Adota a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU) como diretriz de políticas públicas em âmbito municipal, institui o Programa de sua implementação, autoriza a criação da Comissão Municipal para o Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030) e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16817-de-2-de-fevereiro-de-2018>. Acesso em 20 jul. 2021.

33. SÃO PAULO. **Decreto nº 63.792, de 09 de novembro de 2018**. Cria a Comissão Estadual de São Paulo para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2018/decreto-63792-09.11.2018.html>. Acesso em: 20 jul. 2021.

34. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 1308/2021**. Institui a Política de Promoção da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2277431>. Acesso em: 20 jul. 2021.

35. Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. **V Relatório Luz da Sociedade Civil - Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2021/07/por_rl_2021_completo_vs_03_lowres.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

E, a partir da sociedade, no exercício da soberania popular, caso assim entenda, exigir-se dos seus representantes eleitos a adoção de medidas para internalização dos ODS na ordem jurídica brasileira tal como preceitua a Constituição Federal, com força normativa.

Os objetivos apresentados pela Agenda 2030 são de extrema relevância e visam promover o desenvolvimento e bem-estar da população. A efetividade de políticas públicas com vistas ao alcance dos ODS passa tanto pela sua formal internalização quanto pela conseguinte institucionalidade e governança decorrente do processo de sua execução como norma.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca do desenvolvimento sustentável das nações tem ocupado importante espaço na agenda global, sendo objeto de discussões e deliberações dos diversos países na Organização das Nações Unidas.

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030) surgem nesse contexto, trazendo, ainda, como lema e compromisso, o de "não deixar ninguém para trás", ou seja, as metas estabelecidas também devem alcançar os grupos mais vulneráveis, pois traz a ideia de que todos são importantes e devem ter oportunidades justas.

Para sua consecução, mais do que assegurar os três pilares básicos das dimensões da sustentabilidade (ambiental, social e econômica), deve-se pensar na governança em todos os níveis, do local para o global, bem como para os setores público e privado.[36]

No Brasil, a incorporação dos ODS ao ordenamento jurídico nacional, mesmo considerando a natureza programática do conteúdo da Agenda 2030, é de extrema relevância à sociedade para se exigir, tanto dos gestores públicos quanto do setor privado, o planejamento e execução da ações e medidas que deem ensejo ao seu cumprimento.

Ademais, como já destacado, uma vez convertidos com força de lei brasileira, os ODS seriam revestidos, ao menos, da eficácia negativa das normas programáticas, o que automaticamente implicaria a declaração de invalidade de todas as normas (em sentido amplo) ou atos que contrariassem os seus efeitos pretendidos.

Especialmente em relação à administração pública, é importante esclarecer que, ao contrário dos cidadãos, a quem é lícito praticar todo e qualquer ato que a lei não vede (princípio da legalidade), ao gestor público se aplica a regra da reserva legal: o Poder Público não pode atuar sem que exista uma norma que o autorize a tanto.

Ainda que se defenda que os preceitos da Agenda 2030 já estejam refletidos e se coadunam com as disposições da Constituição Federal de 1988, a internalização dos ODS ao ordenamento jurídico brasileiro, com a chancela do Congresso Nacional, daria respaldo jurídico de maior robustez à sociedade para pleitear e exigir do Poder Público a sua consecução como "política de Estado" (e não de governo), sem ficar à mercê da vontade política dos gestores públicos.

E é da sociedade o ponto de partida para se exigir dos seus representantes eleitos a adoção de medidas para internalização dos ODS na ordem jurídica brasileira, tal como determina a Constituição Federal, com força normativa, para auxiliar no processo de

36. SACHS, Jeffrey D. From millennium development goals to sustainable development goals. **The Lancet**, v. 379, n. 9832, p. 2206-2211. DOI: <https://doi.org/10.1016/S0140-6736(12)60685-0>. Acesso em: 20.jul.2021.

busca do bem-estar sustentável no presente, em todas as dimensões, sem comprometer ou prejudicar o bem-estar no futuro.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 1308/2021**. Institui a Política de Promoção da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2277431>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e Ministério Público**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/578d5640079e4b7cca5497137149fa7f.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.179, de 18 de dezembro de 2019**. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10179.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.591, de 24 de dezembro de 2020**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Secretaria de Governo da Presidência da República e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10591.htm >. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.892, de 27 de outubro de 2016**. Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8892.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.980, de 20 de agosto de 2019.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Secretaria de Governo da Presidência da República e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9980.htm >. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.971, de 27 de dezembro de 2019**. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2020 a 2023. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13971.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Mensagem nº 743, de 27 de dezembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-743.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **O Governo Brasileiro e a Agenda 2030**. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariadegoverno/pt-br/assuntos/secretaria-especial-de-articulacao-social/capa/noticias/o-governo-brasileiro-e-a-agenda-2030-1>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. **V Relatório Luz da Sociedade Civil - Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2021/07/por_rl_2021_completo_vs_03_lowres.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIBIELLI, Paulo; BARCELLOS, Frederico Cavadas. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) - uma avaliação crítica. **Sustentabilidade Em Debate**. v. 5. n. 3. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

OCDE. **Shaping the 21st Century**: The Contribution of Development Co-operation. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/development/shaping-the-21st-century-the-contribution-of-development-co-operation_da2d4165-en>. Acesso em: 20.jul.2021.

ONU. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 20 jul. 2021.

PARANÁ. Casa Civil. **Paraná reafirma compromisso com Agenda 2030 da ONU**. Disponível em: <http://sustentabilidadeurbana.org.br/ods/municipios-com-termo-de-compromisso-aos-ods/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROMA, Júlio César. Os objetivos de desenvolvimento do milênio e sua transição para os objetivos de desenvolvimento sustentável. **Ciência e Cultura**. [recurso eletrônico]. v..71 n.1. São Paulo, jan./mar. 2019.

SACHS, Jeffrey D. From millennium development goals to sustainable development goals. **The Lancet**, v. 379, n. 9832, p. 2206-2211. Doi: <https://doi.org/10.1016/S0140-6736(12)60685-0>. Acesso em: 20.jul.2021.SÃO PAULO. **Decreto nº 63.792, de 09 de novembro de 2018**. Cria a Comissão Estadual de São Paulo para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2018/decreto-63792-09.11.2018.html>. Acesso em: 20 jul. 2021.

SÃO PAULO. **Lei municipal nº 16.817 de 2 de fevereiro de 2018**. Adota a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU) como diretriz de políticas públicas em âmbito municipal, institui o Programa de sua implementação, autoriza a criação da Comissão Municipal para o Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030) e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16817-de-2-de-fevereiro-de-2018>. Acesso em: 20 jul. 2021.

TRINDADE, Alexandre Guimaraes; RIANI, Rhiani Salamon Reis. As ações do Brasil para a mitigação das mudanças climática pós acordo de Paris e suas relações com os direitos humanos. *In*: REIS, Émilien Vilas Boas; PINTO, João Batista Moreira (coord). **Filosofia e socioambientalismo e direitos humanos e desenvolvimento sustentável.** Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/t5ssa9m9/ju61pe22/92MM4zN21I99jgpY.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

UN GLOBAL COMPACT. **Liderança com Impacto**. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/pg/lideranca-com-impacto>. Acesso em: 20 jul. 2021.

O RETORNO AO TRABALHO PRESENCIAL DOS SERVIDORES DA EDUCAÇÃO E A (IM) POSSIBILIDADE DE O ATESTADO MÉDICO DETERMINAR O TRABALHO REMOTO:

UMA ANÁLISE SOBRE A VIABILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL IMPOR O RETORNO AO TRABALHO PRESENCIAL E OS LIMITES JURÍDICOS DO ATESTADO MÉDICO

Artur Leandro Veloso de Souza[1]
Josevan Carmo da Cruz Junior[2]

Submetido em: 24/09/2021
Aceito em: 26/10/2021

RESUMO
O presente artigo buscou analisar a viabilidade de a Administração estadual, no contexto da obrigatoriedade da vacinação para síndrome respiratória conhecida como Coronavírus – Covid-19, impor aos servidores da educação do Estado o retorno ao trabalho presencial. Ainda, analisar a (in)viabilidade jurídica de o atestado médico impor a determinados servidores a manutenção do serviço remoto.

1 INTRODUÇÃO

A Organização Mundial de Saúde (OMS), em 11.3.2020[3], reconheceu que a disseminação de uma síndrome respiratória, incialmente denominada em 2019 – nCoV, e que passou depois a ser conhecida como Coronavírus – Covid-19, caracterizava-se como uma pandemia. A doença, com origem atribuída ao mercado público de frutos do mar na cidade de Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China, teve seu primeiro caso em território brasileiro confirmado pelo Ministério da Saúde em 26.2.2020.

Em Santa Catarina, o primeiro caso de Covid-19 foi notificado pela Secretaria de Estado da Saúde em 13.3.2020[4], sendo a primeira morte decorrente desse vírus reconhecida no dia 26.3.2020[5]. Nessa conjuntura e visando adotar medidas de redução da contaminação, o Estado editou uma série de providências quanto ao regime de trabalho dos servidores estaduais catarinenses.

1. Procurador do Estado de Santa Catarina e Professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil. Especialista em Direito Público pela PUC Minas. Especialista em Advocacia Pública pela AVM Faculdade Integrada. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). @profarturs souza.

2. Procurador do Estado de Santa Catarina.

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

4. Disponível em: https://www.nsctotal.com.br/noticias/coronavirus-santa-catarina-registra-os-dois-primeiros-casos-confirmados-da-doenca. Acesso em: 24 set. 2021.

5. Disponível em: https://www.sc.gov.br/noticias/temas/coronavirus/coronavirus-em-sc-governo-do-estado-confirma-primeira-morte-por-covid-19. Acesso em: 24 set. 2021.

No início, o Decreto Estadual n.º 507, de 16 de março de 2020[6], estabelecia a possibilidade de desempenho remoto das funções dos agentes públicos que (i) apresentassem doenças respiratórias críticas, (ii) coabitassem com idosos que apresentassem doenças críticas, (iii) com 60 anos ou mais e (iv) que tivessem viajado ou coabitassem com pessoas que estiveram em outros países nos últimos 7 (sete) dias. As medidas, portanto, determinavam predominantemente o trabalho de forma presencial.

O cenário veio a ganhar contornos diferentes com a edição do Decreto n.º 547, de 2 de abril de 2020[7], que estabeleceu o desempenho remoto das atividades não essenciais a certos grupos de servidores e naquelas atividades que, mesmo que essenciais, a chefia imediata considerasse viável o trabalho não presencial. No âmbito da Secretaria do Estado da Educação foi a Portaria n.º 924, de 23 de abril de 2020[8], que instituiu o regime especial de atividades escolares não presenciais, dessa forma, regulamentando o ensino público em plataformas virtuais. Nesse momento, toda a educação catarinense passou a funcionar em regime remoto, mantendo o ensino a distância como medida única de atividade.

O início da mudança de cenário veio a concretizar-se mediante a Portaria Conjunta SES/SED n.º 447, de 30 de junho de 2020[9]. Por esta, passou-se a autorizar, em território catarinense, a realização de atividade de ensino presencial em estabelecimentos acadêmicos de ensino em nível superior e nível de pós-graduação. A educação básica e profissional passaria a ser permitida presencialmente em algumas regiões catarinenses com baixos casos de Covid-19, por meio da Portaria Conjunta SES/SED n.º 778, de 6 de outubro de 2020.[10]

O retorno à sistemática do trabalho presencial ocorre com a edição do Decreto Estadual n.º 1.371, de 14 de julho de 2021[11]. Por este, o Chefe do Poder Executivo passa a determinar o retorno das atividades presenciais no estado de Santa Catarina.

É exatamente esse contexto fático que enseja a análise jurídica à qual o presente artigo dedicou-se – perante o avanço progressivo da vacinação, com a disponibilização de vacinas aos servidores que integram a rede de ensino catarinense, a determinação do retorno das atividades presenciais e as problemáticas envolvidas.

Primeiro, a análise jurídica sobre a viabilidade de se impor a vacinação e o retorno à atividade presencial dos servidores da educação. O tema, aliás, ficou devidamente posto na Portaria Conjunta SES/SED/DCSC 1967, de 11 de agosto de 2021.[12] Esta não apenas determina o retorno das atividades escolares/educacionais presenciais, como impõe a obrigatoriedade da vacinação a todos os trabalhadores da educação.

O segundo viés decorre dessa obrigatoriedade ao retorno presencial dos servidores – a apresentação de atestados médicos que determinam a manutenção do servidor no regime de trabalho remoto. E, dessa particularidade, decorre outra nuança da análise – é viável

6. Disponível em: http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2020/000507-005-0-2020-010.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

7. Disponível em: http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2020/000547-005-0-2020-007.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

8. Disponível em: https://www.sed.sc.gov.br/principais-consultas/legislacao/30586-legislacao-periodo-do-covid-19. Acesso em: 24 set. 2021.

9. *Ibidem*.

10. *Ibidem.*

11. Disponível em: http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2021/001371-005-0-2021-003.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

12. Disponível em: https://www.sed.sc.gov.br/principais-consultas/legislacao/30586-legislacao-periodo-do-covid-19. Acesso em: 24 set. 2021.

que atestado médico determine o regime de trabalho do servidor? É possível que o médico aponte o exercício remoto das atividades? Qual orientação deve o Administrador seguir?

A orientação jurídica toma por base posições firmadas do Conselho Federal de Medicina (CFM) e do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina (CRM -SC) sobre o alcance do atestado médico. E, ainda, como deve ser processada e analisada a orientação médica que determina o trabalho remoto de servidor da educação.

Essas são as nuanças que se visou analisar neste artigo. De início, analisa-se a obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19 aos servidores do sistema de educação catarinense.

2 VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA CONTRA A COVID-19

O primeiro lote de vacinas contra a Covid-19 chegou ao Brasil no dia 21.3.2021. Naquele momento, pouco mais de 1 milhão de doses da Vacina AstraZeneca/Oxford, fabricada pelo SK Bioscience, da Coreia do Sul, chegava ao país. Passava-se, então, após longo processo de espera, a ter mecanismos técnicos de combate direto à pandemia.

No entanto, muito antes disso, em dezembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi levado a analisar a constitucionalidade da vacinação compulsória prevista no Artigo 3º, inciso III, alínea d, da Lei Federal n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.[13] Coube ao Ministro Ricardo Lewandowski, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n.º 6586 e n.º 6587 e mediante uma série de declarações do Presidente da República de que a vacinação não seria obrigatória, sopesar a garantia fundamental da intangibilidade do corpo humano e a saúde coletiva para avaliar em que parâmetros poderiam os entes federados agirem no cumprimento da lei.

Em consonância com as diversas vertentes, especialmente pautado nas doutrinas desenvolvidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, denominadas de *presumption against preemption* e a *clear statment rule*, concluiu o STF que a vacinação compulsória não implica vacinação forçada, mas pode envolver coações indiretas:

> Ementa: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. **PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA**

13. Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)
I - isolamento;
II - quarentena;
III - determinação de realização compulsória de:
a) exames médicos;
b) testes laboratoriais;
c) coleta de amostras clínicas;
d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
e) tratamentos médicos específicos;

ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – **A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresso consentimento informado das pessoas.** III – **A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao "pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas", bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.** IV – **A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de "cuidar da saúde e assistência pública" que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal.** V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) **a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes**, e (i) **tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes**, (ii) **venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes**, (iii) **respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas**; (iv) **atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade**, e (v) **sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente**; e (B) **tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência**. (ADI 6586, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021) (grifo nosso)

O tema foi reafirmado no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discutia o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas. Em acórdão da relatoria do Ministro Roberto Barroso, reafirmou-se que "a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos" e que "o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade" para concluir que "o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos" e que "é constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que [esteja] registrada em órgão de vigilância sanitária".

A Suprema Corte, portanto, fixou que a obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19 não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrên-

cia direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano. Afigura-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresso consentimento informado das pessoas.

Contudo é constitucional o estabelecimento de vacinação compulsória, desde que não signifique vacinação forçada, podendo, porém, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, entre outras, restrições ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares desde que previstas em lei ou dela decorrentes.

Ainda, pautando-se na teoria do *clear statment rule*, essas medidas podem ser adotadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência de cada ente da federação brasileira.

Posto isso, convém tecer algumas considerações sobre a obrigatoriedade de vacinação e a repercussão para fins laborais.

3 OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 E A REPERCUSSÃO PARA FINS LABORAIS

O avanço da vacinação nos grupos do Plano Nacional de Imunização (PNI) possibilitou que tanto os entes públicos quanto os privados passassem a adotar medidas para o retorno do trabalho presencial dos seus funcionários. Nesse sentido, diversos entes da federação editaram atos normativos estabelecendo diretrizes nessa perspectiva – como exemplo – Decreto n.º 14.817/2021 - Município de Campo Grande, Decreto n.º 41.841/2021 – Distrito Federal, Resolução 65/2021 da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, entre outros. E o estado de Santa Catarina não foi diferente.

O Decreto Estadual n.º 1.371, de 14 de julho de 2021, passa a determinar o retorno das atividades presenciais no estado de Santa Catarina. No âmbito da Secretaria de Educação, a Portaria Conjunta SES/SED/DCSC 1967, de 11 de agosto de 2021, não apenas determina o retorno das atividades escolares/educacionais presenciais, como impõe a obrigatoriedade da vacinação a todos os trabalhadores da educação.

> Art. 7º A vacinação contra o Coronavírus (Covid-19) será obrigatória para todos os trabalhadores da Educação (professores, segundos professores, auxiliares, equipe técnica, administrativa, pedagógica, limpeza, alimentação, serviços gerais, transporte escolar, terceirizados, estagiários e voluntários) que atuam na Educação Básica, Educação Profissional, no Ensino Superior e afins, das redes de ensino públicas e privadas do Estado de Santa Catarina, a partir da data em que a aplicação estiver disponível para o grupo prioritário e/ou faixa etária, de acordo com o calendário estadual de vacinação contra a COVID-19.
> § 1º Os trabalhadores da educação que atuam na Educação Básica, Educação Profissional e Ensino Superior e afins das redes de ensino públicas e privadas do Estado de Santa Catarina que já imunizados, por fazerem parte dos grupos de risco, deverão retornar às atividades presenciais após 28 (vinte e oito) dias contados da data da aplicação da dose única ou da segunda dose da vacina contra a COVID-19, de acordo com as orientações de cada fabricante, conforme definido no calendário estadual de vacinação.
> § 2º Os trabalhadores da Educação que se encontram em trabalho remoto por motivo de coabitar com idoso com doença crônica, sejam da administração geral ou da educação, deverão retomar as atividades presenciais, após a publicação desta Portaria.
> § 3º Cópias dos comprovantes de vacinação deverão ser entregues à chefia imediata, para fins de registro e controle.

> § 4º A impossibilidade de se submeter à vacinação contra a Covid-19 deverá ser comunicada à chefia imediata e devidamente comprovada por meio de documentos que fundamentam a razão clínica da não imunização

A determinação ainda não foi objeto de análise objetiva e conclusiva pelo Tribunal de Justiça catarinense. No entanto a decisão jurídico-política do estado baseou-se em decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região (TRT2), na qual se confirmou a possibilidade de demissão por justa causa de funcionária que, se recusando a tomar a vacina, também se recusou a retornar ao ambiente de trabalho (TRT da 2ª Região; Processo: 1000122-24.2021.5.02.0472, Relator: Roberto Barros da Silva, Data: 19-7-2021).

Nesse caso, com diversas peculiaridades, entendeu o Juízo Trabalhista que a conduta da trabalhadora em negar-se injustificadamente a vacinar-se, bem como a retornar ao trabalho presencial, revelou-se abusiva, dessa forma, configurando justa causa para demissão. Chama-se atenção ao fato de que diversas nuanças foram sopesadas:

1. comprovação da adoção de um Protocolo Interno focalizado no combate e enfrentamento à pandemia gerada pelo novo Coronavírus;
2. os principais objetivos do protocolo adotado eram justamente promover e disseminar as diretrizes adotadas para conter o contágio entre os clientes e colaboradores em geral, fornecer orientações aos colaboradores da empresa sobre a prevenção e a necessidade de adoção de cuidados diante da pandemia, bem como consolidar as ações e as medidas práticas adotadas pela empresa para a mitigação dos riscos;
3. a empregada trabalhava na chamada "linha de frente" do combate ao novo Coronavírus e pertencia a um dos primeiros grupos prioritários que foram contemplados com a disponibilização da vacina.

Alguns detalhes merecem ser aqui sopesados. Primeiro deles é que a decisão do TRT2 foi proferida no bojo de relação privada. O segundo aspecto é que a relação estatutária tem nuanças próprias – especialmente sindicadas pelo princípio da legalidade – que merecem ponderações. O terceiro e último aspecto está atrelado ao fato de que, diferente da relação privada, o Estado de Santa Catarina editou norma regulando o tema. Ou seja, a colar de eventuais críticas à redação normativa, o decreto supracitado estabeleceu as regras tanto para a vacinação quanto ao retorno ao trabalho presencial.

4 DO REGIME DE TRABALHO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DA REDE ESTADUAL DE EDUCAÇÃO

Analisada a obrigatoriedade da vacinação, passa-se a avaliar a viabilidade jurídica de determinar o retorno à atividade presencial dos servidores que integram o quadro do magistério estadual.

Como mencionado, com a edição do Decreto Estadual n.º 1.371, de 14 de julho de 2021, determinou-se o retorno das atividades presenciais nas unidades governamentais, outorgando à Secretaria de Estado da Administração (SEA) o papel de regulamentar esse processo.[14] Nessa linha, a SEA editou a Instrução Normativa n.º 11/2021/SEA/SC, por

14. Art. 11. Os titulares dos órgãos e os dirigentes das entidades da Administração Pública Estadual Direta e Indireta do Poder Executivo devem tomar as providências necessárias para a retomada das atividades presenciais nas respectivas repartições.
§ 1º Ato normativo da Secretaria de Estado da Administração (SEA) estabelecerá as instruções complementares para a retomada das atividades presenciais na forma do *caput* deste artigo, inclusive delimitando as hipóteses em que deve ser autorizado o trabalho remoto

esta estabelecendo os parâmetros técnicos[15] de distanciamento e condições físicas de adaptação das unidades governamentais.

A Secretaria de Estado da Educação, com a Secretaria do Estado de Saúde e diversas entidades governamentais e não governamentais, empreendeu estudos que resultaram na edição da Portaria Conjunta SES/SED/DCSC 1967, de 11 de agosto de 2021. Esta volta a estabelecer o ensino majoritariamente presencial na rede estadual pública de educação.

Nesse contexto, portanto, passa a existir, no estado de Santa Catarina, normativa que altera o regime de trabalho dos servidores do magistério estadual. De início, impõe-se recordar que o Estatuto do Magistério Estadual (Lei Estadual n.º 6.844/1986) estabelece o regime de trabalho essencialmente presencial. Isso fica claro à medida que a norma outorga ao servidor uma série de obrigações como o comparecimento ao local de trabalho no horário de expediente, bem como a comunicação à chefia imediata em caso de impossibilidade disso, desde que devidamente justificado[16], bem como, ainda, o registro de frequência respectivo, entre outros. É dizer, impõe a regra do regime de trabalho presencial.

Nessa medida, portanto, estaria amparada tanto pelo poder regulamentar quanto pelo princípio da legalidade a determinação do Estado. Note-se que o poder regulamentar configura exercício de função típica do Poder Executivo, qual seja, a execução das leis e encontra amparo no Artigo 71, inciso III, da Constituição estadual. Sobre o tema, é valiosa a lição do Ministro Dias Toffoli no julgamento do RMS 27666/DF:

> O poder regulamentar não é poder legislativo, por conseguinte não pode criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder, usurpação de competências, tornando írrito o regulamento dele proveniente, e sujeito a sustação pelo Congresso Nacional (art.49, V).
> Doutrinariamente, pelo menos, o regulamento assemelha-se à lei em seu caráter geral, impessoal e permanente; mas dela se distingue não só por ser diferente o órgão que o estabelece, como por ser uma norma jurídica secundária e de categoria inferior à da lei.[17]

15. Art. 2º Fica estabelecido que os serviços públicos devem ser prestados de forma presencial durante a pandemia da Covid-19, desde que seja garantido que os agentes públicos mantenham o distanciamento mínimo de 1,5 metro de raio em seu ambiente de trabalho e demais medidas sanitárias vigentes, bem como orientações adicionais determinadas pela Secretaria de Estado da Saúde (SES).
Parágrafo único. Compete aos titulares e dirigentes determinar a adoção das providências necessárias para a retomada das atividades presenciais, de forma monitorada, nos respectivos órgãos e entidades.

16. Art. 206. O registro de frequência é diário e mecânico ou, nos casos indicados em Regulamento, por outra forma que vier a ser adotada.
§ 1º Todo o membro do magistério deve observar rigorosamente o seu horário de trabalho, previamente estabelecido.
§ 2º A marcação do cartão de ponto deve ser feita pelo próprio funcionário.
§ 3º Nenhum membro do magistério, mesmo os que exerçam função externa ou estejam isentos do ponto pode deixar o seu local de trabalho, durante o expediente sem autorização.
§ 4º Quando houver necessidade de trabalho fora do horário normal de funcionamento do órgão, deve ser providenciada a autorização específica.
Art. 207. O membro do magistério é obrigado a avisar a sua chefia imediata no dia em que, por doença ou força maior, não puder comparecer ao serviço.
§ 1º As faltas ao serviço por motivo de doença só serão justificadas para fins disciplinares, de anotação no assentamento individual e de pagamento, se a impossibilidade de comparecimento for atestada pelo órgão médico oficial.
§ 2º As faltas ao serviço por doença em pessoa da família serão analisadas e poderão ser justificadas para os fins previstos no parágrafo anterior.
Art. 208. As faltas ao serviço por motivos particulares não serão justificadas para qualquer efeito, computando-se como ausência o sábado e domingo, ou feriado, quando intercalados.
Parágrafo único. Para efeitos deste artigo, não serão consideradas as faltas decorrentes de provas escolares, coincidentes com o horário de trabalho ou o dia de ponto facultativo.

17. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 484.

Nesse prisma, ao determinar o retorno do trabalho presencial dos servidores, exerceu legítima competência prescrita em lei. Some-se a isso o fato de que os servidores abrangidos são estatutários. Nisso, submetem-se ao princípio da legalidade.

Para o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello[18], "o [princípio] da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso, considerado princípio basilar do regime jurídico-administrativo".

Na Administração Pública, não há vontade pessoal, nem liberdade. Enquanto ao particular é lícito fazer tudo o que a lei proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Assim explana o Professor Hely Lopes Meirelles[19]: "a lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim', caso o servidor público desvie a sua finalidade cometerá ato ilícito, e irá se expor à responsabilização administrativa, civil e criminal, conforme cada caso".

Aliás, o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina imputa como conduta submetida à punição tanto a indisciplina ou insubordinação quanto a inassiduidade (Artigo 135, inciso II, itens 3 e 4). Nessa toada, o não cumprimento das determinações e a ausência ao serviço público podem implicar, inclusive, a demissão do servidor.

Some-se a isso a peculiaridade envolvida no serviço público educacional. Não é novidade que a atividade educacional, especialmente nos ensinos fundamental e médio, seja presencial. A conclusão deriva de relatório do Banco Mundial que analisou o impacto da Covid-19 na educação dos países da América Latina e Caribe.[20]

O estudo faz simulações para perdas depois de 7 meses de escolas fechadas, 10 meses e 13 meses, considerado o cenário mais pessimista. "O ensino remoto não substitui o presencial", diz o relatório. "Os países precisam estar prontos para reabrir as escolas nacionalmente e investir os recursos necessários para que isso aconteça, para começarem a se recuperar das perdas dramáticas de aprendizagem e outros efeitos negativos da pandemia."

Brasil, que já tinha 50% dos alunos com carência de aprendizagem, iria para um índice semelhante à média da região, ou seja, de 70%. Essas perdas correspondem a 1,3 ano de escolaridade, isto é, o estudante teria o conhecimento de mais de uma série anterior àquela correspondente à sua idade. Com um tempo maior de escolas fechadas, a defasagem pode subir para 1,7 ano de escolaridade.

O relatório alerta que a pandemia pode fazer com que os sistemas educacionais da região **voltem ao que eram nos anos de 1960**, com consequências duradouras para toda uma geração. O estudo ainda indica a piora dos países em exames internacionais como o Pisa, feito pela **Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)**. O Brasil cairia 36 pontos com 10 meses de escolas fechadas e 50 pontos, com 13 meses. E a diferença de desempenho entre os mais ricos e mais pobres na avaliação aumentaria para até 105 pontos, o que representa um quarto de um ano de escolaridade. Segundo o relatório, as perdas são maiores para estudantes de escolas públicas e para meninas.

18. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101.

19. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 93.

20. Disponível em: https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2021/03/17/hacer-frente-a-la-crisis-educativa-en-america-latina-y-el-caribe. Acesso em: 24 set. 2021.

É nesse contexto de necessidade de retorno ao ensino presencial, adicionado à determinação posta pelo governador do estado catarinense, que surge o último eixo de análise deste estudo – pode o médico atestar a necessidade de o servidor público ser mantido no trabalho remoto? É viável juridicamente que o atestado médico determine o regime de trabalho do servidor público? É sobre isso que se trata no tópico a seguir.

5 DA (IN)VIABILIDADE DE O ATESTADO MÉDICO DETERMINAR O REGIME DE TRABALHO DO SERVIDOR PÚBLICO

A análise dos limites jurídicos do atestado médico toma contexto diante da série de processos administrativos que passaram a tramitar no âmbito da Secretaria de Estado da Educação. Nesses, diversos profissionais da educação, vacinados ou não, apresentavam atestados médicos que, apontando determinada enfermidade, indicavam a necessidade de manutenção do servidor no regime remoto.

Nesse contexto, surge a indagação – é viável juridicamente que atestado médico determine o regime de trabalho do servidor público? Como a Administração deve processar tal documentação.

De início, destaca-se que o atestado médico tem natureza jurídica de declaração. Ele constitui, portanto, uma narrativa descritiva parcial ou total do atendimento médico prestado ao paciente. Tal conclusão provém do próprio Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio do Parecer n.º 5/2020/CFM, subscrito pelo Dr. Jean Carlo Fernandes Cavalcante:

> **(i) No que consiste o atestado ou relatório médico? Quais são as suas finalidades e os seus efeitos jurídicos?**
>
> A Resolução CFM nº 1658/2002, que normatiza a emissão de atestado médico e dá outras providências, estabelece em seu artigo 1º:
>
> "O atestado médico é parte integrante do ato médico, sendo seu fornecimento direito inalienável do paciente, não podendo importar em qualquer majoração de honorários".
>
> Por sua vez, o artigo 3º estabelece os requisitos do atestado médico:
>
> Na elaboração do atestado médico, o médico assistente observará os seguintes procedimentos: I - especificar o tempo concedido de dispensa à atividade, necessário para a recuperação do paciente; II - estabelecer o diagnóstico, quando expressamente autorizado pelo paciente; III - registrar os dados de maneira legível; IV - identificar-se como emissor, mediante assinatura e carimbo ou número de registro no Conselho Regional de Medicina.
>
> **O relatório médico, segundo Oswaldo Simonelli, tem a seguinte definição**:
>
> **O Relatório Médico, quanto ao seu aspecto jurídico, possui o que se pode chamar de "natureza declaratória", tendo por objetivo apenas "revelar" uma determinada situação, sem a introdução de opiniões ou algum fato novo, sendo um mero descritivo da condição de saúde do paciente e os tratamentos realizados**.
>
> O relatório médico, portanto, expressa um resumo do atendimento médico prestado, com descrição do atendimento, propedêutica, diagnóstico, prognóstico, exames etc., devendo ser, obrigatoriamente, fornecido ao paciente quando solicitado, espelhando sempre a sua real situação clínica.
>
> Alguns Conselhos Regionais de Medicina (CRMs) possuem pareceres específicos a respeito do tema, de forma a aclarar ainda mais esta questão, destacando-se:
>
> Parecer CREMESP nº 38.981/07

> "Não existe limite para emissão de Relatórios Médicos, entretanto, deve ser observado o bom senso, evitando-se a emissão de relatórios sem fatos novos que o justifiquem desde a última consulta ou relatório". O relatório médico de uma internação ou resumo de alta, traduz em palavras a ocorrência e a evolução dos fatos relacionados ao tratamento de um paciente. Este é um documento de obrigação ética, semelhante ao atestado médico, e não está vinculado ao pagamento de honorários médicos".
>
> Parecer CREMESP nº 48.735/00
>
> "A elaboração do relatório médico é antes de tudo uma obrigação ética, e não cabe obviamente nenhum tipo de cobrança".
>
> Parecer CREMESP nº 184.370/13
>
> "O médico em função assistencial, em ambiente privado ou em seu consultório, deve ser consultado pelos pacientes sempre com o objetivo de elucidação diagnóstica e tratamento, tendo o paciente direito de receber as prescrições dos tratamentos e atestados que possam ser utilizados, de acordo com a sua necessidade em benefício de seu tratamento, bem como o relatório elaborado pelo médico assistente descrevendo sua doença e quadro clínico, incluindo limitações físicas ou mentais que podem ser utilizadas pelo paciente em situações que o mesmo entender pertinentes, porém nesta função assistencial o médico pode, mas não está obrigado, preencher quaisquer laudos periciais."
>
> Assim, respondendo à dúvida da AMB, **a natureza jurídica do relatório médico é declaratória, sendo uma narrativa descritiva do atendimento prestado ao paciente, em sua totalidade ou em parte, a seu pedido ou de familiares**. (grifo nosso)

Aliás, a emissão do atestado médico é regulamentada pelo CFM, por meio da Resolução n.º 1.658, de 2002, constitui parte integrante do ato médico e direito inalienável do paciente. A emissão do atestado médico deverá observar:

> Art. 1º O atestado médico é parte integrante do ato médico, sendo seu fornecimento direito inalienável do paciente, não podendo importar em qualquer majoração de honorários.
> Art. 2º **Ao fornecer o atestado, deverá o médico registrar em ficha própria e/ou prontuário médico os dados dos exames e tratamentos realizados, de maneira que possa atender às pesquisas de informações dos médicos peritos das empresas ou dos órgãos públicos da Previdência Social e da Justiça**.
> Art. 3º **Na elaboração do atestado médico, o médico assistente observará os seguintes procedimentos**:
> I - **especificar o tempo concedido de dispensa à atividade, necessário para a recuperação do paciente**;
> II - **estabelecer o diagnóstico, quando expressamente autorizado pelo paciente**;
> III - registrar os dados de maneira legível;
> IV - identificar-se como emissor, mediante assinatura e carimbo ou número de registro no Conselho Regional de Medicina.
> Parágrafo único. **Quando o atestado for solicitado pelo paciente ou seu representante legal para fins de perícia médica deverá observar**:
> I - **o diagnóstico**;
> II - **os resultados dos exames complementares**;
> III - **a conduta terapêutica;**
> IV - **o prognóstico**;
> V - **as conseqüências (sic) à saúde do paciente**;
> VI - **o provável tempo de repouso estimado necessário para a sua recuperação, que complementará o parecer fundamentado do médico perito, a quem cabe legalmente a decisão do benefício previdenciário, tais como: aposentadoria, invalidez definitiva, readaptação**;
> VII - registrar os dados de maneira legível;
> VIII - identificar-se como emissor, mediante assinatura e carimbo ou número de registro no Conselho Regional de Medicina. (Redação aprovada pela Resolução CFM nº 1851/2008). (grifos nossos)

Do regulamento mencionado, nota-se que a emissão do atestado médico deve observar os limites previstos na Resolução n.º 1.658, de 2002, do CFM, especialmente em relação ao conteúdo. O atestado médico, quando emitido para fins de obtenção de benefícios previdenciários ou assistenciais, limita-se a certificar a existência de enfermidade incapacitante para o trabalho, especificando o período de afastamento necessário para a recuperação do paciente assistido no atendimento médico.

Em todo caso, essa declaração será impreterivelmente submetida ao crivo do médico perito, a quem cabe legalmente a decisão sobre a concessão de benefício de ordem previdenciária ou assistencial nos termos da legislação.

Não se ignora a existência de pareceres divergentes em relação à matéria em alguns Conselhos Regionais de Medicina (CRM), que admitem determinado grau de autonomia aos médicos quando da emissão de atestados.

A seguir, colocam-se algumas linhas de manifestações do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina (Consulta n.º 2394/15) sobre o parecer médico:

> CFM nº 5/08 (Processo-Consulta CFM nº 2.139/06), destaca-se que o médico assistente tem o direito de "[...] indicar procedimento que julgue adequado ao paciente; [...] entendendo, inclusive, o direito de se colocar em relação à impossibilidade do doente de continuar no exercício de suas atividades laborais em função da gravidade de seu quadro clínico [...]". Em sua conclusão, assinala-se que "o médico assistente, no uso de sua autonomia, respaldado pelas normas éticas e disposições legais, tem o direito de emitir juízo quanto à capacidade laboral de seu paciente [...]; ao médico perito, atuando de forma igualmente autônoma, com devida isenção, observando os preceitos éticos e o regramento legal que norteiam a função, cabe a decisão final.

Ao entender dessa linha seria possível que a manifestação médica ponderasse limitações ao exercício da atividade ao paciente. Por exemplo, indicar limitações de atuação em ambientes ou do exercício de determinadas ações. Isso em nada compatibiliza com a indicação de regime de trabalho. A indicação do regime de trabalho foge aos aspectos de indicação da patologia, tempo de afastamento ou limitações a certas atividades.

Nessa linha de ação, a Nota Técnica SEI n.º 56376/2020/ME da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho[21], analisando o processamento de atestados médicos e a análise e configuração do nexo entre o trabalho e a Covid-19, concluiu que:

> [...] à luz das disposições da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a depender do contexto fático, a covid-19 pode ser reconhecida como doença ocupacional, aplicando-se na espécie o disposto no § 2º do mesmo artigo 20, quando a doença resultar das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relacionar diretamente; podendo se constituir ainda num acidente de trabalho por doença equiparada, na hipótese em que a doença seja proveniente de contaminação acidental do empregado pelo vírus SARS-CoV-2 no exercício de sua atividade (artigo 21,inciso III, Lei nº 8.213, de 1991); em qualquer dessas hipóteses, entretanto, será a Perícia Médica Federal que deverá caracterizar tecnicamente a identificação do nexo causal entre o trabalho e o agravo, não militando em favor do empregado, a princípio, presunção legal de que a contaminação constitua-se em doença ocupacional.

Portanto, o governo federal tem entendido que a Covid-19 deverá ter o mesmo tratamento das demais doenças ocupacionais, ou seja, deve ser observado o disposto nos artigos 19 a 23 da Lei n.º 8.213, de 1991. Assim, a Covid-19 pode ou não ser considerada

21. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-tecnicas/2020/sei_me-12415081-nota-tecnica-covid-ocupacional.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

doença ocupacional, a depender das características do caso concreto e da análise realizada pela perícia médica federal ou pelos médicos responsáveis pelos serviços de saúde das empresas.

Posto isso, fica claro que o atestado médico não pode determinar o regime de trabalho. No entanto deve ser processado como requerimento de licença para tratamento de saúde, submetido ao órgão médico oficial, nos termos dos artigos 62, inciso I, e 64, *caput*, da Lei Estadual n.º 6.745, de 1985, bem como nos artigos 97, inciso I e 100, da Lei Estadual nº 6.844, de 1986. Esse órgão, na linha do quanto fixado pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, é competente para deliberar sobre a concessão de benefício de ordem previdenciária ou assistencial. Outra linha é, aplicando o silogismo da adaptação, promover a readaptação da atividade do servidor à qual a junta médica ateste apenas a viabilidade do seu exercício remoto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo debruçou-se sobre a situação extremamente peculiar e submetida a diversas nuanças – jurídicas, políticas, sociais, financeiras, epidemiológicas – que é o retorno ao trabalho presencial dos servidores da educação. A posição firmada é pela regularidade da determinação governamental tanto da imposição no que tange à obrigatoriedade da vacinação a todos os trabalhadores da educação quanto ao retorno do trabalho presencial.

Em uma segunda linha de avaliação está que o atestado médico não pode determinar o regime de trabalho. O documento deve ser processado como requerimento de licença para tratamento de saúde, submetido ao órgão médico oficial, nos termos dos artigos 62, inciso I, e 64, *caput*, da Lei Estadual n.º 6.745, de 1985, bem como nos artigos 97, inciso I, e 100, da Lei Estadual n.º 6.844, de 1986. Esse órgão, na linha do quanto fixado pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, é competente para deliberar sobre a concessão de benefício de ordem previdenciária ou assistencial. Outra linha é, aplicando o silogismo da adaptação, promover a readaptação da atividade do servidor à qual a junta médica ateste apenas a viabilidade do seu exercício remoto.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, n. 13, 2009.

BARROSO, Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo.** 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. Reforma Constitucional e Direito Adquirido. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul./set. 1998.

BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DO ARRESTO EXECUTIVO À LUZ DO RESP 1.822.034/SC

Augusto Barbosa Hackbarth[1]

Submetido em: 05/10/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
Em importante julgado do mês de junho de 2021 (REsp 1.822.034/SC), o Superior Tribunal de Justiça confirmou entendimento já esposado na vigência CPC/73, no sentido da possibilidade de arresto executivo na modalidade "*on line*", com fundamento no art. 830 do CPC/15. Firmou-se posição, ainda, pela desnecessidade de exaurimento das tentativas de localização do devedor/executado, bastando que não seja encontrado para viabilizar a pré-penhora. A citação, como destacado no voto condutor, é condição apenas para convolação do arresto executivo em penhora, mas não figura como requisito para a sua efetivação. Igualmente prescindíveis são os requisitos do art. 301 do CPC, eis que inconfundíveis o arresto executivo e o arresto cautelar A importância da nova decisão do c. STJ, para além de reforçar a jurisprudência da Corte, sinaliza marco interpretativo que tende a pressionar os tribunais locais, os quais divergem na aplicação do art. 830 da Lei Adjetiva, como demonstra a breve pesquisa jurisprudencial realizada.

1 INTRODUÇÃO

Qualquer digressão acerca do processo de execução, no amplo contexto do Direito Processual Civil brasileiro, impõe uma prévia e breve incursão no universo estatístico, dada a dimensão do acervo atual e a aparente falência do sistema na missão de debelar o passivo processual consolidado.

O relatório anual de lavra do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), "Justiça em Números 2021", deixa ver que 52,3% do acervo da Justiça Estadual é constituído por execuções. Tomando-se por base a região sul, o percentual de casos pendentes de execução em relação ao estoque total de processos é de 48,2% no TJPR, 53,3% no TJSC e 42,4% no TJRS. Por seu turno, a taxa de congestionamento na fase de execução, considerando a atividade judicial de primeira instância, é de 85% no TJPR, 79% no TJSC e 86% no TJRS. No Poder Judiciário, genericamente considerado, a taxa é de 84% (de cada 100 execuções em trâmite, apenas 16 foram baixadas no ano de 2020).

Para uma comparação, tenha-se em mente que a taxa de congestionamento foi de 67% no que se relaciona à fase de conhecimento.

Nesse universo, a maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, as quais representam 68% do estoque em execução. As execuções fiscais são apon-

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

tadas como os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário (87% em 2020), representando aproximadamente 36% do total de casos pendentes.

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

De todo modo, o quadro de ineficácia da cobrança executiva não se manifesta exclusivamente na execução fiscal. O fenômeno não é recente, tampouco desconhecido da doutrina especializada. O desenvolvimento recente de uma mentalidade "multiportas", reforçada após a aprovação da Lei nº. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), reacende o debate acerca de possíveis dribles legais e institucionais ao processo de execução convencional, apostando-se na força da arbitragem, da transação (mesmo em sede de direito público) e outros procedimentos de cobrança extrajudicial, como é o caso do protesto de CDA[2] e da execução fiscal administrativa – esta última ainda em foro de discussão parlamentar[3].

Tramita no Congresso Nacional, ainda, o Projeto de Lei nº. 6204/2019, da Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), o qual "Disciplina a execução extrajudicial civil para cobrança de títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Atribui ao tabelião de protesto o exercício das funções de agente de execução".

Em razão desse panorama consolidado de crise de eficácia do módulo executivo, todos os institutos aplicáveis devem ser lidos à luz dessa arraigada ineficácia, preferindo-se interpretações que militem em prol da celeridade e do resguardo do direito de crédito. Em outras palavras, não se pode perder de vista que decisões judiciais obstrutivas do interesse do credor (como quaisquer outras decisões) orientam as ações futuras dos jurisdicionados, gerando impactos que transcendem a órbita da ação de execução ou a expropriação como mero ato instrumental isolado. A construção de um arcabouço jurisprudencial favorável à blindagem patrimonial do devedor, sem o abono de dispositivos legais e princípios jurídicos claramente determinantes dessa postura, é prática que tende a disseminar insegurança jurídica[4], inibindo a circulação de bens e serviços.

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

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

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

Partindo dessa premissa, tome-se em conta que o Superior Tribunal de Justiça proferiu importante decisão no REsp 1.822.034/SC, julgamento ocorrido em 15/06/2021 (relator Ministra Nancy Andrighi), assentando com clareza que a providência do arresto executivo, prevista no art. 830 do CPC, dispensa prévio exaurimento das tentativas de localização do devedor não encontrado para citação.

Assim foi redigida a ementa:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ARRESTO EXECUTIVO ELETRÔNICO. TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO FRUSTRADA. ADMISSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS TENTATIVAS DE CITAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. JULGAMENTO: CPC/15. 1. Ação de execução de título extrajudicial ajuizada em 10/08/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 26/12/2018 e distribuído ao gabinete em 25/06/2019. Julgamento: CPC/15. 2. O propósito recursal consiste em decidir acerca da admissibilidade de arresto executivo na modalidade on-line, antes de esgotadas as tentativas de citação do devedor. 3. O arresto executivo, previsto no art. 830 do CPC/15, busca evitar que os bens do devedor não localizado se percam, a fim de assegurar a efetivação de futura penhora na ação de execução. Com efeito, concretizada a citação, o arresto se converterá em penhora. 4. Frustrada a tentativa de localização do devedor, é possível o arresto de seus bens na modalidade on-line, com base na aplicação analógica do art. 854 do CPC/15. Manutenção dos precedentes desta Corte, firmados na vigência do CPC/73. 5. Hipótese dos autos em que o deferimento da medida foi condicionado ao exaurimento das tentativas de localização da devedora não encontrada para citação, o que, entretanto, é prescindível. 6. Recurso especial provido. (STJ – REsp 1.822.034/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 15/06/2021)

O julgado merece análise detida, e representa um importante caminho a ser seguido pelos demais tribunais locais.

2 O ARRESTO EXECUTIVO: NOÇÕES GERAIS E DISTINÇÕES RELEVANTES

O acórdão, cuja ementa seguiu transcrita no tópico precedente, ganha relevância na esteira de algumas decisões locais que têm condicionado o arresto executivo, previsto no art. 830 do CPC, à prova de exaurimento das tentativas de localização do devedor/executado. No bojo das execuções fiscais, em que a não localização imediata ou célere do executado costuma figurar quase como uma regra, importa e muito consolidar uma prática jurisdicional que privilegie sobremaneira o direito do credor, já estampado em título executivo legalmente reconhecido.

Ademais, considerando-se que o dinheiro aparece como primeira opção nos róis legais de bens penhoráveis (LEF, art. 11, I e CPC, art. 835, I), é natural que se apresente a possibilidade de arresto executivo de dinheiro – chamado pelo STJ, na decisão destacada, de "arresto executivo eletrônico". Em outros termos: em que pese o arresto executivo consubstanciar prática típica do Oficial de Justiça, nada obsta a constrição antecipada de dinheiro (via Sisbajud) quando não encontrado o executado para citação.

A doutrina não hesita em reconhecer como lógico, uma vez reconhecido o direito ao arresto executivo, o recurso ao bloqueio de dinheiro como primeira opção constritiva, diante da preferência legal; "(...) até porque, se o arresto executivo é uma pré-penhora

ou penhora antecipada, não teria sentido impedir a utilização de forma eletrônica de penhora a tal ato de constrição"[5].

Recomenda-se voltar um pouco no tempo, a fim de situar a problemática.

O precedente assentado no julgamento do Tema 425[6] do STJ oculta outras questões de especial relevo. O julgamento do REsp 1.184.765/PA, citado corriqueiramente como matriz jurisprudencial do direito ao "arresto executivo eletrônico", de fato terminou por confirmar a propriedade do arresto executivo "*on line*"; mas a verdade é que tal se deu por força da Súmula 7 do Superior Tribunal, que levou a Corte a não examinar os fundamentos do acórdão recorrido.

De se destacar, ainda, que o REsp 1.184.765/PA veicula hipótese fática em que o arresto foi determinado pelo juiz com feição cautelar. Veja-se trecho da ementa:

> "*In casu*, a decisão proferida pelo Juízo Singular em 30.01.2008 determinou, com base no poder geral de cautela, o "arresto prévio" (mediante bloqueio eletrônico pelo sistema BACENJUD) dos valores existentes em contas bancárias da empresa executada e dos co-responsáveis (até o limite do valor exequendo), sob o fundamento de que "nos processos de execução fiscal que tramitam nesta vara, tradicionalmente, os executados têm se desfeito de bens e valores depositados em instituições bancárias após o recebimento da carta da citação". (...) Consectariamente, a argumentação empresarial de que o bloqueio eletrônico dera-se antes da regular citação esbarra na existência ou não dos requisitos autorizadores da medida provisória (em tese, apta a evitar lesão grave e de difícil reparação, ex vi do disposto nos artigos 798 e 799, do CPC), cuja análise impõe o reexame do contexto fático-probatório valorado pelo Juízo Singular, providência obstada pela Súmula 7/STJ.

Tratou-se, então, de caso em que a determinação de arresto teria se escorado no poder geral de cautela do magistrado, demonstrados os requisitos típicos para cabimento da tutela cautelar.

Importante ressalvar, no entanto, que o arresto executivo previsto no art. 830 do CPC não se pode confundir com o arresto cautelar, hoje calcado no art. 301 do Código de 2015, e que por isso pressupõe como requisitos a probabilidade da existência do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Bem registra Daniel Amorim Assumpção Neves que "o arresto executivo, apesar de preparar a garantia do juízo que será realizada pela penhora, não se confunde com o arresto cautelar"[7]. Isso porque, além dos requisitos distintos para seu deferimento, "o arresto executivo é realizado *ex officio* pelo oficial de justiça, enquanto o arresto cautelar depende de decisão judicial"[8].

Em outras palavras: enquanto o arresto cautelar tem como pano de fundo o "perigo de se perder a garantia ou de se tornar ineficaz o processo principal"[9], o arresto executivo faz as vezes de mera "antecipação da penhora"[10], trazendo-a para momento anterior à regular citação do executado.

Comentando o diploma processual revogado, assim pontifica Alexandre Freitas Câmara:

5. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1.242

6. Tese firmada: "A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras".

7. *Ibidem*, p. 1.243.

8. *Ibidem*, p. 1.243.

9. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 683.

10. ASSIS, Araken de. Manual da Execução.11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 584.

> Estabelecido o conceito de arresto cautelar, é preciso estabelecer aqui sua distinção em relação a outro instituto, homônimo, mas de natureza diversa: o arresto previsto no art. 653 do CPC. Como visto, no segundo volume destas Lições, o arresto do art. 653 não tem natureza cautelar, o que se afirma com base em diversos fundamentos. Em primeiro lugar, o arresto do art. 653 do CPC não se destina a proteger a efetividade do processo de execução contra os riscos da infrutuosidade do processo (*periculum in mora*, na espécie *pericolo di infruttuosità*). Em segundo lugar, o arresto do art. 653 do CPC não tem como requisito o *fumus boni iuris*, mas a existência de obrigação certa, líquida e exigível, representada por título executivo. Em terceiro lugar, o arresto do art. 653 é ato destinado a preparar a expropriação do bem apreendido, sendo medida provisória, que irá, posteriormente, se converter em penhora[11].

Tratando diretamente da Lei de Execução Fiscal, que também abriga previsão de arresto executivo (art. 7º, III), Éderson Garin Porto registra que a pré-penhora tem caráter plenamente satisfativo, operando como penhora propriamente dita, importada do Direito alemão.[12]

Não há que se confundir, portanto, o arresto cautelar, enquanto "medida cautelar de apreensão de bens destinada a assegurar efetividade de uma execução por quantia certa"[13], com o arresto executivo, o qual pressupõe tão somente a não localização do executado em seu endereço, sem qualquer juízo acerca de eventual perigo de dano ao resultado útil do processo.

Ainda quanto ao arresto cautelar, o próprio Superior Tribunal de Justiça já assentou sua jurisprudência "no sentido de que, com base no poder geral de cautela, admite-se o arresto prévio mediante bloqueio eletrônico de valores pelo sistema BACENJUD, bastando para tanto que estejam presentes os requisitos inerentes a toda medida cautelar, quais sejam, o risco de dano e o perigo da demora"[14].

No arresto executivo, referido pelo art. 830 do CPC, prescinde-se do perigo de dano ou mesmo da plausibilidade do direito vindicado. O que está em jogo, no racional desse preceptivo legal, é autorizar o oficial de justiça a formalizar constrição mesmo antes do regular ato citatório, sempre que frustrada a localização do devedor executado. Bem por isso, o arresto executivo foi batizado de "pré-penhora" – porquanto vocacionado a antecipar a apreensão de bem pertencente ao devedor, convolando-se em penhora após sua citação a tempo e modo.

Note-se que o art. 830 se dirige diretamente à prática do oficial de justiça, o qual aplicará a providência executiva (diga-se, o arresto) no caso de "não encontrar o executado" para citação. Trata-se do único requisito legal. Não se exige que a pretensão do credor se revista de cautelaridade, ou que as tentativas de localização do executado tenham exaurido todos os endereços possíveis para sua localização.

O voto da Ministra Relatora no REsp 1.822.034/SC deixa clara a distinção, *in verbis*:

> Nesse contexto, verifica-se que, diferentemente do arresto cautelar, previsto no art. 301 do CPC/15, o qual exige a comprovação dos elementos que evidenciem a probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, constantes no art. 300 do CPC/15, o único requisito para a concessão do arresto executivo é o devedor não

11. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92.
12. PORTO, Éderson Garin. *Manual da Execução Fiscal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91.
13. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91
14. STJ - REsp 1.643.532/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16/02/2017.

> ser encontrado. A citação, por sua vez, é condição apenas para a conversão do arresto executivo em penhora, e não para sua efetivação.

É nesse ponto que reside certa resistência dos tribunais locais. Ao contrário do assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, tem-se exigido o exaurimento das tentativas de localização do executado como um requisito para o arresto executivo – requisito esse que não se dessume da lei vigente.

Em rápida busca nas bases de dados dos tribunais locais, encontram-se à saciedade decisões recentes que condicionam o deferimento do arresto executivo ao exaurimento ou esgotamento dos meios de localização do devedor. Os exemplos abaixo foram extraídos da jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, sendo que os grifos não integram a publicação original:

> O arresto *on line* pressupõe a não localização do executado pelo Oficial de Justiça (CPC, art. 830) quando o ato citatório resultar inviabilizado pelas dificuldades de localização do mesmo, o que é viável somente quando atestado que se encontra em lugar incerto e não sabido. Na espécie, verifica-se que **a credora deixou de comprovar o esgotamento dos meios passíveis de localizar o executado para citação**, porquanto houve apenas uma tentativa frustrada para realização do ato, o que torna inviável a utilização do Sistema Bancejud para arresto de valores, nos termos do entendimento doutrinário e jurisprudencial" (Agravo de Instrumento n. 4009957-21.2017.8.24.0000, de Barra Velha, rel. Des. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 22-1-2019) (TJSC - Agravo de Instrumento nº. 4033161-26.2019.8.24.0000, Rel. Des. Rejane Andersen, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 28-07-2020)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA PARTE EXECUTADA - ARRESTO - ART. 830 DO CPC - **NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DE TODAS AS DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO** - NÃO OCORRÊNCIA. 1) Conforme art. 830 do CPC, não há impedimento que haja o arresto dos bens do executado sem que tenha ocorrido a sua citação, todavia **é necessário que o exequente tenha exaurido todas as tentativas possíveis para localização do devedor**. 2) É responsabilidade do exequente a indicação do correto endereço do executado, de modo a oportunizar a este a impugnação ou quitação do débito, antes de se promover atos que atinjam seu patrimônio. 3) Tendo havido somente uma tentativa de citação por oficial de justiça, não se encontram presentes os requisitos para a realização do arresto. (TJMG - Agravo de Instrumento nº. 1.0000.20.558221-6/001, Rel. Des Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, j. em 19/05/2021)
>
> Admite-se o prévio arresto online de numerários da conta bancária do executado, com fulcro no artigo 830, do CPC (artigo 653, do CPC/73), quando demonstrado que o exequente diligenciou para localizá-lo. 5. **Não se mostra cabível o deferimento da medida quando não resta demonstrado o esgotamento dos meios possíveis de localização do executado**. (TJMG –
>
> Agravo de Instrumento nº. 1.0000.20.007808-7/001, Rel. Des. Antônio Bispo, 15ª Câmara Cível, j. em 30/07/2021)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARRESTO ON-LINE. BACENJUD. PRÉ-PENHORA. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. É possível o arresto de bens para assegurar futura penhora na execução por título extrajudicial nos casos em que o devedor não possui domicílio ou que se oculta da citação, **desde que esgotadas as diligências para localização do executado**. Hipótese em que o deferimento da medida mostra-se precipitado, pois **não foram exauridas todas as possibilidades de localização da parte devedora**. Inteligência dos artigos 7º, inciso III, da Lei 6.830/80, e 830 do Código de Processo Civil. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. UNÂNIME. (TJRS - Agravo de Instrumento, Nº 70078779931, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 31/10/2018)

> Direito Tributário. Execução Fiscal. Cobrança de crédito tributário referente ao exercício de 2015 (R$ 1.740,45). Arresto Prévio ou Pré-Penhora. Ausência de Citação. Tentativa por carta com AR. Descabimento. **Ausência de prova de esgotamento das diligências para localização do devedor**. Ônus do Exequente. O arresto prévio tem cabimento quando o devedor não possuir domicílio ou dele se ocultar. Inteligência do artigo 7º, inciso III, da Lei de Execuções Fiscais e do artigo 830 do Código de Processo Civil de 2015. Todavia, **o exequente não esgotou as tentativas de localização do devedor**, seja buscando outros endereços para citação, seja promovendo a citação por Edital. Única tentativa mediante carta com AR que retornou negativa, sendo tal medida insuficiente para deferir o arresto, sem que antes se diligencie na obtenção de um endereço mais completo, de um novo endereço ou postule a citação por Edital. Decisão que merece ser mantida. Recurso conhecido e desprovido. (TJRJ – Agravo de instrumento nº. 0035309-48.2021.8.19.0000, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, Sexta Câmara Cível, j. 23/07/2021)

Encontram-se, ainda, decisões que aparentam confundir o arresto executivo com seu homônimo cautelar – vejam-se abaixo os exemplos coletados dos E. Tribunais de Justiça de Santa Catarina, Bahia, Goiás e Rio Grande do Sul, com grifos não constantes do original:

> Embora o arresto executivo de ativos patrimoniais do devedor possua respaldo nos arts. 830 e 854 do Código Processual Civil, sua **realização depende da comprovação do "periculum in mora"** relativo aos fins almejados na execução, ou mesmo do esgotamento das tentativas de localização dos executados, pois, em consonância com a jurisprudência majoritária desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, apenas excepcionalmente se pode mitigar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. No presente caso, em que realizada única diligência frustrada para citação dos acionados, restando pendente tentativa de localização dos mesmos em endereço fornecido nos autos, e **não havendo qualquer demonstrativo concreto de perigo na demora**, inviável a constrição de ativos financeiros via Bacenjud em detrimento dos devedores, devendo ser previamente esgotadas as providências tendentes à perfectibilização do ato citatório. Pelas mesmas razões, a pretendida penhora sobre o trator e semi-reboque oferecidos como garantia real na avença geradora do débito não pode ser deferida no presente momento, pois sequer citados os executados para integrar a lide. (TJSC, Agravo de Instrumento nº. 4027616-72.2019.8.24.0000, Rel. Des. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 18-02-2020).

> "De fato, é possível efetivar-se o arresto de bens do executado antes da sua citação, à vista da lição contida no art. 830, segundo o qual 'Se o oficial de justiça não encontrar o executado, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução'. Todavia, **o arresto do art. 830 não prescinde da demonstração de ocultação ou dilapidação dos bens do executado**, o que não ocorreu no caso em análise. (TJBA - Agravo de Instrumento nº. 8021231-34.2020.8.05.0000, Rel. Des. José Edivaldo Rocha Rotondano, publicado em 28/10/2020)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. PEDIDO DE **ARRESTO. MEDIDA EXCEPCIONAL DE NATUREZA ACAUTELATÓRIA**. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFORMADA. 1- O agravo de instrumento é um recurso *secundum eventum litis* e deve se ater ao acerto ou desacerto da decisão atacada, dentro de critérios de legalidade e razoabilidade, sendo vedado, ainda, discutir matérias não alegadas ou decididas no juízo singular, sob pena de supressão de instância. 2- Conforme precedentes desta Corte e disposição legal, a realização do arresto de imóvel é admissível quando frustradas as tentativas de citação, após as diligências habituais do oficial de justiça para localização do devedor, nos moldes do art. 830 do CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. (TJGO - Agravo de Instrumento nº. 5325536-28.2020.8.09.0000, Rel. Des. Roberto Horácio de Rezende, 1ª Câmara Cível, j. em 03/05/2021, DJe de 03/05/2021)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARRESTO ON-LINE VIA SISTEMA DO BACENJUD. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. MEDIDA EXCEPCIONAL.

> ESGOTAMENTO DOS MEIOS PASSÍVEIS DE LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO. COMPROVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. O agravante não demonstrou a existência de requisito necessário à concessão da medida de arresto, qual seja, o **risco de inutilidade da medida** se realizada apenas após a citação. Precedentes do TJRS e do STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJRS - Agravo de Instrumento nº. 70083236596, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Newton Luís Medeiros Fabrício, j. 18/12/2019)

Por outro lado, é verdade que o próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem despontando com julgados no mesmo sentido da posição atual do Superior Tribunal de Justiça, o que também se observa massivamente nos Tribunais de Justiça de São Paulo e Paraná - exemplos abaixo transcritos:

> PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE EXECUÇÃO - CITAÇÃO POR CORREIO - CABIMENTO - ARRESTO EXECUTIVO - CITAÇÃO PRÉVIA DO DEVEDOR - TENTATIVAS - EXAURIMENTO - DESNECESSIDADE - PEDIDO EXPRESSO DE ARRESTO CAUTELAR - PRESCINDIBILIDADE - INSTITUTOS DISTINTOS
>
> 1 "A regra vigente permite a citação por correio na execução (art. 274 do Código de Processo Civil de 2015) e, conquanto haja divergência doutrinária, sobretudo diante do contido nos arts. 829 e 830 do Código de Processo Civil de 2015, é certo que a medida traduz maior celeridade e menores custos" (AI n. 4006645-03.2018.8.24.0000, Des. Rubens Schulz). 2 Não é necessário o exaurimento das tentativas de citação do devedor para que se possa determinar o arresto executivo on-line de recursos financeiros depositados em contas bancárias ou aplicações financeiras, bastando apenas prévia tentativa de citação (STJ, REsp n. 1.832.857, Min. Og Fernandes). 3 "O arresto executivo, apesar de preparar a garantia do juízo que será realizada pela penhora, não se confunde com o arresto cautelar, previsto no art. 301 do Novo CPC [...]. Tratando-se, portanto, de ato executivo de pré-penhora ou penhora antecipada, conclui-se que não existe qualquer exigência em se provar perigo na ineficácia do resultado do processo para a concessão do arresto executivo; basta não localizar o executado para sua citação. Justamente por isso, é acertado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em admitir o arresto executivo on-line pelo sistema Bacenjud" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 1241-1242). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5025992-34.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Cézar Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 22-09-2020).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ARRESTO LIMINAR. Arresto de bens via BacenJud sem prévia citação, devido a não localização dos devedores – Possibilidade – Inteligência do art. 830, do CPC – Desnecessidade de exaurimento das diligências visando a localização dos Executados – Precedentes desta Corte de Justiça – Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. (TJPR – Agravo de Instrumento nº. 0051014-41.2019.8.16.0000, Rel. Des. Octavio Campos Fischer, j. 06/04/2020)
>
> Agravo de instrumento – Execução de título extrajudicial – Arresto de bens de executado – Indeferimento – Pleito de reforma – Admissibilidade – Pedido realizado após diligências para a citação no endereço conhecido pela exequente – Medida de natureza executiva, e não cautelar, que visa garantir a continuidade sadia do procedimento quando o devedor não é localizado pessoalmente para responder ao feito (art. 830, do CPC) – Desnecessário o exaurimento das tentativas de localização – Decisão reformada – Recurso provido. (TJSP -Agravo de Instrumento nº. 2196114-43.2021.8.26.0000, Rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 14/09/2021)

Poder-se-ia questionar se o arresto executivo previsto no CPC tem aplicação às execuções fiscais, já que o art. 7º, III da LEF prevê disposição específica acerca do tema. Dispõe o referido artigo: "O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para: (...) arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar". Não há dúvida acerca da

natureza satisfativa (executiva) do arresto previsto na LEF, não só porque desvinculada dos requisitos do art. 301 do CPC (tutela cautelar), mas também porque o preceptivo se dirige ao Oficial de Justiça imbuído da diligência de citação e penhora.

É bem verdade que o art. 7º, III da LEF refere dois requisitos alternativos para a execução do arresto: que o executado não tenha domicílio, ou que dele tenha se ocultado. Tais requisitos, no entanto, ocultam extrema subjetividade, dada a extrema dificuldade de se aferir eventual "tentativa de ocultação", elemento subjetivo da conduta do citando que demanda exame acurado, quase sempre impossível ao Oficial de Justiça no momento da diligência

Ora, o texto do art. 7º, III da LEF não elide a natureza executiva do arresto. Além do que, o arresto executivo não consubstancia medida especial aplicável às execuções fiscais, de modo que a LEF (Lei nº. 6.830/80), mesmo sendo "lei especial", não tem o condão de afastar, no ponto, a aplicabilidade do art. 830 do CPC/15 – que é lei posterior. E mais: a tentativa de ocultação do citando já desafia consequência específica, qual seja, a citação por hora certa prevista no CPC.

Ressalvado melhor posicionamento, portanto, entende-se que a jurisprudência erigida no entorno do art. 830 do CPC/15 se aplica integralmente ao rito especial da Lei nº. 6.830/80, eis que o arresto executivo, enquanto instituto processual, é único; e sua matriz legislativa é o Código de Processo Civil.

Algumas particularidades da execução fiscal parecem acenar para uma aplicação ainda mais "natural" do arresto executivo. Passa-se a listá-las brevemente.

O devido processo legal célere é direito fundamental, alçado ao consagrado rol dos direitos fundamentais em 2004, por força da Emenda Constitucional 45. Alcança, assim, a todos os jurisdicionados, e nessa senda também se manifesta como direito subjetivo da Fazenda Pública em juízo. Mas não é só isso: dado o fim público da arrecadação de dívida ativa, bem como os objetivos político-constitucionais estritamente relacionados à receita fiscal (formulação e composição do orçamento público), sobreleva-se o status SOCIAL do papel desempenhado pelo credor/exequente fiscal. Em outras palavras: se "a todos são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (CF, art. 5º, LXXVIII), para o poder público o comando revela DIREITO e DEVER JURÍDICO, já que ao mesmo tempo: (i) a fazenda pública em juízo tem o direito subjetivo de ver suas demandas executivas processadas de forma ágil e célere, viabilizando a arrecadação eficaz da dívida ativa; e (ii) o Estado-Juiz se vê obrigado a reconhecer a especial prerrogativa do ente público, que também é *munus*, imprimindo à execução fiscal um regime de processamento não só consentâneo com a legislação processual de regência (legalidade), mas também conforme um padrão de eficiência que PRESSUPONHA a arrecadação da dívida ativa como pilar central do Estado prestacionista que (com ou sem razão) se pretendeu instituir em 1988.

A certidão de dívida ativa (CDA), que é o título executivo público extrajudicial por excelência, não só goza de uma presunção legal de certeza e liquidez (LEF, art. 3º, *caput*), como também é produzida em regime de contraditório (contencioso administrativo). Assim, quando da citação executiva, o jurisdicionado (devedor/executado) já foi previa-

mente convidado a integrar o procedimento administrativo de constituição do crédito público, participando ativamente do lançamento.

Em última análise, por vezes o lançamento fiscal é integralmente formatado pelo próprio contribuinte, a rigor das declarações de ICMS firmadas pelo sujeito passivo, e que não necessitam de nenhuma outra providência administrativa para sua perfectibilização[15]; o mesmo se dando em relação ao ITCMD, ao menos em solo catarinense.

O que se quer dizer, em síntese, é que a não localização do executado no bojo da ação de execução fiscal se dá em momento no qual o próprio contribuinte: (i) já confessou o débito, reforçando a presunção legal de certeza e liquidez do título executivo; (ii) ou, no mínimo, participou ativamente da constituição definitiva do crédito público, por via do contencioso administrativo legalmente previsto. Tal particularidade, pensa-se, reforça a ideia de que não existe qualquer subversão na prática de diferir a citação do executado, desde que o mesmo não seja encontrado em seu domicílio.

Outro ponto destacável é que o domicílio tributário do contribuinte é por si eleito (CTN, art. 127, *caput*), de modo que o endereço da pessoa natural ou jurídica é fornecido à Fazenda Pública pelo próprio sujeito passivo da exação. Não parece fazer sentido, portanto, que o cadastro do contribuinte não seja vinculante em relação a ele próprio. Ausentando-se de seu endereço "oficial" (desde que atestada tal circunstância na forma do art. 830 do CPC), o executado (que no mais das vezes já confessou o débito em declaração) atrai para si o ônus de ver diferida a citação em execução, circunstância que em nada abala o direito de ser previamente citado, na medida em que só haverá penhora propriamente dita após o regular ato citatório. O controle judicial sobre o ato continuará possível e viável, sem afronta à cláusula de amplo acesso ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

Em nenhuma hipótese, portanto, a expropriação propriamente dita ocorrerá antes do devido processo legal judicial. Eventual constrição, acaso bem sucedido o arresto eletrônico, dependerá necessariamente da citação do executado para se transformar em penhora. O devedor/executado, por seu turno, mesmo não sabendo oficialmente da existência do processo executivo, saberá necessariamente que sua conta bancária foi bloqueada, tendo condições, a partir daí, de tomar as providências cabíveis para a resolução do impasse (alegação de impenhorabilidade, pedido de redução a termo do bloqueio para oposição de embargos, pedido de imputação do valor bloqueado na CDA exequenda etc.).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante demonstrado em senda introdutória, o trâmite das execuções representa o "calcanhar de Aquiles" do Poder Judiciário. O volume de processos executivos pendentes de impulso e a preocupante taxa de congestionamento dos feitos de mesma natureza não denotam apenas a frustração ou sonegação do direito de crédito; implicam, importa dizer, a maior morosidade no julgamento de todas as demandas judiciais, num perverso efeito dominó.

A demonstração da linha de entendimento adotada por diversos tribunais locais, no sentido de exigir prévio esgotamento das tentativas de localização do devedor (para então

15. Súmula 436 do STJ: "*A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco*".

autorizar a medida de arresto executivo), acaba na prática por revogar indiretamente a disposição legislativa do art. 830 do CPC. A uma, porque não se tem definição objetiva do que significa o "exaurimento" das tentativas de citação; a duas, porque o tempo necessário ao exigido "exaurimento" permite o esvaziamento patrimonial do devedor.

A valer o art. 830 do CPC em sua plenitude, tem-se apenas a inversão de uma cristalizada lógica, privilegiando-se um dos direitos do credor em detrimento do devedor – o qual, diga-se novamente, já teve a prerrogativa de eleger o próprio domicílio; informá-lo espontaneamente ao fisco; declarar o próprio débito no montante devido; e participar, quando for o caso, do contencioso administrativo prévio ao lançamento tributário.

A própria Ministra Relatora do REsp 1.822.034/SC, em seu voto, menciona expressamente o "princípio da efetividade", e lembra que "especialmente no que concerne ao processo de execução, conforme prevê a lei, realiza-se 'no interesse do credor' (art. 797 do CPC/15)." Os argumentos eventualmente favoráveis ao exaurimento das tentativas de localização do executado (seja lá qual for a extensão desse malfadado exaurimento que se busca), ainda que bem intencionados, parecem menosprezar o efeito drástico da inadimplência na cadeia de crédito. Vale destacar, também, que na hipótese da execução fiscal o objeto da cobrança tem destino constitucionalmente traçado, porquanto o montante arrecadado pela Fazenda Pública se destina à execução de tarefas previstas na Carta Magna e na lei orçamentária, com muito pouca discricionariedade do gestor público. A ineficácia na recuperação da dívida ativa é a falência do Estado Social (sem entrar no mérito, repito, acerca do acerto ou desacerto dessa escolha política), sem que se possa distinguir uma coisa da outra.

De todo o exposto, infere-se que o caminho até a execução é pavimentado pelos direitos e garantias do devedor. O que se sugere, com o arresto executivo, é que numa das curvas anteriores à reta final se possa antecipar a apreensão patrimonial de bens do devedor (sem permitir que a expropriação se efetive antes da regular citação), e apenas quando o executado não for encontrado no endereço que indicou espontaneamente ao fisco.

REFERÊNCIAS

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

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**.11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

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

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). "Justiça em números 2021". Disponível em < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. **Lei de Execuções Fiscais**: LEF. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 03/10/2021.

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

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº. 6.204/2019. Ementa: Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis nª a nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, a nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000, e a nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971. Acesso em 03/10/2021.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

PORTO, Éderson Garin. **Manual da Execução Fiscal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

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

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

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

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

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

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

A UTILIZAÇÃO DO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO DO JUDICIÁRIO -NAT-JUS NACIONAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA:

UM INSTRUMENTO PARA ASSEGURAR A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE QUALIFICADO E NA GESTÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS

Christianne Martins Jatene Gross[1]
Leandro Leri Gross[2]

Submetido em: 28/09/2021
Aceito em: 26/10/2021

RESUMO
O presente artigo analisa a judicialização da saúde como fenômeno jurídico e social, decorrente da amplitude conceitual e interpretativa do artigo 196[3] da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da evolução tecnológica da indústria farmacêutica, de prótese e órtese. Atento ao fenômeno, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ institui o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NATJUS por meio da Resolução n° 238/2016, com a finalidade de subsidiar os Magistrados nas decisões em temas de saúde, mediante a disponibilização de estudos técnicos, baseados em evidências científicas e elaborado por especialistas da ciência da saúde. Com o lançamento da plataforma digital e-NATJUS pelo CNJ, os Magistrados passaram a dispor de banco de dados nacional sobre o tema. Com o escopo de aprimorar o acesso à informação qualificada em saúde pública, o CNJ e o Ministério de Saúde firmaram o termo de cooperação, lançando o NAT-JUS NACIONAL, com a finalidade de oferecer suporte técnico em tutelas de urgência. O Estado de Santa Catarina se destaca com maior volume de utilização do sistema NAT-JUS NACIONAL, o que representa a garantia de acesso qualificado ao direito fundamental à saúde e a correta utilização dos recursos públicos na gestão da saúde.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consignando no artigo 196 que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, a sociedade passou a experimentar a possibilidade de acesso aos medicamentos lançados pelas indústrias farmacêuticas e às novas tecnologias em órteses e próteses, sob o enfoque de se tratar de direito fundamental. Por decorrência, o Poder Judiciário identificou a elevação

1. Advogada. Enfermeira. Mestranda em direito pela Estácio de Sá (UNESA). Especialista em administração em saúde pela PUC/PR. Especialista em auditoria e mecanismos de regulação em saúde pela Universidade Gama Filho. Especialista em gestão integrada da qualidade em saúde pela Fundação Educacional Lucas Machado.

2. Juiz de Direito do Estado do Acre. Mestrando em direito pela Estácio de Sá (UNESA). Especialista em direitos humanos e Sociedade pela Faculdade Barão do Rio Branco. Especialista em direito eleitoral pela Faculdade Barão do Rio Branco. MBA em administração do Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Gestão Financeira no Setor Público pela Uninter.

3. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

exponencial das ações judiciais relacionadas à assistência à saúde, gerando o fenômeno da judicialização da saúde.

O Supremo Tribunal Federal – STF, atento ao movimento da judicialização da saúde, promoveu a audiência pública n° 4, visando coletar informações técnicas de pesquisadores e profissionais com conhecimento em matéria do Sistema Único de Saúde.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão administrativo com competência para expedir atos regulamentares ao Poder Judiciário, nos termos do artigo 103-B da Constituição da República de 1988, instituiu o grupo de trabalho para a elaboração de estudos e medidas que garantissem eficiência nas demandas judiciais que envolvessem a assistência à Saúde.

No ano de 2016, o CNJ lança os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NATJUS através da Resolução n° 238, de 06 de setembro de 2016. O projeto passou por evoluções e refinamentos técnicos, avançando ao lançamento da plataforma e-NatJus, ferramenta que permite aos Magistrados o acesso ao acervo nacional de pareceres e notas técnicas em assuntos de medicamentos, tratamentos e procedimentos, temas recorrentes no âmbito da judicialização da saúde.

E, nesse contexto, o CNJ, no ano de 2018, firma o termo de cooperação com o Ministério da Saúde, tendo por escopo proporcionar suporte técnico na avaliação das demandas judiciais que contenham pedidos de tutelas antecipadas relacionadas com a saúde pública, momento em que se institui o NAT-JUS NACIONAL.

É importante ressaltar que, no ano de 2020, o Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina e a Justiça Federal, através da respectiva Seção Judiciária, acionaram NAT-JUS NACIONAL[4] em 1.525 ocasiões, o que representa o maior percentual de utilização do sistema, situação favorável a contribuir para a entrega qualificada da prestação jurisdicional do direito à saúde e para a correta utilização dos recursos públicos na gestão da saúde.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A saúde, prevista como um direito de todos e dever do Estado, nos termos do art. 196 da Constituição, promoveu uma grande expectativa ao cidadão para ter acesso aos lançamentos de medicamentos efetuados pela indústria farmacêutica, bem como às novas tecnologias em órteses e prótese. As expectativas dos cidadãos se converteram em preocupação para os gestores públicos quanto ao orçamento necessário para o custeio da saúde pública. Era previsto que o desenvolvimento exponencial da indústria farmacêutica promoveria a elevação dos custos da gestão em saúde pública.

A Fundação Instituto de Administração – FIA publicou a matéria "Industria farmacêutica: características, setores e mercado de trabalho"[5], relatando que, pelos dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), no ano de 2017, o segmento movimentou a quantia de R$ 69,5 bilhões. A informação demonstra que a movimentação financeira do segmento também afetaria a gestão da saúde pública.

4. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **NAT-JUS Nacional**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude-3/nat-jus-nacional/. Acesso em:19 set.21.

5. Fundação Instituto de Administração. **Indústria farmacêutica:** características, setores e mercado de trabalho. Disponível em: https://fia.com.br/blog/industria-farmaceutica/. Acesso em: 25 set. 21.

Sob o título "Judicialização e Sociedade. Ações para acesso à saúde pública de qualidade"[6], o CNJ discorre sobre o direito à saúde como universal e integrativo, mas ao mesmo tempo compreende que, apesar de inserido no rol de direitos fundamentais, ainda se tem distância em sua execução. Para o CNJ, a preocupação sobre a judicialização da saúde transcende quanto ao número crescente de processos, pois também existem implicações orçamentárias e financeiras que não podem ser refutadas:

> Assim, a preocupação que a judicialização da saúde tem causado nos gestores dos distintos poderes não está ligada ao fato de um direito legítimo ser judicializado, mas com o ônus de tal fenômeno na própria estrutura judicial e, além disso, nos custos para a máquina administrativa dos executivos nacionais e subnacionais.
> Os olhos dos administradores e dos coordenadores do poder Judiciário tem se voltado para a questão em decorrência do aumento exponencial de demandas recebidas por parte do Judiciário e seu alto custo envolvido, não apenas na condução dos processos judiciais, mas também no cumprimento de decisões que, por vezes, não estão previstas em orçamento por parte dos gestores do Executivo. (...)
> A discussão não se dá na prestação ou não do direito à saúde, pois, nesse sentido, não há como contestar um direito amplamente amparado na constituição que está descrito no art. 196 da CF/88. Não há dúvida de que é uma obrigação estatal a prestação dos serviços necessários à manutenção do direito à saúde. Contudo, é importante buscar meios para que este direito seja garantido sem que se ponha em risco qualquer forma de organização do executivo. (CNJ, 2021. p. 21)

Pelo viés analítico das demandas em matéria de saúde, compreende-se o impacto processual no âmbito do Poder Judiciário e as consequências orçamentárias e financeiras que serão suportadas pelo Poder Executivo. Pelo painel da Justiça em Números de 2020, conforme consignado pelo CNJ na publicação "Judicialização e Sociedade. Ações para acesso à saúde pública de qualidade"[7], tem-se a visão sistêmica do aumento exponencial das demandas na área da saúde:

Tabela 2 - Número de casos novos ingressados por Tribunais de Justiça entre 2015 e 2020[a]

Tribunal	2015	2016	2017	2018	2019	2020
TJAC	279	381	10.403	1.117	1.649	155
TJAL	2.613	4.506	4.788	8.515	6.592	2.369
TJAM	2.261	492	1.187	573	571	249
TJAP	736	1.111	859	640	928	81
TJBA	14.803	17.074	26.031	26.498	26.072	19.376
TJCE	4.157	4.633	5.586	10.333	1.990	7.672
TJDFT	3.869	5.812	9.466	8.259	8.995	7.970
TJES	8.981	11.394	9.443	11.963	14.070	6.430
TJGO	1.054	1.135	2.274	5.292	4.913	5.153
TJMA	2.147	2.767	3.282	ND	4.629	5.822
TJMG	29.927	85.011	42.416	36.783	46.809	203.177
TJMS	3.184	6.237	6.156	11.142	8.546	7.738
TJMT	3.876	5.327	3.833	4.615	53.102	26.144
TJPA	1.141	1.034	1.565	1.462	5.002	1.842
TJPB	3.060	3.644	4.802	4.223	5.097	4.552
TJPE	9.466	11.459	9.413	5.871	8.927	6.152
TJPI	625	845	2.993	2.307	2.494	2.167
TJPR	9.736	9.129	8.789	2.458	11.034	8.938
TJRJ	35.492	26.612	34.123	37.564	40.689	31.305
TJRO	ND	3.444	2.476	4.425	3.632	1.225
TJRN	2.929	3.524	4.608	4.705	4.873	4.406
TJRS	42.593	42.593	50.218	54.406	51.441	46.467
TJRR	115	38	49	65	29	330
TJSC	19.986	16.742	14.787	15.965	22.507	10.648
TJSE	1.352	2.505	3.717	3.250	2.535	998
TJSP	116.209	50.689	102.280	60.982	86.593	72.087
TJTO	1.804	2.309	1.894	2.984	3.914	2.970
Total	**322.395**	**320.447**	**367.438**	**326.397**	**427.633**	**486.423**

Fonte: Painel do Justiça em Números, 2020

6. BRASIL Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e saúde:** ações para acesso à saúde pública de qualidade / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021, p. 09

7. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade** / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021, p. 09.

Com base neste contexto, era indispensável que o CNJ, na qualidade de órgão administrativo com competência para expedir atos regulamentares ao Poder Judiciário, promovesse a interlocução com o Ministério da Saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, os órgãos técnicos e a sociedade com o objetivo de formulação de estratégia ao enfrentamento deste fenômeno social.

A estratégia adotada resultou na criação do NAT-JUS, tendo por finalidade a disponibilização de nota técnica e parecer técnico-científico aos Magistrados para embasar de forma qualitativa as decisões relacionadas aos medicamentos e tratamentos. Esclarece o CNJ[8] que o NAT-JUS apresenta o desafio da adesão dos Magistrados aos pareceres técnicos-científicos e às notas técnicas sobre o tema:

> **Desafio:** ganhar a adesão e a confiança dos magistrados e atender a contento as demandas em termos de conteúdo e tempo, estabelecendo uma ferramenta útil e confiável para sistematizar as Notas Técnicas e Pareceres Técnicos-Científicos.

O fenômeno da judicialização da saúde se agrava anualmente, conforme demonstrado no estudo publicado pelo CNJ, sendo necessária a contínua evolução estratégica na superação desse problema.

3 IMPLANTAÇÃO E EVOLUÇÃO DO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO DO JUDICIÁRIO – NAT-JUS

O Supremo Tribunal Federal, por deliberação do Ministro Gilmar Mendes, convocou audiência pública para debater o fenômeno da judicialização do direito à saúde, sendo designadas algumas datas para os meses de abril e maio de 2009.

No despacho[9] de convocação de audiência pública de 05 de março de 2009, observa-se que a finalidade era obter o depoimento de pessoas com experiências no Sistema Único de Saúde, visando esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas sobre as ações de prestação de saúde, conforme se verifica:

> 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
> 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
> 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
> 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
> 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS;
> 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

O CNJ, no ano de 2019, com base nos resultados obtidos pelo STF na audiência pública nº 04, publica a Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009[10], criando o grupo de trabalho

8. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema e-NatJus**. Disponível em: Sistema e-NatJus - Portal CNJ. Acesso em: 21 set 21.

9. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública n. 4 de 05 de março de 2009**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em: 18 set 21.

10. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/695. Acesso em: 18 set 21.

para o estudo e apresentação de proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo à assistência à saúde.

O grupo de trabalho foi formado por Juízes com competência em matéria de Fazenda Pública, Juízes Federais e especialistas sanitários. Com a reunião das informações, o CNJ publicou a Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010[11], instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e a resolução das demandas em assistência à saúde.

Ao longo dos anos, vários debates e estudos foram promovidos, mas o problema da judicialização da saúde continuava latente na sociedade e no mundo jurídico. Sob o enfoque da identificação do problema, o CNJ publica a Resolução nº 238, de 06 de setembro de 2016[12], dispondo sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, além da especialização de Vara em Comarcas com mais de uma Vara de Fazenda Pública.

Os Comitês Estaduais da Saúde tiveram a atribuição, conforme artigo 1°, § 1°, da Resolução mencionada, de auxiliar os Tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário – NAT-JUS. Posteriormente, a Resolução n° 388, de 13 de abril de 2021[13] promoveu a reestruturação dos Comitês Estaduais de Saúde, fixados pela Resolução n° 238/2016.

A reestruturação realizada pelo CNJ através da Resolução n° 388/2021 manteve a atribuição do Comitê Estadual da Saúde de auxiliar os Tribunais na criação Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário – NAT-JUS, que deverão ser constituídos por profissionais da saúde, responsáveis pela elaboração de notas técnicas baseadas em evidências científicas de eficácia, acurácia, efetividade e segurança. O ato de restruturação também vinculou os Tribunais, atribuindo a responsabilidade de designar um servidor para alimentar a plataforma e-NatJus com as notas técnicas produzidas pelos NAT-JUS locais, conforme artigo 11, inciso I da Resolução em pauta.

O termo de cooperação técnica n° 21/2016[14], celebrado entre o CNJ e o Ministério da Saúde, com o objetivo de proporcionar aos Tribunais de Justiça e Regionais Federais subsídios técnicos na tomada de decisão, mediante evidências científicas nas ações relacionadas a saúde, lançou a obrigação do CNJ de abrigar e disponibilizar banco de dados que pudessem consolidar as notas técnicas e pareceres técnicos-científicos, permitindo a consulta de forma nacional, conforme se verifica na cláusula quarta do termo em referência.

A Corregedoria Nacional de Justiça através do Provimento n° 84, de 14 de agosto de 2019[15], que dispõe sobre o uso e o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas – e-NatJus, registra o marco temporal do funcionamento do sistema, consignando que o e-NatJus foi lançado em novembro de 2017 e implementado somente em dezembro de 2018.

11. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n 107, de 06 de abril de 2010**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173. Acesso em: 18 set. 21.

12. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n 238, de 06 de setembro de 2021**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339. Acesso em: 19 set 21.

13. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 388, de 13 de abril de 2021**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3868. Acesso em: 19 set 21.

14. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça e Ministério da Saúde. **Termo de cooperação técnica n° 21/2016**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/08/a8fe4a9dd6b5586d04ad3b5f61b13819.pdf . Acesso em: 19 set 21.

15. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Portaria n° 84, de 14 de agosto de 2019**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2987. Acesso em: 19 set. 21.

Convém notar que a partir do Provimento n° 84, de 14 de agosto de 2019, da Corregedoria Nacional de Justiça, os Magistrados passaram a dispor do NAT-JUS NACIONAL, outra ferramenta de orientação em demandas judiciais com objeto em saúde pública. Por sua vez, o sistema do e-NatJus ficou hospedado no sítio eletrônico do CNJ e aos Tribunais foi atribuída a responsabilidade de alimentar o sistema, caso já tivessem implantado o NAT-JUS local.

É importante registrar a existência de outras parcerias do CNJ sobre o tema, a exemplo da REDE NATJUS, uma iniciativa do Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital Sírio-Libanês (HSL), tendo por escopo "disseminar informações relevantes para o processo de apoio ao judiciário na tomada de decisão em saúde, além de ser uma fonte para a busca de notícias atuais sobre o tema"[16].

4 NAT-JUS NACIONAL E SUA UTILIZAÇÃO NO ESTADO DE SANTA CATARINA

O CNJ e o Ministério da Saúde celebraram o termo de cooperação técnica n° 51/2018, tendo por escopo proporcionar suporte técnico sob a perspectiva da ciência da saúde nas demandas judiciais que contenham pedido de tutela antecipada.

No Provimento nº 84/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça, especificamente no § 4º do art. 1º, compreende-se que o NAT-JUS NACIONAL tem por finalidade precípua o seu acionamento nas ações judiciais que contenham pedido de tutela antecipada em matéria de saúde pública:

> Art. 1º (...)
>
> 4º Nas demandas com pedido de tutela antecipada sob a alegação de urgência, conforme previsto no Termo de Cooperação Técnica nº 051/2018, celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, o Magistrado, quando tiver a necessidade de apoio técnico do NAT-JUS NACIONAL, ainda que o Tribunal disponha de sistema próprio, e neste caso, determinará por decisão, a solicitação de nota técnica diretamente por meio do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnica (e-NatJus).

O Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, conforme registrado na página eletrônica do Conselho Executivo Estadual do Fórum Nacional de Saúde[17], esclarece que o NAT-JUS NACIONAL não atende a saúde suplementar, ficando restrito à saúde pública.

No que diz respeito à competência do CNJ em elaborar relatório estatístico sobre processos, conforme previsto no artigo 103-B, § 4º, inciso VI da Constituição da República de 1988[18], os dados apontam que, no âmbito do Estado de Santa Catarina, a Justiça Estadual e a Justiça Federal foram responsáveis pelo maior índice de acionamento do NAT-JUS NACIONAL. As informações estão disponíveis na página eletrônica do CNJ[19] e atualizadas no mês novembro de 2020:

16. Rede NAT-JUS. Disponível em: https://redenatjus.org.br/quem-somos/. Acesso em: 21 set 21.

17. BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Conselho Executivo Estadual do Fórum Nacional de Saúde. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/comite-executivo-estadual-do-forum-nacional-da-saude. Acesso em: 20 set. 21.

18. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 21.

19. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. NATJUS NACIONAL. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude-3/nat-jus-nacional/. Acesso em: 26 set. 21.

	Medicamento	Procedimento	Produto	Total Geral
AC	32	101	14	147
AL	21	8	4	33
AM	9	3	2	14
AP	2	3	-	5
BA	611	395	101	1107
CE	66	-	2	68
DF	1	2	-	3
ES	25	13	1	39
GO	3	2	-	5
MA	28	12	1	41
MG	418	104	29	551
MS	50	124	9	183
MT	-	-	-	-
PA	2	-	-	2
PB	47	14	9	70
PE	18	6	2	26
PI	3	1	-	4
PR	587	40	33	660
RJ	5	3	2	10
RN	66	71	7	144
RO	11	5	1	17
RR	2	-	-	2
RS	447	56	23	526
SC	1382	83	60	1525
SE	7	6	-	13
SP	58	39	9	106
TO	-	1	-	1
Total Geral	3901	1092	309	5302

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Como se verifica, o NATJUD–NACIONAL foi utilizado pela Justiça Estadual e pela Justiça Federal em 1.525 ocasiões, o que revela alto interesse dos Magistrados pela qualificação das decisões em matéria de saúde.

No âmbito da competência da Justiça Estadual, a Procuradoria do Estado de Santa Catarina e as Procuradorias Municipais passaram a dispor de documentos técnicos, baseados em evidências científicas, para estruturar as contestações e as razões de apelações, pois, além do caso concreto, quando acionado o NAT-JUD NACIONAL, existem milhares de pareceres e notas técnicas disponíveis para a consulta pública no sistema e-NatJus[20]. São instrumentos técnicos que corroboram para o aprimoramento da prestação jurisdicional, permitindo que os recursos públicos em matéria de saúde não sejam utilizados em medicamentos e tratamentos experimentais e sem qualquer comprovação de efetividade para o caso concreto.

É importante registrar que o sistema NAT-JUD NACIONAL é considerado como um serviço consultivo ao Magistrado e a sua não utilização, conforme entendimento do STF, na decisão de relatoria do Ministro Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 1310027/TO[21], julgado em 30/03/2021, não autoriza a nulidade da sentença, quando devidamente motivado. O mesmo entendimento é encontrado no Recurso Extraordinário 1306272/TO[22].

20. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. E-Nat-Jus. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/e-natjus/pesquisaPublica.php. Acesso em: 26 set. 21.

21. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 1310027/TO**. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1184642/false. Acesso em: 22 set. 21.

22. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 1306272/TO**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1178455/false. Acesso em: 22 set 21.

Embora se atribua o caráter consultivo ao NATJUD, fica evidente que o Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina e a Seção Judiciária de Santa Catarina priorizam a consulta direcionada ao NAT-JUD NACIONAL, conforme ficou registrado pelo CNJ.

Nesse sentido, convém destacar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível[23] 0307904-35.2015.8.24.0064, relatoria do Desembargador Hélio do Valle Pereira, apreciou o pedido que pleiteava a concessão de medicamento de uso experimental, conhecido no idioma inglês como *off label*. Do voto, destaca-se:

> Seguindo o raciocínio, o Poder Público não é garantidor universal, tampouco deve ser compelido a financiar tratamento que nem sequer é reconhecido pelo NATS (criado pelo Ministério da Saúde) e pela ANVISA.
> A propósito, a Lei 8.080/90 diz que "São vedados em todas as esferas do SUS o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA" (Art. 19-T, inc. I).
> Se a regra não é inconstitucional, e nada indica que seja, deve ser seguida. Por extensão, como administrativamente é vedado tal pagamento, judicialmente a proibição não pode ser contornada.
> O autor, então, propôs demanda que objetivamente não se justifica. Foi ele quem deu causa à ação, respondendo pelos custos do processo.

No caso supracitado, o Desembargador Hélio do Valle Pereira destacou a importância do reconhecimento do NAT-JUD NACIONAL, devido a referência ao serviço criado pelo Ministério da Saúde, justificando que o medicamento experimental não era reconhecido pelo NAT-JUS NACIONAL e nem pela ANVISA.

Sobre a importância da evidência científica em matéria de saúde é possível destacar outra decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Cível[24] nº 0006208-80.2013.8.24.0040, relatoria do Desembargador Jorge Luiz de Borba, julgado em 09 de abril de 2021, figurando o Estado de Santa Catarina como apelante:

> Apelação / Remessa Necessária Nº 0006208-80.2013.8.24.0040/SC
> RELATOR: Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
> APELANTE: ESTADO DE SANTA CATARINA
> APELADO: OTILIA DO CARMO MARTINS ADRIANO
>
> EMENTA:
> AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PACIENTE PORTADORA DE HIPERTENSÃO ARTERIAL (CID 10 I10) E DOENÇA CEREBROVASCULAR (CID 10 I67.9). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO ESTADO. PRESCRIÇÃO DE TRATAMENTO COM OS FÁRMACOS VICOG (VIMPOCETINA) 5MG, CILOSTAZOL 50MG E BENERVA, (CLORIDRATO DE TIAMINA) 300MG. AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIA CIENTÍFICA PARA A UTILIZAÇÃO DO VICOG ATESTADA PELA PERÍCIA. REQUISITOS ESTABELECIDOS NA TESE JURÍDICA FIRMADA NO IRDR (TEMA 1) PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA CORTE NÃO PREENCHIDOS QUANTO A ESSE REMÉDIO ESPECÍFICO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA (ART. 496, § 3º, II, DO CPC/2015).
> ACÓRDÃO
>
> Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para afastar a condenação do

23. BRASIL. Poder Judiciário de Santa Catarina. **Apelação cível 0307904-35.2015.8.24.0064**. Relator Desembargador Hélio do Valle Pereira. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 22 set. 21.

24. BRASIL. Poder Judiciário de Santa Catarina. **Apelação /Remessa necessária 0006208-80.2013.8.24.0040**. Relator Desembargador Jorge Luiz de Borba. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 22 set 21

> Estado ao fornecimento do medicamento Vicog, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
>
> Florianópolis, 09 de março de 2021.
>
> JORGE LUIZ DE BORBA,
> Desembargador

Convém destacar que, na Apelação Cível proposta pelo Estado de Santa Catarina, a evidência científica recebeu a devida valoração, o que demonstra a ampla preocupação pelo correto emprego de recursos públicos na gestão da saúde. Do voto, destaca-se o trecho:

> [...] deflagrou "ação ordinária com tutela antecipada" em face do Estado de Santa Catarina aduzindo ser portadora de Hipertensão Arterial (CID 10 I10) e Doença Cerebrovascular (CID 10 I67.9) e necessitar dos medicamentos Vicog (Vimpocetina) 5mg, Cilostazol 50mg e Benerva, (Cloridrato de Tiamina) 300mg para o tratamento da doença, além de fraldas geriátricas. Referiu que não tem condições de adquirir as medicações e que a Constituição Federal, ao prever o direito à saúde, assegurou o fornecimento gratuito daquelas pelo Estado.
> O ente estatal pugna a reforma da sentença para afastar a sua obrigação de fornecer à demandante o fármaco Vicog.
> O pedido merece acolhimento.
> Isso porque o laudo pericial é conclusivo no sentido de que "O medicamento Vicog (vimpocetina) 5mg não tem evidência científica para seu uso no caso em tela, portanto, dispensável no tratamento da pericianda conforme a literatura médica baseada em evidências" (Evento 93, LAUDO/87).
> Sabe-se que o fato de o medicamento postulado não estar padronizado nos programas oficiais não exime o ente público de fornecê-lo. Todavia, a excepcionalidade e a impossibilidade de substituição devem ser amplamente demonstradas, o que não aconteceu no caso em apreço.

O Desembargador Jorge Luiz de Borba enfatiza a importância da evidência científica para reformar a sentença de 1º grau. Trata-se de fundamento relevante para demonstrar que a prestação jurisdicional se encontra qualificada e, ao mesmo tempo, para assegurar que os recursos públicos sejam empregados de forma eficiente.

A utilização do NAT-JUS NACIONAL e a busca pela evidência científica não se limitam aos argumentos propostos nas questões recursais. Para melhor compreensão e análise, após pesquisa realizada na página eletrônica do CNJ, especificamente no sistema e-Natjus, área pública, constata-se que o NAT-JUS NACIONAL foi utilizado em diversas Comarcas do Poder Judiciário de Santa Catarina. Para o presente estudo, destacam-se duas notas técnicas solicitadas pelo Juízo da Comarca de Correia Pinto/SC:

> **NOTA TÉCNICA** 44220[25]
>
> Data da conclusão: 26/08/2021
> **Cidade**: Correia Pinto/SC
> **Vara/Serventia**: Vara Única da Comarca de Correia Pinto
> Tecnologia 44220
> **CID**: G40 - Epilepsia
> **Diagnóstico**: Epilepsia
> **Meio(s) confirmatório(s) do diagnóstico já realizado(s)**: relatório médico
> Descrição da Tecnologia
> **Registro na ANVISA?** Sim

25. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. E-NatJus. **Nota técnica 44220**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/e-natjus/notaTecnica-dados.php?output=pdf&token=nt:44220:1632447363:6e0e3fee38ededb37e0845334a97e2a7c2de279f3bbee8173b7692342e52f4e2. Acesso em: 23 set 21.

Situação do registro: Válido
Nome comercial: -
Princípio Ativo: Oxcarbazepina
Via de administração: VO
Posologia: Padrão Uso contínuo? –
Duração do tratamento: dia(s)
Indicação em conformidade com a aprovada no registro? Sim
Previsto em Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Min. da Saúde para a situação clínica do demandante? Não
O medicamento está inserido no SUS? Não Oncológico? Não
(...)

Evidências e resultados esperados
Tecnologia: Oxcarbazepina
Evidências sobre a eficácia e segurança da tecnologia: A epilepsia é doença caracterizada pela ocorrência não provocada de crises epilépticas, que são picos de atividade elétrica desorganizada em sistema nervoso central que podem levar a convulsões, entre outros sintomas. O tratamento envolve o uso de anticonvulsivantes, com amplas opções disponíveis no SUS.
Benefício/efeito/resultado esperado da tecnologia: Ver acima. **Recomendações da CONITEC para a situação clínica do demandante**: Não Recomendada
Conclusão
Tecnologia: Oxcarbazepina
Conclusão Justificada: Não favorável
Conclusão: CONSIDERANDO o diagnóstico de epilepsia, conforme dados clínicos acostados ao processo.
CONSIDERANDO que a protocolo clínico do Ministério da Saúde contemplando múltiplas opções terapêuticas para epilepsia, e contrária à incorporação da oxcarbazepina por insuficiência de evidência de superioridade sobre outras drogas disponíveis.
CONSIDERANDO ausência de menção a tratamentos anteriores ou justificativa válida para a escolha do medicamento não padronizado. CONCLUI-SE que não há elementos técnicos para sustentar a indicação de oxcarbazepina no presente caso. Ademais, não há elementos técnicos para considerar esta demanda uma urgência médica.
Há evidências científicas? Sim
Justifica-se a alegação de urgência, conforme definição de Urgência e Emergência do CFM? Não
Referências bibliográficas: BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (CONITEC). Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Epilepsia. PORTARIA CONJUNTA No 17, DE 21 DE JUNHO DE 2018 . Disponível em http://conitec.gov.br **NatJus Responsável**: NatJus Nacional
Instituição Responsável: Hospital Israelita Albert Einstein
Nota técnica elaborada com apoio de tutoria? Não

A fundamentação contida na nota técnica aponta que o medicamento Oxcarbazepina não apresentava elementos técnicos para o caso e que não se justificava a urgência alegada. A conclusão técnica descreve que existiam outros medicamentos disponibilizados pelo Ministério da Saúde e não havia superioridade técnica da droga solicitada. Na hipótese de procedência do pedido, o Poder Executivo estaria dispendendo recursos financeiros de forma desnecessária, já que havia outro medicamento disponibilizado para a enfermidade e devidamente inserido no sistema público.

A nota técnica 44697, diferentemente da nota anteriormente analisada, demonstra que o medicamento requerido possui elementos técnicos para a recomendação e que justificava a urgência alegada pela parte requerente. Observe:

NOTA TÉCNICA 44697 [26]
Data de conclusão: 30/08/2021 16:10:04
(...)
Cidade: Correia Pinto/SC
Vara/Serventia: Vara Única da Comarca de Correia Pinto
Tecnologia 44697
CID: K52.2 - Gastroenterite e colite alérgicas ou ligadas à dieta **Diagnóstico**: Alergia a Leite de Vaca
Meio(s) confirmatório(s) do diagnóstico já realizado(s): Relatório médico anexado ao processo
Descrição da Tecnologia
Tipo da Tecnologia: Produto
Registro na ANVISA? Sim
Situação do registro: Válido
Descrição: Novamil Rice
O produto está inserido no SUS? Não
Conclusão
Tecnologia: Novamil Rice
Conclusão Justificada: Favorável
Conclusão: CONSIDERANDO o diagnóstico de ALERGIA À PROTEÍNA DO LEITE DE VACA, conforme dados constantes do processo.
CONSIDERANDO a ampla evidência de benefício das fórmulas à base de proteínas extensamente hidrolisadas para a situação acima, corroborada por parecer favorável da CONITEC para incorporação ao SUS emitido em novembro de 2018.
CONCLUI-SE que HÁ ELEMENTOS técnicos presentes nos autos para sustentar a indicação específica de Novamil Rice, fórmula nutricional à base de aminoácidos livres, ou outra marca que seja disponibilizada pelo SUS no caso em análise na presente situação.
DEVE-SE RESSALTAR que há razões técnicas para considerar a resolução da demanda uma urgência médica pois a falta do alimento pode levar a prejuízo de crescimento e desenvolvimento em fases mais precoces da vida.
Há evidências científicas? Sim
Justifica-se a alegação de urgência, conforme definição de Urgência e Emergência do CFM? Sim
Justificativa: Com risco potencial de vida **NatJus Responsável**: Natjus Nacional
Instituição Responsável: Hospital Israelita Albert Einstein

Sob o viés de uma autêntica garantia do próprio direito à vida, conforme defende Maurício Caldas Lopes, o direito à saúde, quando judicializado, deve ser apreciado com base e evidência científica. A decisão judicial não deve ser um instrumento para conceder medicamentos ou tratamentos que se mostrem experimentais e não recomendados para o caso.

O sistema NAT-JUS NACIONAL, embora considerado uma ferramenta consultiva, representa um instrumento importante para o embasamento de decisão judicial qualificada em matéria de saúde pública, garantindo que o cidadão tenha acesso ao medicamento quando houver evidência científica e, ao mesmo tempo, para refutar pretensão processual sem embasamento científico que, além da possiblidade de agravar a saúde, também ocasionará o mau uso de recursos públicos.

26. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. E-NatJus. **Nota técnica 44697**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/e-natjus/notaTecnica-dados.php?output=pdf&token=nt:44697:1632447361:58b889137a8816550ede030bf428f690aea3069c146ff425a85a2d676546379f. Acesso em: 23 set 21.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da saúde continua em ascensão, conforme dados estatísticos apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça na publicação "Judicialização e Sociedade. Ações para acesso à saúde pública de qualidade"[27].

O NAT-JUD NACIONAL é uma ferramenta relevante para garantir que a prestação jurisdicional ocorra de forma qualificada, baseada em evidência científica. A utilização do NAT-JUD NACIONAL pela Justiça Estadual e pela Seção Judiciária de Santa Catarina demonstra o rigor técnico empreendido nas decisões judiciais, garantindo ao cidadão a correta assistência à saúde.

As notas técnicas apresentadas nas ações judiciais propostas na Comarca de Correia Pinto/SC comprovam o fundamento científico baseado em literatura nacional e internacional sobre o tema abordado. Ao mesmo tempo, as apelações cíveis que tramitaram no Tribunal de Justiça de Santa Catarina são fontes inspiradoras pelo uso da evidência científica na prestação jurisdicional.

É incontroverso que o recurso público empregado na assistência à saúde deverá assegurar o atendimento efetivo ao cidadão, pois se trata de direito fundamental. Por sua vez, a judicialização da saúde embasada em abuso ou má utilização do direito fundamental à saúde tem a possibilidade de expor o cidadão ao uso de medicamentos nocivos ou inócuos, além de causar prejuízo na gestão dos recursos públicos.

A judicialização da saúde precisa ser analisada de forma técnica e com evidência científica. Não há espaço para teste ou uso experimental de medicamento e o Poder Judiciário precisa estar preparado para o enfretamento deste fenômeno social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 set 21.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n 238 de 06 de setembro de 2016**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339. Acesso em: 19 set.21.

CHRISTENSES, Cleyton M. **Inovação na gestão da saúde**: Clayton M, Christensen, Jerome H Grossman, Jason Hwang; tradução André de Gpdoy Vieira, Mariana Belloli, Ronaldo Costa. Porto Alegre: Bookman, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e saúde:** ações para acesso à saúde pública de qualidade / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021.

LIMA, Francisco José de Freita. **Gestão de saúde baseada em evidências** / Francisco José de Freitas Lima, Moacyr Nobre, Wanderley Bernardo – Rio de Janeiro: Unimed do Estado do Rio de Janeiro: Federação Estadual das Cooperativas Médicas, 2011

LOPES, Maurício Caldas. **Judicialização da Saúde.** Maurício Caldas Lopes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MENDES, Eugênio Vilaça. **Uma agenda para a saúde.** Eugênio Vilaça Mendes. São Paulo: Editora Hucitec, 1996.

27. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização e saúde:** ações para acesso à saúde pública de qualidade / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2021, pg. 09

PAIVA, Alessandro & Cardoso, Nayara. **Gestão Estratégica e Ferramentas de Qualidade em Saúde** / Alessandro Paiva & Nara Cardoso – Rio de Janeiro: Editora DOC, 2012.

PORTER, Michael E. **Repensando a saúde:** estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos / Michael E. Porter, Elizabeth Olmsted Teisberg: tradução de Cristina Bazan. – Porto Alegre: Bookman, 2007.

MEDIDAS ESTRUTURAIS E LIMITES DA COISA JULGADA

Demétrio Demeval Trigueiro do Vale Neto[1]
Bruno Carneiro da Cunha Almeida[2]

Submetido em: 28/09/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
O presente artigo tem por objetivo o estudo metodologicamente adequado das medidas estruturais no direito brasileiro, a partir da distinção entre controle direto e indireto de políticas públicas, situando o papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o estudo analisa os limites objetivos e temporais da coisa julgada em demandas coletivas complexas que envolvam litígios de interesse público, considerando a tutela jurisdicional voltada ao futuro e a fluidez das políticas públicas, características inerentes às medidas estruturais.

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre medidas estruturais no direito brasileiro tem avançado recentemente, sobretudo diante do reconhecimento da jurisdição como função proativa na concretização dos direitos fundamentais.

A experiência brasileira apresenta inúmeros exemplos de processos judiciais complexos que têm por consequência a realização de reformas estruturais em determinado ente ou instituição, especialmente no âmbito do controle jurisdicional de políticas públicas.

A partir desse cenário, o presente artigo se propõe a analisar um aspecto específico das decisões estruturais: os limites objetivos e temporais da coisa julgada decorrente daquelas decisões.

Tal questão merece tratamento peculiar no âmbito das medidas estruturais em razão de duas características marcantes desses processos: a tutela jurisdicional voltada para o futuro e o diálogo com a fluidez das políticas públicas.

Diante dessas características, surge o problema em saber quais os limites objetivos da coisa julgada oriunda das decisões estruturais, especialmente para se averiguar a compatibilidade das medidas estruturantes adotadas na fase de cumprimento da sentença com o objeto da *res iudicata*, bem como os limites da executividade do julgado.

Além disso, com o dinamismo e o caráter contínuo das políticas públicas destinadas à realização de direitos fundamentais, ganha relevância especial a demarcação dos limites

1. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. E-mail: demetriovaleneto@hotmail.com

2. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Procurador do Município de João Pessoa. Ex-Procurador do Município de Curitiba. Advogado. E-mail: brunoccalmeida@gmail.com

temporais da coisa julgada decorrente das decisões estruturais, de modo a possibilitar o permanente aperfeiçoamento dos meios de concretização de direitos fundamentais.

Desse modo, apresentadas as questões a serem enfrentadas no presente estudo, parte-se para uma abordagem preliminar acerca dos pressupostos metodológicos sobre as decisões ou medidas estruturais.

2 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS NECESSÁRIOS SOBRE AS MEDIDAS ESTRUTURAIS

A literatura jurídica brasileira debruça-se hoje sobre o conceito de processos ou decisões estruturais, conceito jurídico estudado a partir de *structural injunctions*, desenvolvido originalmente no direito norte-americano, a partir da década de 1970.

As *injuctions* são mandados judiciais secularmente utilizados no direito norte-americano, por influência do inglês, para permitir ao juiz de forma proibitiva (*negative injuctions*) ou impositiva (*structural injunctions*) a garantia de direitos não previstos na *common law* nem nas leis escritas (*statutory law*).[3] Pela ausência de previsão legal expressa do instituto, e diante da falta de outro instrumento processual cabível para tutelar o direito buscado, cuidava-se de uma decisão construída pela prática equitativa, visando a proibir ou impor comportamentos das partes.

As *negative injunctions* surgiram primeiro, construídas a partir de um modelo processual tradicional de jurisdição, de natureza privada, bipolar, retrospectiva ao conflito e voltada a interesses meramente privados. Por meio delas, era suficiente a imposição de um dever de não fazer, restaurando uma situação jurídica de violação de direitos.[4] As *structural injunctions* foram construídas posteriormente, a partir da insuficiência das *negative injuctions* em um modelo processual moderno de jurisdição, de natureza pública, multipolar, prospectiva ao conflito e voltada a interesses coletivos da sociedade.[5]

Assim, as *structural injuctions*, também chamadas de *administrative* ou *affirmative injuctions*, são mandamentos judiciais que, também fundados na equidade, estabelecem normas a serem seguidas pelos outros poderes do Estado na defesa de direitos constitucionais dos cidadãos americanos, desrespeitados pelas instituições administrativas.[6] Observa-se aqui um sentido específico de injunção, qualificado por imposições – e não por proibições (*negative injunctions*) – para a garantia de direitos constitucionais.

Por meio destes novos instrumentos jurídicos, em virtude da insuficiência dos primeiros, os juízes impuseram mandamentos ao poder público para a garantia de direitos, impondo reformas estruturais nas organizações estatais.

3. ABRAHAM, Henry J. The Judicial Process – an introductory analysis of the courts of United States, England and France. 5ª ed. Nova York: Oxford University Press, 1986, p. 14.

4. Mark Tushnet traz dois exemplos interessantes. No primeiro, alguém é impedido por autoridade pública de realizar um discurso de protesto no Speakers' Corner do Hide Park, um lugar no afamado parque londrino onde tradicionalmente os cidadãos podem fazer discursos criticando qualquer um. O remédio jurídico adequado seria uma *negative injunction* assentando ao Estado o dever de abstenção de excluir o cidadão de tal direito, com fundamento na garantia constitucional de liberdade de expressão. No segundo, bastante frequente, um grupo de sem-teto é impedido por autoridade pública de continuar a residir sem pagamento de aluguéis e sem permissão de uso de bem público em prédios desocupados. O remédio jurídico adequado também seria uma *negative injunction*, desta vez para assentar ao Estado o dever de abstenção em desocupar a área pela força, com fundamento no direito constitucional de habitação (TUSHNET, Mark. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first cetury. NUJS Law Review 177 (2011). April/June 2011. pp. 181-182).

5. CHAYES, Abram. "The role of the judge in public law litigation". *Harvard law review*. Vol. 89, n. 7, mai-1976, p. 1.282-1.283.

6. *Ibidem*., p. 1.282-1.283.

As *structural injunctions* foram utilizadas emblematicamente pelos juízes da Suprema Corte Norte-Americana no julgado *Brown II,* como forma de efetivar a decisão tomada no julgado *Brown versus Board of Education*[7]. De modo a efetivar o julgado, abolindo a segregação racial das escolas norte-americanas, a Suprema Corte delegou a tribunais federais poderes para administrar o complexo procedimento de dessegregação das escolas norte-americanas.[8] Impondo mandamentos de transformação radical no *status quo*, pretendeu-se transformar o modelo escolar dual em um modelo unitário, não racial, acessível a estudantes negros e brancos, em que fatalmente foram necessários novos procedimentos e critérios para matrículas, construção de novas escolas, alterações no fluxo e rotinas de transporte escolar, entre outros[9], tarefa que foi delegada a tribunais federais por meio do monitoramento e vigilância das organizações estatais.

Portanto, o ponto de partida do estudo dos processos ou decisões estruturais no Brasil deve considerar adequadamente essa origem do instituto a ser examinado no modelo norte-americano, que concebeu a tutela jurisdicional de direitos fundamentais a partir de reformas estruturais para adequação de organizações estatais.

Essa premissa é importante para evitar uma importação indevida do instituto do *common law* sem o necessário rigor metodológico.

Se no direito norte-americano não há dúvidas de que as *structural injunctions* são mecanismos processuais de tutela de situações atípicas, em que necessária a imposição judicial de reformas estruturais para garantir direitos, no ordenamento jurídico brasileiro, ora se denomina tal fenômeno como litígios, processos, decisões ou técnicas estruturais.

Percebe-se, contudo, que mais que uma mera divergência de nomenclatura, essa dificuldade de abordagem esconde uma ausência de precisão na categoria jurídica, podendo sugerir uma possível classificação de processos ou decisões judiciais em estruturais por sua essência.

O ordenamento jurídico brasileiro alberga a tutela de direitos fundamentais adequadamente realizada a partir de imposição de reformas estruturais a organizações estatais, porém não o faz aleatoriamente, mas dentro de parâmetros jurídicos.

Não há processos ou decisões judiciais estruturais por sua natureza, mas *medidas estruturais* processualmente orientadas e impostas pelo juiz à função executiva do Estado para executar decisões judiciais prévias, garantidoras de direitos fundamentais, seja em virtude de uma omissão inconstitucional de atitude do Estado-gestor, seja em virtude

7. 347 U.S 483 (1954). Este paradigmático julgado representou uma consolidação de casos provenientes do Kansas, Carolina do Sul, Virgínia, Delawere e Washington D. C - *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Briggs v. Elliot*, *Davis v. Board of Education of Prince Edward County (VA.)*, *Bolling v. Sharpe* e *Gebhart v. Ethel* -, relacionados à possibilidade de segregação racial nas escolas públicas norte-americanas. Em cada um destes casos, estudantes americanos de origem africana tiveram negados os direitos de admissão em escolas públicas exclusivas para brancos, baseadas, pois, em leis que admitiam a segregação racial. Os autores argumentaram que tais leis segregativas violavam a cláusula de igual proteção dos cidadãos da 14ª Emenda à Constituição Americana. Nas cortes inferiores, a pretensão foi negada sob o fundamento de que as políticas públicas de segregação racial eram legais na medida em que, a despeito das distinções, as facilidades entre negros e brancos fossem iguais (doutrina dos "separados, mas iguais"), com base no anterior precedente da Suprema Corte, firmado no caso *Plessy v. Ferguson* (163 U.S 537), que endossou a prática sob tal condição. No caso *Brown versus Board of Education*, a Suprema Corte decidiu que a doutrina "separados, mas iguais" seria inerentemente desigual e violava a cláusula de igual proteção dos cidadãos estabelecida pela 14ª Emenda. A Corte ponderou que a segregação ocorrida na educação pública, baseada em critério de raça, instituía um senso de inferioridade que tinha sérios efeitos na educação e no crescimento pessoal de crianças americanas de origem africana. O julgamento estatuído foi unânime, com base no voto do relator, Justice Warren, que fundou sua posição preponderantemente em estudos das ciências sociais, para superar o entendimento anteriormente firmado no caso *Plessy v. Ferguson.*

8. WALKER, Daniel J. *Administrative Injunctions: Assessing the property of non class-colective relief.* Cornell Law Review. Nº 90, vol. 90, p. 1131-1132.

9. FISS, Owen. *The forms os justice.* Harvard Law Review. Nº 93, nov. 1979, p.3-5.

de uma omissão inconstitucional derivada diretamente da aplicação de uma norma inconstitucional.[10]

Ao menos em tese, há duas possibilidades cogitáveis de controle de políticas públicas por parte do Estado-juiz: uma *direta*, por meio da qual este poderia, em tese, substituir ou agregar à política pública existente uma outra, que julgasse mais eficiente para a proteção do direito fundamental, segundo o seu critério de conveniência e oportunidade; uma *indireta*, por meio da qual poderia apenas julgar se a política pública existente – ou até inexistente – constitui uma omissão inconstitucional ou ilegal em relação ao direito fundamental protegido, somente segundo um julgamento reflexo do parâmetro constitucional ou legal discutido.

Na maioria dos regimes democráticos, que adotam a tripartição de funções públicas como peso e contrapeso, e inclusive no Brasil, somente é dado ao Estado-juiz o controle *indireto* de políticas públicas, embora haja projeto de lei no Congresso Nacional para admitir o controle *direto.*[11]

Neste sentido, abalizada doutrina nacional assenta que a admissão da utilização de medidas processuais estruturais decorre de forma inata da possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas[12], e não da necessidade de efetivação reflexa, por meio da imposição de medidas estruturais, de decisões que efetuam o controle *indireto* de políticas públicas, complementação cuja necessidade se ancora em duas premissas essenciais.

Primeiro, porque produz confusão, propugnando o eventual ingresso em juízo para estruturar direitos através de decisões judiciais, uma vez concedida a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), reforçada pela adoção pelo art. 17 do Código de Processo Civil da teoria abstrata, com a exclusão da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

Como bem se sabe, o papel de estruturar direitos, fundamentais ou não, é constitucionalmente conferido de forma primordial ao gestor e ao legislador (art. 2º da Constituição Federal), conferindo o constituinte originário a garantia da inafastabilidade da via judicial apenas a partir da constatação de ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), sem que, conforme mencionado, o ordenamento processual brasileiro tenha adotado a teoria do controle judicial direto de políticas públicas.

A vinculação do Estado-juiz aos direitos fundamentais é uma exigência inerente do próprio Estado Constitucional a partir da constatação de omissões inconstitucionais, in-

10. Inclusive, o objeto da demanda julgada no caso *Brown versus Board of Education* não foi nem poderia ser reformular políticas públicas educacionais, mas a declaração de inconstitucionalidade, à luz da 14ª Emenda à Constituição Norte-Americana, da segregação racial em escolas norte-americanas. De modo a efetivar o conteúdo do julgado, foram delegados a tribunais federais poderes de monitoramento de obrigações de adequação estrutural das burocracias públicas ao mandamento judicial firmado.

11. Invoca-se, no ponto, o Projeto de Lei nº 8.054/2018, que pretende instituir processo especial para intervenção e controle de políticas públicas, por meio do qual o Poder Judiciário poderia, a partir do procedimento legalmente previsto, efetivar a implementação ou correção de política pública estatal (art. 4º), a partir de juízo prévio de admissibilidade acerca da razoabilidade do pedido em comparação com a atuação da Administração (art. 14). Passaria, portanto, a haver não apenas um controle indireto da política pública decorrente de juízo prévio de inconstitucionalidade, em ação coletiva, mas efetivo controle judicial direto de política pública, regulamentado a partir de processo estrutural, a partir de juízo de constitucionalidade e legalidade da situação então existente, com base nos princípios aplicáveis ao controle jurisdicional de políticas públicas (art. 2º).

12. Cf. Sérgio Cruz Arenhart, no sentido de que a satisfação desse requisito pelo direito seria "algo já pressuposto, haja vista a sedimentada orientação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, admitindo que os atos de política pública possam ser controlados pelo Judiciário, especialmente em atenção aos direitos fundamentais" (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *In*: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, nº 193, mar. 2011, p. 167-200).

dependentemente de seu grau e intensidade[13], nisso justificando a atuação judiciária em uma fase inicial, para declarar as apontadas omissões e firmar uma necessária obrigação de fazer, e, em uma fase seguinte, para condenar o poder público a executar eventuais reformas necessárias, inclusive por meio de medidas processuais estruturais.

Por essa razão, a mera constatação de que o Estado-juiz pode controlar políticas públicas a partir da constatação de omissões inconstitucionais perpetrada por outros poderes não é suficiente para a fixação adequada de medidas estruturais.

Ademais, essa compreensão pode endossar a tentação do juiz gestor de políticas públicas, quando bem se sabe que o acionamento constitucional da função judicial está umbilicalmente ligada (I) à constatação da omissão inconstitucional e (II) ao controle somente de opções estatais que não assegurem padrões mínimos de efetivação do direito fundamental estatuído pela Constituição, de modo que somente tais premissas decisórias são autorizativas de indiscutibilidade processual em uma demanda posterior, dada a fluidez das medidas estruturais que serão utilizadas pelo juiz para efetivar o direito fundamental.

Segundo – e essa razão inclusive interessa ainda mais à finalidade do presente trabalho –, porque conceber decisões que estruturam direitos, mesmo quando constatada omissão inconstitucional, pode ensejar o raciocínio de que a política pública em si, que for utilizada para remediar a omissão inconstitucional, reveste-se do manto da coisa julgada, quando só pode transitar em julgado a constatação da omissão inconstitucional.

O controle *indireto* de políticas públicas somente conduz à imutabilidade da constatação judicial da omissão inconstitucional ou ilegal pelo poder público, não recaindo sobre as opções tomadas pelo Estado-gestor como *vias de efetivação* das medidas estruturais, as quais se modificam diariamente e não só podem – como devem – ser modificadas pela Administração Pública a qualquer tempo, atendida a coisa julgada da demanda principal, que é a constatação da omissão inconstitucional.

Portanto, a utilização de medidas estruturais como decorrência jurídica do controle judicial de políticas públicas pode causar a falsa impressão de que a escolha da política pública é sindicável à autoridade judiciária, sujeitando-a eventualmente à imutabilidade da coisa julgada.

Essa premissa inicial inclusive se amolda à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no tema nº 220, derivada de julgamento do Plenário no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS[14], devendo ser assimilada a licitude das reformas estruturais no ordenamento jurídico

13. Nestes termos Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que ensinam: "não cabe à autoridade jurisdicional mensurar as capacidades financeiras e prioridades políticas estabelecidas pelos demais poderes para atender demandas baseadas em direito fundamental social. Só lhe cabe verificar a inconstitucionalidade da eventual omissão. Mas isso independe do grau ou da intensidade da omissão estatal e dos recursos financeiros efetivamente disponíveis em certo momento (em razão de anteriores decisões estatais)" (DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo**. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 100).

14. Neste julgado, que versou sobre a possibilidade de o Poder Judiciário impor modificações estruturais diante das péssimas condições de conservação do Albergue Estadual do Uruguaiana, anterior acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmara a posição de que seria certo que "*o texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso,* ***sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica de efetivação desses direitos fundamentais*** *[…]. Aqui o ponto: saber se a obrigação imposta ao Estado atende norma constitucional programática, ou norma de natureza impositiva. Vê-se às claras, que mesmo não tivesse ficado no texto constitucional senão que também na Lei das Execuções Criminais, cuida-se de norma de cunho programático. Não se trata de disposição autoexecutável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público.* […] *Pois a 'reserva do possível', no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada.* ***Ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, sob pena de fazer as vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara***

brasileiro prioritariamente como produto da vinculação do juiz aos direitos fundamentais, e não da possibilidade de controle judicial das políticas públicas, ainda que restrita.

Adiante, serão apresentadas as duas características fundamentais das medidas estruturais, que são o diálogo com a fluidez das políticas públicas e a tutela jurisdicional voltada para o futuro, as quais possuem severas implicações em uma possível dogmática que abranja o manto da coisa julgada sobre as medidas processuais estruturais.

3 DUAS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DAS MEDIDAS ESTRUTURAIS: TUTELA JURISDICIONAL VOLTADA PARA O FUTURO E O DIÁLOGO COM A FLUIDEZ DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A efetividade de decisões judiciais que colimam reformas estruturais condiciona-se a duas ordens de dificuldades: uma, procedimental, em virtude da ausência de mecanismos adequados de tutela jurisdicional aos conflitos coletivos que requerem tais medidas para a devida resolução; outra, política, em virtude da referente interferência que seu cumprimento supõe em relação ao poder discricionário de autoridades executivas.[15]

A de natureza procedimental reside prioritariamente nas limitações jurídicas do microssistema processual coletivo brasileiro, e não nas decisões de reforma estrutural das organizações estatais em si. O modelo processual coletivo brasileiro ainda não abarca ampla participação de atores sociais envolvidos, apresentando ainda pouca representatividade adequada aos legitimados ativos em juízo.

A política é inerente a processos coletivos de reforma estrutural, uma vez que qualquer imposição do juiz às autoridades administrativas legalmente competentes para atuar em determinada política pública traz em si, em maior ou menor grau, uma íntima resistência do agente público, por entender naturalmente mais legitimado – se é que haveria graus de legitimidade – a uma tomada de decisão mais adequada que o próprio julgador. Essa constatação é motivada por duas razões.

A primeira reside na premissa de um déficit de legitimidade, uma vez que os juízes não são eleitos, ao contrário de agentes políticos eletivos, ou mesmo aqueles a quem é delegada parcela da competência de tais agentes políticos eletivos na estrutura do Estado.

A despeito do longo debate na literatura jurídica americana[16], há um razoável consenso doutrinário – e mesmo uma posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, conforme

***reservada à Administração**. Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos".* Reconhecida a repercussão geral da questão discutida, o Supremo Tribunal Federal reformou o acórdão da Corte Estadual e firmou a seguinte tese apontada: *"É **lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais** em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, **não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes**"*

15. VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias em litigios de reforma estructural en La República Argentina: dificuldades politicas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones.* In: Processos estruturais. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 64-84. O autor aponta as aludidas dificuldades na Argentina, mas que são também aplicáveis ao Brasil, pois aqui também se justificam as apontadas dificuldades de ordem jurídica, em virtude da insuficiência do microssistema de processo coletivo para a garantia de direitos fundamentais, e de ordem política, como decorrência natural da imposição de obrigações de fazer do Estado-juiz ao Estado-gestor de políticas públicas.

16. De modo a ilustrar essa discussão, cite-se o artigo escrito por David Landau (LANDAU, David. *The Reality of Social Rights Enforcement*, 53 Harvard International Law Journal. 189, 2012), posteriormente debatido por Mark Tushnet (*TUSHNET, Mark. A response to David Landau. Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53, Haru. Int´ L. L. J. 189,* 53 Harvard International

já mencionado – acerca da possibilidade do controle de legalidade e constitucionalidade de políticas públicas pelo Poder Judiciário, do que decorre que o argumento da falta de legitimidade dos juízes não resiste diante da consagração da inafastabilidade do acesso à justiça ao cidadão (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), o que só confirma que o argumento é estritamente político, e não jurídico.

A segunda consiste em um suposto déficit de conhecimento, uma vez que a autoridade administrativa possuiria informações de que a autoridade judicial não dispõe no momento de decidir.

Isso porque o controle de políticas públicas efetuado pelo Estado-gestor é simultâneo à constatação dos problemas e com contato direto na política pública então existente, ao passo que aquele realizado pelo Estado-juiz é posterior e circunscrito ao mencionado controle indireto.

Em outras palavras, o controle efetuado pela autoridade administrativa é realizado no momento em que se mostra necessária a prática de um ato administrativo voltado ao interesse coletivo de concretizar um direito fundamental. Sob o manto do mérito administrativo, o agente público escolhe entre alternativas legal e constitucionalmente possíveis, diante dos recursos existentes, dos meios disponíveis naquele instante e dos fins legítimos objetivados. Por isso, faz-se um controle direto da política pública.

Por outro lado, o controle efetuado pela autoridade judicial é realizado *a posteriori*, diante de um ato administrativo já praticado. Sob o viés da legalidade e da constitucionalidade, caberá ao juiz somente aferir se a ação ou omissão prévia da autoridade administrativa obedece ou não à ordem jurídica, sendo, por isso, que se fala em controle apenas indireto da política pública.

Essa diferenciação de ordem metodológica impacta diretamente nas duas principais características das reformas estruturais, quais sejam, a tutela jurisdicional voltada para o futuro e o diálogo com a fluidez das políticas públicas.

A tutela jurisdicional voltada para o futuro é marca das reformas estruturais justamente porque o controle judicial é posterior. Ao julgar ilegal uma política pública estabelecida pelo Estado, ou juridicamente insuficiente diante de uma norma constitucional, o Estado-juiz impõe à função executiva do Estado uma obrigação de fazer consistente na modificação da estruturação existente, a fim de atender à ordem jurídica, cuidando-se, por isso, de uma tutela jurisdicional voltada para o futuro.

Ademais, os recursos existentes e os meios disponíveis à autoridade administrativa para fazer valer a política pública alteram-se continuamente. O controle direto de políticas públicas, por si só, é dinâmico, trazendo a lume uma fluidez que se justifica não só porque os recursos públicos são bens escassos, mas também porque a tecnologia a todo instante torna obsoletos tanto os custos planejados quanto as técnicas disponíveis para o atingimento de fins.

Por essa razão, é imposto ao juiz, como medida de garantia de efetividade da própria decisão judicial reformadora, um diálogo com a fluidez das políticas públicas, de modo

Law Journal Online. Volume 53, April 2012, pp. 156-164, disponível em: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf), em que é discutido o grau de efetividade e os meios processuais judiciais de tutela de direitos sociais e econômicos, com foco na otimização de direitos fundamentais às populações mais desfavorecidas, que são de fato os destinatários ideais das políticas públicas estatais.

a que, a um só tempo, seja preservada a possibilidade de controle direto pela autoridade administrativa, assim como realizado o controle indireto necessário para aferir se a reforma atende aos parâmetros legais e constitucionais existentes.

As vias de efetivação das medidas estruturais no processo não podem deixar de ser de escolha discricionária do gestor, ainda que sob o controle indireto do juiz, que tem natureza estritamente jurídica.

Essas características das reformas estruturais impactam na definição jurídica da coisa julgada decorrente das medidas estruturais, uma vez que não é possível antever todas as providências e discussões que podem se desenvolver em um processo de reforma estrutural, conforme se passa a analisar nos tópicos seguintes.

4 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NAS MEDIDAS PROCESSUAIS ESTRUTURAIS

A definição dos limites objetivos da coisa julgada ganha relevância especial no âmbito dos processos que ensejam medidas estruturais, haja vista a complexidade do cumprimento de decisões judiciais, a exigir uma adequada delimitação do objeto e propósito da efetivação da decisão.

Segundo a concepção tradicional do CPC/1973, repetida parcialmente no CPC/2015, a coisa julgada restringe-se ao dispositivo da decisão, sobre o objeto litigioso do processo, excluindo-se os fundamentos decisórios dos limites objetivos da *res iudicata*.[17]

Esse modelo tradicional de coisa julgada sofre importante crítica de Antônio do Passo Cabral, por ser um sistema retrospectivo e estático[18], entre outras características.

O formato tradicional da coisa julgada é retrospectivo porque voltado ao passado e fundado na imutabilidade, sendo um sistema que não funciona adequadamente diante das mudanças características da sociedade contemporânea. Por isso, é necessário um exame prospectivo das estabilidades, a partir do conceito de continuidade jurídica.

Trata-se, ademais, de modelo estático porque a norma jurídica da sentença é vista como um conteúdo dado, com uma análise estanque do dispositivo, esquecendo-se que a decisão se posiciona no fim de uma cadeia de muitos outros atos processuais. Com isso, despreza-se que o processo é um ambiente de diálogo, influência reflexiva e cooperação.

Assim, esse formato tradicional da coisa julgada acarreta o isolamento da conclusão da decisão, plasmada no dispositivo, e, por isso, despreza toda a argumentação empreendida no processo.

É inequívoco que tal modelo revela-se totalmente incapaz de lidar com medidas estruturais tomadas na implementação de direitos, tendo em vista suas características de tutela jurisdicional voltada para o futuro e diálogo com a fluidez das políticas públicas.

17. Trata-se da concepção tradicional amparada na doutrina italiana clássica, que pode ser sintetizada na seguinte lição de Chiovenda: "O objeto do julgado é a conclusão última do raciocínio do juiz, e não as premissas; o último e imediato resultado da decisão, e não a série de fatos, das relações ou dos estados jurídicos que, no espírito do juiz, constituíram os pressupostos de tal resultado" (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 411).

18. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 46-48, 180-190.

Como visto anteriormente, lidam com um cenário de intensa dinamicidade, mutabilidade e fluidez das políticas públicas, tendo em vista que os modelos de gestão pública estão em contínua modificação e aprimoramento.[19]

Daí decorre a impossibilidade de se antever, no início do processo, todas as especificidades da política pública sob debate judicial, sendo inviável a prévia delimitação das medidas a serem implementadas para a efetivação da decisão estrutural.

Fala-se, então, em "provimentos em cascata", nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart[20], para designar a cadeia de decisões judiciais que especificam as medidas estruturais de acordo com os problemas paulatinamente surgidos para a efetivação da decisão objeto de cumprimento.

Tem-se, com isso, uma *decisão nuclear*, proferida na fase cognitiva, que deve se limitar à constatação da ilicitude (inconstitucionalidade ou ilegalidade) no âmbito de determinada política pública, a ser posteriormente efetivada por *medidas estruturais* na fase de execução.

Verifica-se aí uma gradual implementação da decisão judicial, o que, inclusive, está positivado no art. 23 da LINDB[21] (incluído pela Lei nº 13.655/2018), segundo o qual a decisão judicial que estabelecer novo dever ou novo condicionamento de direito deverá prever regime de transição a fim de alcançar uma efetivação da decisão de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Firmadas tais características dos processos estruturais, exige-se a formulação de um modelo adequado quanto aos limites objetivos da coisa julgada, o qual deve considerar a mutabilidade, dinamicidade e fluidez das políticas públicas.

Sobre o tema, três pontos devem ser examinados para uma adequada delimitação objetiva da coisa julgada nos processos estruturais: (i) a aplicação do regime da coisa julgada das questões prejudiciais (art. 503, §§ 1º e 2º, CPC/2015) aos processos estruturais; (ii) o resgate da fundamentação da decisão como importante elemento na demarcação dos limites objetivos da coisa julgada; (iii) a compatibilidade de medidas estruturais tomadas apenas na fase de execução com os limites objetivos da coisa julgada.

Sobre a primeira questão acima, sabe-se que o CPC/2015 alterou parcialmente tal modelo ao estender a imutabilidade da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais, desde que atendidos os pressupostos do art. 503, §§ 1º e 2º.

De acordo com tais disposições, estão abrangidas nos limites objetivos da coisa julgada a decisão que: resolva questão prejudicial, ou seja, questão que constitua pressuposto necessário para o julgamento do mérito (art. 503, § 1º, I); sobre a qual haja expresso pronunciamento após contraditório e efetivo, razão pela qual não se aplica na hipótese de revelia (art. 503, § 1º, II); o juízo tenha competência absoluta para resolver a questão

19. Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart (*Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro.* Revista de Processo. São Paulo, v. 225, 2013): "(...) o campo de atuação de sentenças estruturais implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião".

20. Arenhart, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo, v. 225, 2013.

21. Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

prejudicial como questão principal (art. 503, § 1º, III); inexistam limites à cognição judicial, somente havendo coisa julgada mediante cognição exauriente (art. 503, § 2º).

O regime processual da coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais aplica-se normalmente aos processos coletivos, inclusive os que ensejem medidas estruturais de cumprimento, inexistindo razão para eventual afastamento daquele regramento.[22]

Com isso, há um modelo mais dinâmico de coisa julgada, permissivo da inclusão nos seus limites objetivos das questões prejudiciais da sentença, surgidas no curso do feito, sobre as quais tenha havido efetivo debate na fase de conhecimento.

Nessa linha, Humberto Theodoro Júnior[23] destaca a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada advinda com o CPC/2015, reconhecendo que o provimento de mérito é o conjunto de todas as questões resolvidas que motivaram a resposta jurisdicional enunciada no dispositivo da sentença, de modo que tais questões se estabilizam juntamente com a resposta-síntese.

Tem-se, então, uma ampliação dos limites objetivos da coisa julgada para abranger as questões que condicionam a conclusão alcançada na decisão judicial, desde que atendidos os pressupostos do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.

Tal expansão dos limites objetivos da coisa julgada prestigia a segurança jurídica e a harmonia entre decisões judiciais, minimizando o risco de julgamentos contraditórios, em sintonia com a renovada visão publicista do processo civil.[24]

Por sua vez, a segunda questão que se coloca refere-se ao reconhecimento da fundamentação da decisão como importante elemento na demarcação dos limites objetivos da coisa julgada nestas espécies de litígio.

Nesse aspecto, apesar da possibilidade de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais, o CPC/2015 manteve fora dos limites da coisa julgada os motivos e fatos adotados na fundamentação da decisão, por expressa determinação do seu art. 504, identificando a coisa julgada ao dispositivo da decisão.

Portanto, de acordo com a expressa previsão legal do CPC/2015 (art. 504), não estão abrangidos pela coisa julgada os "motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença", tampouco "a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença".

No âmbito das medidas estruturais, porém, variadas razões justificam o papel essencial da fundamentação da decisão para definição do alcance dos limites objetivos da coisa julgada.

Não se sugere, com isso, a inclusão de toda a fundamentação nos limites objetivos da coisa julgada, pois isso contraria a expressa previsão legal do art. 504 do CPC/2015. Trata-se apenas de reconhecer a motivação da decisão como importante vetor para a definição dos limites objetivos da *res iudicata*.

22. Nesse sentido inclusive reconhece o enunciado nº 696 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "aplica-se o regramento da coisa julgada sobre questão prejudicial incidental ao regime da coisa julgada nas ações coletivas".

23. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. **Coisa julgada e outras estabilidades processuais.** Coord. Fredie Didier Júnior e Antonio do Passo Cabral. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 178-180.

24. Nesse sentido: BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Coord. Fredie Didier Júnior e Antonio do Passo Cabral. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 198.

Aliás, o próprio Liebman, cuja doutrina influenciou a redação do art. 469, I e II, do CPC de 1973 e do art. 504 do CPC/2015, reconhece que, embora os motivos sejam excluídos da coisa julgada, "são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo"[25].

Observa-se, de plano, que o resgate da importância da fundamentação para a delimitação do objeto da coisa julgada está relacionado à própria legitimidade do Poder Judiciário para atuar no controle de políticas públicas, a qual exige o contraditório efetivo, no ambiente do processo cooperativo e de diálogo intersubjetivo, de modo que o objeto da coisa julgada somente abranja questões efetivamente debatidas pelas partes.

Ademais, a decisão nuclear que enseja medidas estruturais possui conteúdo complexo - em geral, veicula norma de conteúdo aberto, porquanto seu preceito indica um resultado a ser alcançado[26] -, de modo que a análise isolada do dispositivo da decisão não é suficiente para se obter a solução do litígio complexo de interesse público.

Nos processos coletivos mais complexos, tem-se uma execução estruturada de certas condutas, o que exige uma vinculação mais ampla ao completo teor da decisão nuclear, sendo a leitura isolada do comando inapta a alcançar tal finalidade.

Reforça tal diretriz o disposto no art. 489, § 3º, do CPC/2015, ao determinar que a decisão judicial seja interpretada mediante a conjugação de todos os seus elementos, o que inclui, obviamente, a fundamentação.

Trata-se da regra da interpretação sistemática das decisões judiciais, segundo a qual "a interpretação do ato decisório há de ser contextual, levando em conta todos os enunciados empregados pelo magistrado, a fim de extrair-se uma conclusão do conjunto"[27], nas palavras de João Otávio Terceiro Neto.

Frise-se que interpretação sistemática da decisão judicial já encontrava respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda na vigência do CPC/1973, compreendendo-se que a decisão judicial deve ser interpretada em sua totalidade, e não a partir de trechos isolados, de modo que a interpretação do dispositivo deve ser adequada à motivação da decisão"[28].

Assim, a partir do resgate da fundamentação da decisão como importante vetor de delimitação objetiva da coisa julgada, compreende-se que os "provimentos em cascata" devem se correlacionar com os motivos da decisão nuclear.

Portanto, a cadeia de medidas estruturantes necessárias à efetivação da decisão nuclear inicial deve dialogar com a fundamentação desta, havendo uma relação de coordenação entre as medidas executivas estruturantes e os fundamentos da decisão estrutural nuclear, de modo a constituir um encadeamento argumentativo entre eles.

Amolda-se aqui, com precisão, a tese desenvolvida por Antonio do Passo Cabral, que defende uma nova dimensão da vinculatividade dos motivos, em que se deve "incorporar

25. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 57-58.

26. Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Processos estruturais**. Org. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 356-357.

27. TERCEIRO NETO, João Otávio. **Interpretação dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 112.

28. Nesse sentido: REsp 716.841/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 02/10/2007, DJ 15/10/2007; REsp 1.125.641/CE, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 17/03/2015 DJe 14/07/2015.

ao exame das estabilidades não apenas a norma pronta, mas todo o *iter* que a condicionou argumentativamente"[29].

Além disso, havendo novo modelo de gestão da política pública sobre o qual não tenha havido debate no processo – matéria fora da motivação da decisão, por consequência –, configura-se nova causa de pedir dissociada da coisa julgada.

Por fim, a respeito da terceira questão acima colocada, importa observar que as medidas estruturantes proferidas apenas na fase de execução não configuram violação aos limites objetivos da coisa julgada, uma vez que tais medidas não devem contrariar a decisão nuclear que faz o controle de juridicidade/constitucionalidade da política pública, mas, ao contrário, consistem na aplicação de medidas executivas destinadas ao cumprimento daquela.

Relembre-se que, no modelo processual estabelecido no CPC/2015, está presente no art. 139, IV, a cláusula geral da atipicidade dos meios executivos, que autoriza o uso de meios atípicos de execução direta ou indireta.

Assim, o art. 139, IV, do CPC/2015 (ao lado do art. 536, § 1º) constitui a base normativa processual – sendo a material o art. 23 da LINDB – para a execução atípica de medidas processuais estruturais no processo civil brasileiro.[30] Com isso, autoriza-se a alteração das medidas executivas quando se mostrarem ineficazes ou excessivas para se alcançar o resultado determinado na decisão judicial, o que também pode ser extraído a partir de uma interpretação ampla do art. 537, § 1º, do CPC/2015.

Inclusive, tal possibilidade também encontra respaldo legal no art. 23 da LINDB, que exige a fixação de um regime de transição para que a reformulação da política pública se dê de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Por tais razões, evidencia-se a plena compatibilidade das medidas estruturantes proferidas apenas na fase de execução com os limites objetivos da coisa julgada, porquanto tais medidas não podem contrariar as premissas da decisão judicial nuclear, mas, ao contrário, devem dialogar com os fundamentos da decisão.

5 LIMITES TEMPORAIS DA COISA JULGADA NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Os limites temporais da coisa julgada constituem tema que merece especial tratamento no âmbito dos processos coletivos ensejadores de medidas estruturais, tendo em vista as características anteriormente apontadas (tutela jurisdicional voltada para o futuro e fluidez das políticas públicas).

Tradicionalmente, encontra-se a ideia de que a coisa julgada seria "eterna", no sentido de que, "por sua natureza e função, vocaciona-se a disciplinar indefinidamente o futuro"[31].

Contudo, a coisa julgada incide sobre a situação fático-jurídica retratada no objeto litigioso e, por isso, não pode ser imune aos fatos supervenientes. É por esta razão que,

29. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

30. Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Volume 5. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 136.

31. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro.* Volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1460.

desde o CPC/1939[32], o sistema processual brasileiro admite a "revisão" da coisa julgada em razão da modificação do estado de fato.

Atualmente, a questão está disciplinada no art. 505, I, do CPC/2015 (redação equivalente ao art. 471, I, do CPC/1973), segundo o qual "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença".

As relações jurídicas continuativas ou de trato continuado são aquelas que se prolongam no tempo e, com isso, são passíveis de modificações fático-jurídicas no decorrer da relação jurídica.[33]

Assim, com base no art. 505, I, do CPC/2015, é comum encontrar lição doutrinária no sentido de que, no âmbito das relações continuativas, a coisa julgada se submete à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, havendo modificação superveniente no estado de fato ou de direito, autoriza-se a revisão da decisão.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, reconhece a uma coisa julgada *rebus sic stantibus* consistente na revisibilidade das decisões sobre relações de trato continuado, como se exemplifica pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 596.663: "a força vinculativa das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado atua *rebus sic stantibus*: sua eficácia permanece enquanto se mantiverem inalterados os pressupostos fáticos e jurídicos adotados para o juízo de certeza estabelecido pelo provimento sentencial" (RE 596663, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014).

A rigor, não se trata propriamente de coisa julgada *rebus sic stantibus*. A superveniência de novo estado de fato ou de direito não acarreta a revisão da coisa julgada, mas nova causa de pedir caracterizadora de nova demanda[34].

Havendo nova causa de pedir, tem-se uma demanda diferente, ainda não examinada judicialmente, sobre a qual haverá nova decisão judicial, o que não significa propriamente revisão da coisa julgada anterior.

Na verdade, a particularidade da coisa julgada nas relações jurídicas continuativas consiste na mutabilidade do seu quadro fático-normativo, por se tratar de relação que se prolonga no tempo. Tal característica contrapõe-se ao que se verifica nas relações jurídicas instantâneas, que não têm continuidade no tempo e, assim, se esgotam em um momento determinado.

Por essa razão, ao se prolongarem no tempo, as relações jurídicas continuativas são mais dinâmicas e sujeitas a modificações fático-normativas que permitem a caracterização de nova causa de pedir, o que afasta a vinculatividade da coisa julgada anterior.

32. Art. 289. Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: (...) II, quando o juiz tiver decidido, de acordo com a equidade, determinada relação entre as partes, e estas reclamarem a revisão por haver-se modificado o estado de fato. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

33. Nas palavras de Eduardo Talamini, as relações continuadas são aquelas "cuja hipótese de incidência concerne a fatos ou situações que perduram no tempo, de modo que suas posições jurídicas internas (direitos, deveres, ônus...) podem ser modificadas ou redimensionadas no curso da relação, conforme varie o panorama fático ou jurídico" (**A coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 91).

34. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil.** Volume II. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 676. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil.* Volume 2. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 566-569. TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 90.

Apresentadas tais considerações sobre a eficácia temporal da coisa julgada, importa levar a discussão para o âmbito das medidas estruturais.

Nessa linha, verifica-se que tais situações jurídicas versam sobre relações jurídicas continuativas, uma vez que a realização da política pública se prolonga no tempo. Mais que isso, as políticas públicas não apenas são realizadas de forma contínua e permanente, mas também estão sujeitas a constantes modificações, haja vista o dinamismo e a mutabilidade da forma de prestação de serviços públicos, sobretudo diante de novas tecnologias ou novos modelos de gestão pública.

Essa mutabilidade das políticas públicas não é apenas necessária, mas até mesmo desejável, pois deve haver o constante aperfeiçoamento das formas de realização de programas estatais destinados à realização de direitos fundamentais.

Daí resulta que não se pode admitir que a coisa julgada promova um eterno engessamento da política pública, pois deve ser aberta a permanente possibilidade de o administrador público adotar modelos mais eficientes e modernos na realização de programas estatais destinados à satisfação de direitos fundamentais.

Percebe o ponto Edilson Vitorelli ao reconhecer que a implementação de reforma estrutural pela via judicial exige a releitura da coisa julgada, a fim de que seu regime jurídico seja adequado à mutabilidade do contexto institucional objeto das medidas estruturais, sustentando que "o cenário do processo não se expressa como uma fotografia estática, mas como um filme em permanente movimento", de modo que "a coisa julgada pode se mostrar defasada em relação a outras opções que se tornem disponíveis posteriormente, em virtude do avanço tecnológico. Ou pode se tornar indesejável, em decorrência de avanços na sociedade na qual ela se insere"[35].

Diante disso, a coisa julgada nestes casos tem sua eficácia temporal limitada (i) à ilicitude (inconstitucionalidade ou ilegalidade) constatada na decisão e (ii) aos respectivos meios de realização da política pública discutidos no processo.

Na primeira hipótese, tem-se que, havendo uma modificação de fato que afaste a ilicitude anteriormente verificada, não mais subsiste o quadro fático sobre o qual incide a vinculatividade da coisa julgada.

A título de exemplo, cite-se a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Estado de São Paulo que tem por objeto a obrigação de o Poder Público construir quatro novas unidades da Fundação Casa (antiga FEBEM) na região do ABC paulista, em razão da situação de superlotação das unidades de recolhimento dos adolescentes (causa de pedir).[36]

A ação foi ajuizada em 2003, a sentença de primeiro grau proferida em 2006 e o acórdão de segundo grau prolatado em 2007, com condenação do ente estatal a realizar a construção das referidas unidades.

Todavia, por ocasião da execução da sentença, verificou-se que a situação fática que originou a decisão não mais subsistia, em razão da alteração da realidade da região do

35. VITORELLI, Edilson. **Litígios estruturais**: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *Processos estruturais.* Org. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 406.

36. Ação Civil Pública nº 0110602-16.2003.8.26.0564, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Caso exposto no artigo de Cláudio Henrique de Oliveira (*Coisa julgada nas relações jurídicas continuativas e controle jurisdicional das políticas públicas.* Artigo apresentado no Congresso Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – 2015. Disponível em https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_claudiohenrique051015.pdf. Acesso em: 6 de novembro de 2019.

ABC paulista, com a criação de nova política pública para os adolescentes infratores, de modo que a anterior situação de superlotação deixou de existir, passando a haver ociosidade do equipamento público, pois as unidades passaram a ter menos infratores do que sua capacidade.

Nesse exemplo, observa-se que a ilicitude inicialmente verificada deixou de existir em razão da mudança do quadro fático-normativo que embasou o ajuizamento da ação, o que afasta a vinculatividade da coisa julgada.

Na segunda hipótese, a modificação fático-jurídica da gestão da política pública modifica a causa de pedir e, com isso, não mais subsiste a coisa julgada anterior, eis que incidente sobre uma situação jurídica não mais existente.

Como exemplo, mencione-se a Ação Civil Pública proposta em 2010 pelo Ministério Público do Trabalho em face do Município de Curitiba, em que questiona a contratação de médicos para atuação em unidades de saúde municipais, através de convênios com entidades privadas.[37]

A causa de pedir consistiu na alegação de precarização das relações de trabalho, terceirização ilícita de mão de obra médica e ofensa à regra constitucional do concurso público. De acordo com a sentença transitada em julgado, determinou-se a abstenção de realização de novos convênios ou instrumentos análogos para utilização de médicos em unidades de saúde municipais contratados por instituições hospitalares privadas ou similares (acórdão de julho de 2013).

Na fase de execução, ocorreu a cessação dos convênios vigentes à época, extinguindo-se as relações de trabalho objeto da ação. Todavia, em 2018, diante da necessidade de abertura de novas unidades de saúde e de reformulação da operacionalização de outros equipamentos públicos, em face da notória crise fiscal e insuficiência financeira dos entes estatais no país, o Município de Curitiba verificou que a contratação direta de profissionais da saúde (servidores estatutários ou empregados públicos da Administração Indireta) não seria possível para alcançar aqueles objetivos.

Diante disso, o ente estatal decidiu que o modelo mais eficiente para operacionalização daqueles equipamentos públicos seria através de contrato de gestão com organização social, na forma prevista na Lei nº 9.637/1998.

Tal modelo não foi discutido na ação anterior, tratando-se de novo formato de gestão da saúde pública, com base em panorama normativo diferente (Lei nº 9.637/1998, declarada constitucional pelo STF no julgamento da ADI 1923), que prevê o contrato de gestão entre a entidade de saúde e o Poder Público como meio de fomento às atividades sociais, com regras próprias de execução e fiscalização do contrato.

O TRT da 9ª Região, no entanto, entendeu que haveria violação à coisa julgada em razão da amplitude do dispositivo da decisão, que determinou a abstenção de realização de novos convênios ou instrumentos análogos para utilização de médicos em unidades de saúde municipais contratados por instituições hospitalares privadas ou similares.[38]

37. Ação Civil Pública nº 0000695-25.2010.5.09.0002, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

38. A questão encontra-se pendente de julgamento no TST, mediante recurso de revista interposto pelo ente público, havendo decisão daquele Tribunal Superior em sede de pedido de suspensão para autorizar a abertura da unidade de saúde segundo o modelo proposto pelo ente público.

Como se vê, trata-se de compreensão equivocada que engessa a política pública de saúde e impede o gestor público de buscar aprimoramentos nos programas estatais de realização de direitos fundamentais, culminando inclusive em violação à separação dos poderes constituídos.

Com visto, as políticas públicas ostentam natureza de relação jurídica continuativa, na forma do art. 505, I, do CPC/2015, de modo que eventuais alterações supervenientes no quadro fático-normativo caracterizam modificação na causa de pedir que esvazia a situação jurídica inicial, afastando inclusive eventual vinculatividade da coisa julgada.

Evidencia-se que a coisa julgada nos processos coletivos que ensejam medidas estruturais não pode ser interpretada de modo a que seja subtraída a eletividade feita pelo Estado-gestor no controle direto de políticas públicas, não só pela preservação de potencial violação à separação constitucional de poderes, mas pela necessidade de contínuo aperfeiçoamento dos programas estatais destinados à realização de direitos fundamentais, evitando-se o engessamento de políticas públicas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tese, o controle judicial de políticas públicas pode ser direto, por meio do qual é permitido ao Estado-juiz substituir ou agregar à política pública existente uma outra, que julgue mais eficiente para a proteção do direito fundamental, ou indireto, por meio do qual apenas é possível julgar se a política pública existente – ou até inexistente – constitui uma omissão inconstitucional ou ilegal em relação ao direito fundamental protegido, somente segundo um julgamento reflexo do parâmetro constitucional ou legal discutido.

A ordem jurídica brasileira consagrou a possibilidade de o Estado-juiz efetuar um controle apenas indireto de políticas públicas, embora haja projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional regulamentando a possibilidade jurídica de controle direto[39], ainda que de discutível constitucionalidade.

Daí que mais adequado falar em medidas estruturais, em vez de processos ou litígios estruturais, como a conceber uma tipologia específica de processo. Essa abordagem metodologicamente adequada conduz à compreensão de que existe uma *decisão nuclear*, proferida na fase cognitiva, que deve se limitar à constatação da ilicitude (inconstitucionalidade ou ilegalidade) no âmbito de determinada política pública, seguida de uma fase executiva, em que são discutidas *medidas estruturais* de reforma estatal como vias de efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, violados por meio da ilicitude constatada.

Nesse contexto, o estudo da coisa julgada produz conclusões importantes.

O controle *indireto* de políticas públicas somente conduz à imutabilidade da constatação judicial da omissão inconstitucional ou ilegal pelo poder público, não recaindo sobre as opções tomadas pelo Estado-gestor como vias de efetivação das medidas estruturais, as quais se modificam diariamente e não só podem – como devem – ser modificadas pela Administração Pública a qualquer tempo, atendida a coisa julgada da demanda principal, que é a constatação da omissão inconstitucional.

39. Trata-se, como mencionado, do Projeto de Lei nº 8.054/2018, que pretende instituir processo especial para intervenção e controle de políticas públicas.

A efetividade de decisões judiciais que colimam reformas estruturais encontra obstáculo em limitação inerente ao controle indireto, jurídico e posterior, quando o controle direto, realizado pelo administrador público, é político e contemporâneo aos fatos, sendo bem mais amplo, constatação que impacta diretamente nas duas principais características das reformas estruturais: a tutela jurisdicional voltada para o futuro e o diálogo com a fluidez das políticas públicas.

Não é possível antever todas as providências e discussões que podem se desenvolver em um processo de reforma estrutural, de modo que é necessário compatibilizar que as vias de efetivação das medidas estruturais mantenham-se de escolha discricionária do gestor, mas que simultaneamente não subtraiam o controle indireto do juiz, a fim de que seja verificado se a modificação da política pública estatal supre a ilegalidade ou omissão inconstitucional verificadas no processo.

Nesse contexto de compatibilização, três pontos devem ser examinados para uma adequada leitura da delimitação objetiva da coisa julgada em processos tais:

(i) o regime da coisa julgada das questões prejudiciais (art. 503, §§ 1º e 2º, CPC/2015) ajusta-se perfeitamente aos processos coletivos que ensejem reformas estruturais, já que permite um modelo mais dinâmico de coisa julgada a partir de sua inclusão nos limites objetivos das questões prejudiciais da sentença, surgidas no curso do feito, sobre as quais tenha havido efetivo debate pelas partes e Estado-juiz na fase de conhecimento.

(ii) embora a fundamentação da decisão não integre os limites objetivos da coisa julgada (art. 504, CPC/2015), considerando inclusive que a decisão judicial deve ser interpretada mediante a conjugação de todos os seus elementos (art. 489, § 3º, do CPC/2015), no contexto de litígios complexos de interesse público, as medidas estruturantes necessárias à efetivação da decisão nuclear inicial devem dialogar com a fundamentação desta, havendo uma relação de coordenação entre ambas, construindo um encadeamento argumentativo. Por via de consequência, diante de um novo modelo de gestão da política pública sobre o qual não tenha havido debate no processo, fora da motivação da decisão por consequência, configura-se nova causa de pedir dissociada da coisa julgada.

(iii) as medidas estruturais encontram fundamento legal nos arts. 139, IV, do CPC/2015 e art. 536, § 1º, ambos do CPC/2015 (processual) e no art. 23 da LINDB (material), sendo perfeitamente compatíveis com os limites objetivos da coisa julgada, quando tomadas apenas na fase de cumprimento de sentença, porquanto devem dialogar com os fundamentos da decisão judicial nuclear sem contrariar as premissas.

Por fim, a coisa julgada em processos coletivos que ensejem medidas estruturais tem sua eficácia temporal limitada (i) à ilicitude constatada na decisão nuclear, de modo que, havendo uma mudança de fato que a afaste, não mais subsiste o quadro fático sobre o qual incide a vinculatividade da coisa julgada; (ii) aos respectivos meios de realização da política pública discutidos no processo, conclui-se que uma modificação fático-jurídica da gestão da política pública muda também a causa de pedir e, com isso, não mais subsiste a coisa julgada anterior, eis que incidente sobre uma situação jurídica não mais existente.

Assim, a coisa julgada nos processos coletivos que ensejam medidas estruturais não pode ser interpretada de modo a que seja subtraída a eletividade feita pelo gestor de

políticas públicas, tanto pela necessidade de preservar a separação constitucional de poderes como pela impossibilidade de engessamento da política pública objeto da ação.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process – an introductory analysis of the courts of United States, England and France.* 5ª ed. Nova York: Oxford University Press, 1986.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo, v. 225, 2013.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Coord. Fredie Didier Júnior e Antonio do Passo Cabral. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CHAYES, Abram. "The role of the judge in public law litigation". *Harvard law review*. Vol. 89, n. 7.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Processos estruturais**. Org. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Volume 2. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Volume 5. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FISS, Owen. *The forms os justice.* Harvard Law Review. Nº 93, nov. 1979.

LANDAU, David. *The Reality of Social Rights Enforcement*, 53 Harvard International Law Journal. 189, 2012

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Volume II. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Cláudio Henrique de. **Coisa julgada nas relações jurídicas continuativas e controle jurisdicional das políticas públicas**. Artigo apresentado no Congresso Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. 2015. Disponível em: https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_claudiohenrique051015.pdf. Acesso em: 6 de maio de 2019.

TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TERCEIRO NETO, João Otávio**. Interpretação dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Coord. Fredie Didier Júnior e Antonio do Passo Cabral. Salvador: Juspodivm, 2018.

TUSHNET, Mark. *A response to David Landau. Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53, Harv. Int´L. L. J. 189,* 53 Harvard International Law Journal Online. Volume 53, April 2012.

_____. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first cetury. NUJS Law Review 177 (2011). April/June 2011.

VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias em litigios de reforma estructural en La República Argentina: dificuldades politicas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones.* In: Processos estruturais. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: Juspodivm, 2017.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. **Processos estruturais**. Org. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: Juspodivm, 2017.

WALKER, Daniel J. *Administrative Injunctions: Assessing the property of non class-colective relief.* Cornell Law Review. Nº 90, vol. 90.

APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO À PEQUENA PROPRIEDADE RURAL COMO GARANTIA DA DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE

Denise Schmitt Siqueira Garcia[1]
Elizabete Andrade dos Santos[2]
Rodrigo Diel de Abreu[3]

Submetido em: 04/10/2021
Aceito em: 22/10/2021

RESUMO
A sustentabilidade é um tema vital nas discussões norteadas no mundo quando se fala em manutenção da vida no planeta. Essa sustentabilidade deve ser amparada por suas cinco dimensões, a ambiental, a social, a econômica, a tecnológica e a ética. O presente artigo tratará da dimensão social que está relacionada ao desenvolvimento digno do ser humano, como forma de erradicar a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais, propiciando melhor qualidade de vida para toda a sociedade. Para tanto, no presente artigo a discussão será prefacialmente sobre a sustentabilidade; sobre a dimensão social da sustentabilidade e a pequena propriedade rural como forma de garantia do mínimo existencial. Seu objetivo geral é analisar o conteúdo da dimensão social da sustentabilidade e como a proteção da pequena propriedade rural pode garantir uma existência digna para o ser humano. Para elaboração foi utilizado o método indutivo, com as técnicas do referente, das categorias e do fichamento.

1 INTRODUÇÃO

Dentro do contexto de um capitalismo que gera um consumo desenfreado e sem precedentes, no qual o objetivo maior parece ser o acúmulo de riquezas, independentemente dos meios utilizados para esse fim, a teoria de que o crescimento econômico acarretaria melhor qualidade de vida para todos mostrou-se falaciosa e, o meio ambiente tem sido a maior vítima.

Entretanto, não há como dissociar a crise ambiental da crise social, a degradação do meio ambiente afeta diretamente as desigualdades sociais, assim como o oposto também é verdadeiro. A poluição ambiental afeta diretamente os direitos à alimentação, à habitação, à saúde, ao saneamento básico e à moradia.

Desta realidade surge o debate acerca da sustentabilidade que por si consiste no alcance das dimensões ambiental, econômica, social, tecnológica e ética, de forma a garantir

1. Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil. Membro do grupo de pesquisa "Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade". Advogada. denisegarcia@univali.br

2. Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público e Privado. Procuradora do Estado de Santa Catarina. elizabete@pge.sc.gov.br.

3. Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Tributário. Especialista em Direito Processual Civil. Procurador do Estado de Santa Catarina. rodrigo@pge.sc.gov.br

a permanência dos seres vivos no Planeta, com condições dignas e justas. Porém, para que isso ocorra faz-se necessário que todas as dimensões da sustentabilidade estejam em harmonia entre si, uma vez que elas são interdependentes.

A problemática que suscitou a pesquisa foi: Diante do julgamento do Tema 961 do Supremo Tribunal Federal, o direito à pequena propriedade rural constitui-se integrante da dimensão social da sustentabilidade, de modo a garantir o mínimo existencial para uma vida digna?

Dentro desta problemática, tem-se o objetivo do presente trabalho, que é analisar o conteúdo da dimensão social da sustentabilidade e a proteção da pequena propriedade rural como garantia de uma existência digna ao ser humano.

Faz-se necessária a pesquisa porque nos últimos anos houve aumento das desigualdades sociais, o que impacta diretamente a dimensão social da sustentabilidade, uma vez que não há como propiciar aos seres humanos existência digna, sem a garantia do mínimo existencial e, a pequena propriedade rural é uma forma de garantir parte dos direitos sociais básicos, tais como alimentação e moradia.

No presente trabalho, portanto, apresentar-se-ão os motivos da importância da dimensão social, bem como da pequena propriedade rural como forma de garantia do mínimo existencial para a dignidade humana.

Para tal o presente artigo será dividido em três itens: o primeiro tratando da sustentabilidade; o segundo sobre a dimensão social da sustentabilidade; o terceiro sobre a pequena propriedade rural e o mínimo existencial.

Para a elaboração do artigo foi utilizado o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas do fichamento e da revisão bibliográfica.

2 FALANDO DE SUSTENTABILIDADE

Nos anos 1970 teve fim o sonho do crescimento ilimitado, pois os limites da Terra e o modelo de vida eram insustentáveis. Essa constatação decorreu do grande aumento dos problemas ambientais, sociais e econômicos a nível global.

Como problemas ambientais destaca-se o esgotamento dos recursos naturais; a contaminação e a escassez da água potável; a contaminação do ar e da terra; a perda da biodiversidade; a superpopulação; a manipulação genética; o aquecimento global com o aumento de erupções vulcânicas, do descongelamento das geleiras, a concentração de gases de efeito estufa e vários outros problemas que deixamos de apresentar por ora.

Como problemas econômicos e sociais, houve um aumento das injustiças sociais; a dependência tecnológica dos países em desenvolvimento para com os países desenvolvidos; o aumento dos deslocados ambientais[4]; o aumento da mortalidade infantil; a piora na educação formal e o aumento da pobreza.

O problema da pobreza a nível nacional e mundial é muito alarmante. Em média 1,49 milhões de brasileiros vivem na pobreza extrema, que seriam as pessoas que vivem com

4. "Deslocados ambientais seria aquela pessoa que é forçada a deixar seu habitat tradicional, migrando interna ou internacionalmente, em caráter temporário ou permanente, por conta de uma determinada perturbação ambiental (natural e/ou causada por pessoa) que, sem configurar perseguição ambiental, compromete sua existência e/ou afeta seriamente sua qualidade de vida". SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; OLIVEIRA, Micheline Ramos de. **Migrações e refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2017.

até R$ 136,00 mensais. Mais de 113 milhões de pessoas de 53 países no mundo foram vítimas de fome extrema em 2018.[5]

"Fome, violência, desigualdades, crise econômica, miséria, anestesia ideológica, perda de referenciais, vazio individualista, diluição da família, perda dos espaços públicos, relativização dos comportamentos sociais, indiferença, cinismo social, consumismo... são os grandes desafios de nossos tempos"[6].

Diante desse quadro alarmante começou uma migração de paradigma a nível global, onde se partiu do paradigma da liberdade vivido na modernidade para uma transição ao paradigma da sustentabilidade da Pós-modernidade, pois se vive uma crise política, ética, social e do cuidado.

Sustentabilidade pode ser definida como: "O suficiente, para todos, em todos os lugares e sempre".[7] A ideia é que devemos consumir o necessário para nossa vida, e diminuir o consumo abusivo e depredador para podemos garantir a vida para todos, aqui abarcadas todas as formas de vida, numa visão biocêntrica, em todos os lugares do mundo e para as presentes e futuras geração. Pois bem. A frase falou tão pouco e ao mesmo tempo falou tudo.

Para que essa sustentabilidade seja efetiva é preciso que surja uma consciência global para esse mundo em crise. É a ideia trazida por Jeremy Rifkin[8] na sua obra Civilização Empática.

Foi com essa ideia de visão global desses problemas sociais, ambientais e econômicos que no ano 2000 foram apresentados pela ONU os oito Objetivos do Milênio[9] que eram metas para serem alcançadas até o ano de 2015.

Dando continuidade a esse trabalho, em agosto de 2015 a ONU apresentou os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável que são compostos por 17 objetivos[10] com 169 metas. Essas atitudes são importantíssimas, eis que trazem um direcionamento para vários setores, sejam públicos ou privados, de adotarem medidas para o fortalecimento da sustentabilidade em suas variadas dimensões.

Há divergência entre os doutrinadores acerca dessas dimensões da sustentabilidade, por exemplo, o professor Juarez Freitas[11] em sua obra: Sustentabilidade Direito ao Futuro, trabalha com as dimensões social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental. Já Ignacy Sachs (2009) em sua obra: Caminhos para o desenvolvimento sustentável, trabalha as dimensões social, cultural, econômica, política, ambiental e a do sistema internacional.

5. EFE. Mais de 113 milhões de pessoas foram vítimas de fome extrema em 2018. **Exame**, 2 de abril de 2019. Disponível em: https://exame.com/mundo/mais-de-113-milhoes-de-pessoas-foram-vitimas-de-fome-extrema-em-2018/. Acesso em: 30 set. 2021.

6. BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica**: ética geral e profissional. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 83

7. Esse conceito simples e completo foi retirado de uma variação de um grafite em um muro durante a Conferência Mundial sobre o desenvolvimento sustentável ocorrida no ano de 2002 em Johannesburg.

8. RIFKIN, Jeremy. **La Civilización Empática.** La carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Madrid, Paidós, 2010.

9. 1. Erradicar a extrema pobreza e a fome; 2. Atingir o ensino básico fundamental; 3. Promover a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres; 4. Reduzir a mortalidade infantil; 5. Melhorar a saúde materna; 6. Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7. Garantir a sustentabilidade.

10. 1. Erradicação da pobreza; 2. Fome zero e agricultura sustentável; 3. Saúde e bem-estar; 4. Educação de qualidade; 5. Igualdade de gênero; 6. Água limpa e saneamento; 7. Energia limpa e acessível; 8. Trabalho decente e crescimento econômico; 9. Inovação infraestrutura; 10. Redução das desigualdades; 11. Cidades e comunidades sustentáveis; 12. Consumo e produção responsáveis; 13. Ação contra a mudança global do clima; 14. Vida na água; 15. Vida terrestre; 16. Paz, justiça e instituições eficazes; 17. Parcerias e meios de implementação. ONUBR. Nações Unidas Brasil. Disponível em: https://nacoesunidas.org/. Consultado em 11 de abril de 2019.

11. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

Os autores entendem que a sustentabilidade possui cinco dimensões: a ambiental, a social, a econômica, a tecnológica e a ética conforme construção teórica feita e que se apresenta nas notas de rodapé com relação a cada uma dessas dimensões.

Na dimensão ambiental se discute a importância da proteção do meio ambiente e consequentemente do Direito Ambiental, tendo este como finalidade a garantia da sobrevivência no planeta de todas as espécies de seres vivos.

A dimensão econômica[12] visa diminuição das externalidades negativas da produção, buscando por uma economia preocupada em gerar melhor qualidade de vida às pessoas.

Há uma grande ligação entre a economia e o direito ambiental, eis que ambos visam a melhoria da qualidade de vida das pessoas para alcançarmos um desenvolvimento social, econômico e cultural de qualidade.

A dimensão tecnológica[13] está ligada à inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada, que poderá garantir um futuro sustentável. Está ligada ao uso de novas tecnologias que sejam mais sustentáveis e, portanto, menos impactantes ao meio ambiente.

O debate da ética faz-se necessário porque o que se verifica na atualidade é a morte da ética tradicional.

> Um crescente processo de desintérica e frenética transformação ético-cultural está em pleno vigor atualmente: ascensão acirrada do culto às paixões; a propaganda da liberação dos instintos; a desestruturação de seculares tradições; a vitimização do ego pelas forças impositivas de hábitos de consumo; o exacerbamento do voluntarismo indiscriminado; o desaparecimento e a sensação generalizada da ausência de modelos; a relativização imoderada de todos os possíveis padrões de comportamento; a institucionalização do unilateralismo das minorias, fragmentando ainda uma vez a compreensão da integração e da cooperação humanas; a criação de um consenso vitorioso (capitalismo, democracia e neoliberalismo) empacotado para venda internacional; a imposição da lógica do terror com único mecanismo de contradição com as forças imperantes e determinantes da estruturação das relações sócio-humanas; ainda uma vez, o acirramento renovado dos instintos fundamentalistas, de todos os tipos (raciais, culturais, nacionais, religiosos e étnicos...); a queda e o desaparecimento das grandes ideologias – radicalismo político de direito e/ou esquerda – e seu *revival* contemporâneo, como modo de saudosismo das lutas políticas e *re-politização* da apatia geral da consciência popular.[14]

Por fim, a dimensão social[15] é vista como capital humano e consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos. Está baseada num processo de melhoria da qualidade de vida da sociedade, pela redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria, com o nivelamento do padrão de renda, acesso à educação, moradia e alimentação etc.

Esse enfrentamento dos problemas sociais passa necessariamente pela correção do quadro de enfrentamento de desigualdade social e da falta de acesso da população

12. Para complemento sugere-se a leitura dos artigos: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Dimensão Econômica da Sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. **Veredas do Direito**, v. 13, p. 133-153, 2016; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A busca por uma economia ambiental: a ligação entre o meio ambiente e o direito econômico. *In*: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.). **Governança Transnacional e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2014, v. 1, p. 7-27.

13. Para complemento sugere-se a leitura do artigo: CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Sequência** (UFSC), v. 36, p. 239, 2015.

14. BITTAR, *op. cit.,* 2016, p. 84

15. Para complemento sugere-se a leitura do artigo: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In*: Maria Claudia da Silva Antunes de Souza; Heloise Siqueira Garcia. (Org.). **Lineamentos sobre Sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. 1ed. Itajaí: UNIVALI, 2014, v. 1, p. 37-54.

pobre aos seus direitos sociais básicos, o que, diga-se de passagem, é potencializadora da degradação ambiental.

Visa, portanto, pelo menos a garantia do mínimo existencial que deve ser identificado como o núcleo sindicável da dignidade humana[16], incluindo como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta, eis que previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.[17]

Tudo isso demonstra a importância e a atualidade do debate acerca da dimensão social que é o enfoque do presente artigo e que passa a ser tratada no próximo item.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE

Com a globalização, esperava-se que o crescimento econômico paulatinamente reduzisse a desigualdade social e a pobreza, uma vez que geraria abundância, consequentemente mais empregos, e assim melhor qualidade de vida. Entretanto, a desigualdade social tem aumentado com o passar dos anos.

O Relatório Social Mundial, publicado pelo Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da ONU[18], revelou que a desigualdade social aumentou para mais de 70% da população global. Segundo Guterres, secretário geral da ONU, o mundo defronta-se com "a dura realidade de um cenário global profundamente desigual". De acordo com Sasse (2021), o Brasil está entre os 10 países mais desiguais do mundo, tem a segunda maior concentração de renda, 1% da população mais rica detém 28,3% da renda do país, enquanto 40% dos mais pobres representam 10,4% da renda do país.

A partir da globalização econômica, fornecedor e consumidor podem estar em qualquer local do mundo, acarretando consequências também no mercado de trabalho que, buscando maior competitividade, sofreu inúmeras transformações, notadamente com novas tecnologias, automação e robótica. Necessitou-se de maior especialização frente às novas tecnologias, gerando um aumento na taxa de desemprego de trabalhadores "menos qualificados". O relatório da Organização Internacional do Trabalho descreve bem o resultado:

> Em muitos países, alguns trabalhadores foram afectados negativamente pela reestruturação da produção provocada pela globalização. Em termos gerais, as pessoas com capital, capacidade empresarial, educação e qualificação foram beneficiadas, enquanto os pobres, as pessoas sem recursos, os iletrados e os trabalhadores indiferenciados ficaram a perder.[19]

16. Para complemento sugere-se a leitura do artigo: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Uma nova perspectiva para o Direito Ambiental: o direito ao ambiente como direito fundamental da pessoa humana. **Interesse Público (Impresso)**, v. 18, p. 95-110, 2016.

17. Para complemento sugere-se a leitura do artigo: BENDLIN, Samara Loss; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade frente ao artigo 6º da constituição da república federativa do Brasil de 1988. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

18. **ONU NEWS**. Desigualdade sobre para mais de 70% da população global, mas pode ser combatida. Disponível em https://news.un.org/pt/story/2020/01/1701331. Acesso: em 15 set. 2021.

19. Relatório OIT. **O combate por uma globalização justa nos últimos três anos**. p. 21 Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_722490.pdf .p. 21. Acesso em: 15 set. 2021.

Na visão de Bachelet (2021) trata-se de tripla crise planetária, crises interligadas de "poluição, mudança climática e biodiversidade ampliam conflitos, tensões e desigualdades estruturais colocam cada vez mais, pessoas em situação de vulnerabilidade". De acordo com Cruz[20] a crise afeta:

> [...] todos os aspectos de nossa vida - a saúde e o modo de vida, qualidade do meio ambiente e das relações sociais, da economia, tecnologia e política. É uma crise de dimensões intelectuais, morais e espirituais. Uma crise de escala e permanência sem precedentes na história da humanidade.

A mudança é premente, mas só será efetiva se fundamentada na sustentabilidade. Neste sentido Freitas esclarece que:

> [...] a sociedade do conhecimento terá de se converter na sociedade do autoconhecimento, predisposta, de um lado, à articulação da homeostase social e, de outro, ao melhor uso da capacidade tipicamente humana de projetar, cooperar e experimentar [...] a sociedade do autoconhecimento reunirá forças para fazer gente à magnitude de crises que interagem entre si.[21]

Porém, para implementação efetiva da sustentabilidade "é preciso que surja uma consciência global para esse mundo em crise"[22]. E, para tanto, também deve-se ter em mente a impossibilidade de dissociar os problemas sociais dos ambientais. A política ecológica e a política social devem estar integradas, não se resolve crise ambiental sem que os problemas sociais sejam também solucionados.[23]

A dimensão social da sustentabilidade está relacionada justamente com o desenvolvimento digno do ser humano, diminuindo a desigualdade social, erradicando a pobreza, com consequente melhoria da qualidade de vida de toda a sociedade.

O objetivo maior de se viver em sociedade é o bem-estar coletivo, nas palavras de Aristóteles[24] "o objetivo último da Cidade é promover a vida boa", mais adiante também esclarece a importância da igualdade no tratamento dos seres humanos, afirmando que não se trata somente de uma "comunidade de seres vivos, mas uma comunidade de iguais, procurando viver a melhor vida possível"[25].

De acordo com Freitas:

> Dimensão social no sentido de que não se admite o modelo de desenvolvimento excludente, insensível e iníquo. De nada serve cogitar a sobrevivência enfastiadas de poucos, encarcerados no estilo oligárquico, relapso e indiferente, que nega a conexão dos seres vivos, a ligação de tudo e, mais grave, sabota a condição imaterial do desenvolvimento.[26]

É preciso propiciar condições de acesso aos serviços públicos essenciais e de qualidade. A dimensão social alberga os direitos fundamentais sociais. Portanto, imperiosa a promo-

20. CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali, 2014, p. 138/139.

21. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 27.

22. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. Dimensão social da sustentabilidade e a pandemia da Covid-19: uma análise das desigualdades sociais. **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, v. 280, n. 1. p. 212. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/83685. Acesso em: 15 set. 2021.

23. LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno.** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

24. ARISTÓTELES. **Política.** Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 7.

25. *Ibidem,* p. 251.

26. FREITAS, *op. cit.,* 2019, p. 65.

ção de políticas públicas inclusivas, possibilitando a cada ser humano o desenvolvimento de suas habilidades e qualidades.

Não há como a pessoa desenvolver suas qualidades e potencialidades, sem que seja garantido o acesso à educação de qualidade, moradia decente, alimentação básica, saúde, dentre outros. A ausência de políticas públicas efetivas escancara ainda mais a desigualdade social. De acordo com o filósofo Dworkin:

> É muito improvável que pessoas destituídas há muitos anos, sem receber nenhum novo treinamento eficaz, recobrem seus prejuízos mais tarde, particularmente se forem considerados os danos psicológicos. Crianças que não tiveram alimentação adequada nem chances efetivas de uma educação superior sofrerão prejuízo permanente, mesmo que a economia siga o caminho mais otimista de recuperação. Parte daqueles a quem são negados empregos e assistência social agora, particularmente os idosos, não viverão o suficiente para compartilhar essa recuperação [...].[27]

É importante esclarecer que o desenvolvimento das potencialidades humanas impacta diretamente no desenvolvimento econômico de toda a sociedade. Portanto, além de afetar a dimensão social, também afeta a dimensão econômica da sustentabilidade, por esta razão se afirma que as dimensões da sustentabilidade são multifacetárias e interdependentes. Amartya Sen relata o exemplo dos países asiáticos que buscaram a expansão em massa da educação, esclarecendo assim seus benefícios:

> A criação de oportunidades sociais por meio de serviços como educação pública, serviços de saúde e de desenvolvimento de uma imprensa livre e ativa pode contribuir para o desenvolvimento econômico e para uma redução significativa das taxas de mortalidade. [...] O exemplo pioneiro de intensificação do crescimento econômico por meio da oportunidade social, especialmente na área da educação básica, é obviamente o Japão. [...] O desenvolvimento econômico do Japão foi claramente muito favorecido pelo desenvolvimento dos recursos humanos relacionado com as oportunidades sociais que foram geradas.[28]

Especificamente sobre o Brasil, Sen[29] relata que "a criação de oportunidades sociais tem sido muito mais lenta [...] têm uma longa história de grande desigualdade social, desemprego e descaso com o serviço público de saúde".

A pobreza "deve ser vista como uma privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de pobreza"[30]. Mas, o nível de renda é um meio de se obter as capacidades básicas, como educação, moradia, saúde. Por essa razão, Sen destaca que não se deve dar ênfase somente às desigualdades e pobreza medidas por renda, mas também as relacionadas ao "desemprego, doença, baixo nível de instrução e exclusão social"[31].

De acordo com o Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento[32], a pobreza também "foi exacerbada pela distribuição desigual da terra e de

27. DWORKIN, 2001, p. 312.

28. SE SEN, Amartya. **O Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 61/62

29. *Ibidem*, p. 67.

30. *Ibidem*, p. 120.

31. *Ibidem*, p. 146.

32. **Nosso Futuro Comum**. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 31.

outros bens". Mais adiante, relata-se como a distribuição de terra, acarretou problemas sociais e ambientais:

> [...] necessidade cada vez maior de explorar comercialmente terras boas (muitas vezes para cultivar produtos de exportação), levaram muitos agricultores de subsistência a se transferirem para terras ruins, tirando assim qualquer esperança de participarem da vida econômica de seus países. Pelos mesmos motivos, muitos lavradores nômades tradicionais, que antes derrubavam florestas, cultivavam suas lavouras e depois deixavam que as florestas se refizessem, não tem agora nem terra suficiente nem tempo para que as florestas se recuperem.[33]

Conforme afirmado por Bendlin e Garcia[34], não se pretende extirpar a pobreza com a retirada de bens dos ricos e distribuição igualitária entre todos, mas sim garantindo aos mais vulneráveis educação, saúde, moradia, com o mínimo de qualidade para que possam também ter trabalhos dignos e decentes, propiciando o desenvolvimento equilibrado, participação ativa na sociedade e, por fim o bem-estar de todos.

O problema é que poucos segmentos da sociedade têm acesso aos direitos fundamentais sociais, previstos no artigo 6º da Constituição Federal. Estes direitos representam o mínimo existencial social do princípio da dignidade da pessoa humana. "A atribuição dos direitos sociais básicos apresenta-se como uma condição mínima para que o indivíduo possa reconhecer nas normas da sociedade e o respeito por sua própria pessoa"[35], obstar tais direitos é obstar a própria existência da pessoa humana digna.

4 A PEQUENA PROPRIEDADE RURAL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Como visto nos itens anteriores, a sustentabilidade é dotada de 5 dimensões, dentre as quais, a dimensão social, objeto de estudo no presente artigo e que abarca o direito fundamental de um mínimo existencial para uma vida digna.

Pois bem, já abordado o tema da sustentabilidade e de sua dimensão social, passamos à análise do mínimo existencial e como a pequena propriedade rural insere-se em seu bojo.

Antes, porém, é importante estabelecer a relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, já que o mínimo existencial é conhecido como o núcleo duro, ou seja, insuscetível de relativização, dos direitos fundamentais.

A dignidade humana vem acompanhando a evolução dos pensamentos da humanidade numa acepção de ideal na sociedade, tendo sido positivada nas Constituições dos Estados a partir do início do século XX, alçada a princípio que serve de fonte para a fundamentação de direitos.[36]

Neste contexto, o Estado passa a ter o dever de fomentar os meios para que seu povo possa ter uma vida digna, deixando a igualdade de ter apenas um aspecto formal para atuar no campo material: "[...] com o Estado do Bem-estar Social, a ideia de Dignidade

33. *Ibidem*, p. 31/32.

34. BENDLIN, Samara Loss; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade frente ao artigo 6º da constituição da república federativa do Brasil de 1988. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 15 set. 2021.

35. GARCIA; GARCIA; CRUZ, *op. cit.*, 2021, p. 212

36. DEMARCHI, Clovis. A Dignidade Humana como Fundamento para a Positivação dos Direitos Fundamentais. In: Clovis Demarchi, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Pedro Manoel Abreu. (Org.). **Direito, Estado e sustentabilidade** [livro eletrônico]. São Paulo: Intelecto Editora, 2016.

associa-se a igualdade e justiça e desta forma busca-se promover a inclusão social bem como o acesso a bens e serviços que antes eram privilégios de poucos"[37].

Para relacionar a dignidade da pessoa com os direitos fundamentais é preciso trazer um conceito do que são estes. Para tanto, considerando os diversos conceitos encontrados na doutrina pátria, no presente trabalho, adota-se a definição de Demarchi, para quem "os Direitos Fundamentais são os direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo"[38]. Verifica-se, nesta formulação, que se tratam de direitos positivados na Constituição de um país determinado, dotados de eficácia normativa, com limitação espacial e temporal, beneficiando os integrantes da sociedade que o compõem.

E sendo assim, "por estarem positivados na Constituição de um determinado Estado, estão sujeitos ao controle de constitucionalidade daquele Estado e desta forma são relacionados no sistema jurídico conforme sua hierarquia e importância"[39].

Para estabelecer uma noção sobre a dignidade da pessoa humana, coleciona-se lição de Canotilho citado por Gagliano; Pamplona Filho:

> Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.[40]

Já segundo Sarlet[41] a dignidade da pessoa humana pode ser definida como:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...].

"Por um lado, a Dignidade Humana exige os Direitos Fundamentais para a sua garantia e efetividade, de outro, são os Direitos Fundamentais que representam os conteúdos e, portanto, vão delimitando a Dignidade"[42].

É com a concretização dos direitos fundamentais[43] que a dignidade da pessoa humana é efetivada, estabelecendo-se uma relação direta entre eles.

37. *Ibidem*, p. 32.

38. *Ibidem*, p. 33.

39. *Ibidem*, p. 33.

40. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 567.

41. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 62.

42. DEMARCHI, *op. cit.,* p. 41.

43. "[...] faz-se necessário um esclarecimento sobre a terminologia mais correta usada com referência ao fenômeno em questão. Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas também foram suas justificações. Na nossa opinião três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: direitos humanos, Direitos Fundamentais e direitos do homem. Respaldamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos direitos humanos e direitos do homem se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo Direitos Fundamentais para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado. [...]" Nota de rodapé 1. GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de Direitos Fundamentais. Revista eletrônica Âmbito jurídico, Rio Grande, disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/uma-proposta-de-visao-integral-do-conceito-de-direitos-fundamentais/#_edn1>. Acesso em: 22 de set. 2021.

No Brasil, a Constituição atual estabelece a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa (art. 1º, caput, III).

"Ao Princípio da Dignidade Humana corresponde o núcleo do mínimo existencial"[44].

Verifica-se que o mínimo existencial está ligado às necessidades vitais do ser humano, ao direito à vida e à dignidade que dela se espera. Desta forma, qualquer definição que se faça acerca do mínimo existencial deve compreender as necessidades biológicas e aqueles imprescindíveis à manutenção da dignidade.

Para Garcia, Garcia e Cruz:

> [...] a atribuição dos direitos sociais básicos apresenta-se como uma condição mínima para que o indivíduo possa reconhecer nas normas da sociedade o respeito por sua própria pessoa, e queira compreender como integrante da comunidade moral. Não garantir ao indivíduo a garantia do mínimo existencial é uma forma de alijá-lo da comunidade político-estatal. É o mesmo que negar sua condição política, e sua condição de ser humano, afrontando de forma direta sua dignidade.[45]

Não se olvide que o direito a um mínimo existencial encontra campo de atuação na garantia dos direitos sociais (saúde, moradia, alimentação, educação, entre outros) e possui ligação explícita na proteção ao meio ambiente, já que são condições ambientais favoráveis (como água potável, solo descontaminado, alimentação sem químicos, ausência de poluição atmosférica) que permitem o gozo daqueles em grau desejável, como bem pontuam Garcia, Garcia e Cruz.[46]

Acerca do surgimento e do desenvolvimento da ideia de direitos constitucionais mínimos, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, desenvolveu a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, que busca garantir um mínimo de patrimônio com base no ordenamento jurídico vigente, o que assegura uma existência digna. A teoria não buscou atacar a propriedade privada, porém trouxe uma visão para remodelar estes institutos de direito privado, de forma que se adequasse às novas diretrizes do Direito Civil, submetendo-se ao princípio da dignidade humana:

> Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência.[47]

Nesta linha, no caso de um eventual conflito de garantias constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser ponderado com justificativa para restringir outros bens também protegidos pela Constituição, servindo de um critério seguro para resolução de conflitos.

Pela teoria exposta por Fachin, a conceituação de patrimônio mínimo é relativa e varia conforme a realidade econômica de cada ser humano e fixa a premissa de univer-

44. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Mínimo existencial ecológico: a garantia constitucional a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável. **JURÍDICAS,** Nº 1, v. 10, pp. 31-46. Manizales: Universidade de Caldas, 2013, p. 34.

45. GARCIA, GARCIA e CRUZ, *op. cit.,* 2021, p. 215

46. *Ibidem.*

47. FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 232

salidade, já que pressupõe que toda a pessoa tem um patrimônio, independente de sua situação financeira.

Tanto da Teoria do Patrimônio Jurídico Mínimo quanto do Mínimo Existencial buscam promover a redução das desigualdades sociais, preservando-se direitos sociais básicos a todos, como a saúde, moradia, alimentação, trabalho e educação. "Desta forma, para cada um dos Direitos Sociais existe um mínimo existencial que deve ser mantido"[48].

Destaca-se que ao lado do art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, o art. 6º da Carta Magna traz os direitos sociais que são categoria de direitos fundamentais.

> Assim, os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado e tendem a concretizar perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil. (Art. 1º, IV, da CF/88).[49]

À luz dos preceitos constitucionais, Alimentação e Moradia são direitos que se incluem no mínimo existencial a ser alcançado a qualquer ser humano. O acesso à terra, assim entendido como sua posse e uso adequado, é um conteúdo destes direitos humanos fundamentais, sendo disciplinado pela política fundiária[50].

Acerca da distribuição de terras e sua vinculação ao direito fundamental à moradia, Coma, discorre:

> O uso racional do solo pode ser um instrumento de afirmação do direito ao usufruto de uma moradia digna e adequada, ao mesmo tempo que é um meio de combater uma disfunção do mercado imobiliário especulativo que impede de qualquer forma a concretização daquele direito[51]. (Tradução livre)

Sobre o direito à alimentação, que é o próprio direito à vida, "[...] segundo dados do ministério da agricultura obtidos no último censo agropecuário restou comprovado de forma insofismável a vinculação da pequena propriedade à produção de alimentos"[52].

Não se olvide, outrossim, que a propriedade rural, no desenvolvimento de sua função social, mostra-se eficiente para um meio ambiente equilibrado que assim se mantém com o uso adequado e sustentável da terra (art. 225 da Constituição Federal).

> A função social da propriedade visa que o exercício do direito correspondente se realize com respeito dos interesses do Estado, enquanto este representa a organização suprema que a ele deu a coletividade, e de todas as exigências do bem comum, por considerar-se que o proprietário tem a coisa em nome e com a autorização da sociedade, somente podendo fazer uso das faculdades que sobre ela tem, em forma harmônica com os interesses da mesma sociedade.[53]

48. GARCIA, *op. cit.*, 2013, p. 35.

49. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2001, p 974.

50. "[...] ao assumir que a política fundiária tange à formulação de um ideal de distribuição e uso de terra, é preciso assumir que as estruturas de propriedade das terras refletem a distribuição dos poderes na sociedade e, desta sorte, uma sociedade com poderes concentrados como a brasileira não poder deixar de refletir tal circunstância na distribuição de terras e na forma de seu uso". BOTELHO, Tiago Resende e FAVA, Gustavo Crestani. Mínimo Existencial e o Direito à Alimentação e à Moradia: Implicações da Política Fundiária e da Função Social da Propriedade Existencial. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia. v. 17, n. 17, 2015, p. 112. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/507. Acesso em: 30 set. 2021.

51. COMA, Martin Bassols. **Constitucion y Sistema Economico**. Madrid: Editorial Tecnos, 1988, p. 123/124. No original: "*La utilización racional del suelo puede ser instrumento de afirmación del derecho para disfrutar de una vivienda digna y adecuada, al propio tiempo que es un medio para combatir una disfunción en el mercado inmobiliario especulativo que dificulta en todo caso la realización de aquel derecho*".

52. BOTELHO e FAVA, *op. cit.* 2015, p. 113.

53. MONREAL, Eduardo Novoa. **El derecho de propriedad privada**. Bogotá: Themis, 1979, p. 62.

Já a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais também passa por uma política fundiária de acesso à terra, materializando o direito à moradia e à alimentação. Trilhando esta senda, a ideia de propriedade superou o tradicional cunho eminentemente individualista.

A Constituição da República Federativa do Brasil traz elementos sólidos acerca da necessidade da propriedade cumprir sua função social, consoante pode-se extrair dos artigos 5º, XXIII; 186; e 170[54].

Visto a importância da propriedade para a realização dos direitos fundamentais à moradia e à alimentação dentro do mínimo existencial que permite uma vida digna ao ser humano, importa, agora, apontar a pequena propriedade rural dentro deste mínimo existencial.

A pequena propriedade rural é aquela trabalhada pela família do agricultor, existindo em grande número no Brasil e absorvendo mão de obra com produção mais voltada para o consumo interno do país. Vê-se neste dado a importância dos pequenos agricultores familiares, pois abastecem o país de alimentos, ao contrário dos grandes produtores que se concentram nas exportações.

Incontestável que o agricultor da pequena propriedade rural é o ator mais frágil do setor agrícola nacional que é dominado pelos grandes agricultores que fazem da exportação a base de seu negócio.

Para proteger a agricultura familiar, a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã, criou uma proteção à pequena propriedade rural estabelecendo sua impenhorabilidade, desde que seja trabalhada pela família.

Dispõe o art. 5º XXVI, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 5º 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, nos termos seguintes: [...] XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

A proteção constitucional evita que os agricultores familiares percam a sua propriedade por dívidas decorrentes das intempéries da economia brasileira.

Foi a Lei Federal nº 8.629/93 que estabeleceu o tamanho da área de uma pequena propriedade rural[55], o que possibilitou que a proteção constitucional fosse aplicada.

A regra constitucional deixa claro que estamos diante de uma impenhorabilidade absoluta, que não comporta exceções a serem ditadas por leis infraconstitucionais.

54. CF/88: Art. 5º 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, nos termos seguintes: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...].
Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; [...].
Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

55. LEI Nº 8.629/1993. Art. 4º Para os efeitos desta lei, conceituam-se: I- Imóvel Rural - o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial; II - Pequena Propriedade - o imóvel rural: a) de área até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento; [...].

O Supremo Tribunal Federal (STF), no plano judicial brasileiro, tem exarado um grande número de decisão em que invoca o mínimo existencial nas demandas que envolvam direitos fundamentais[56].

Em relação à pequena propriedade rural, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Tema 961[57], consolidou o entendimento de que a mesma é impenhorável no pagamento de dívidas

A decisão analisou recurso extraordinário com agravo interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que reconheceu a impenhorabilidade de imóvel, reconhecido como pequena propriedade rural familiar, mesmo que gravado com hipoteca, não podendo responder pelas dívidas contraídas na atividade produtiva. A peculiaridade do caso era que os recorridos (família de agricultores) também eram proprietários de outros imóveis rurais.

A ementa da tese restou assim fixada: "É impenhorável a pequena propriedade rural familiar constituída de mais de 01 (um) terreno, desde que contínuos e com área total inferior a 04 (quatro) módulos fiscais do município de localização."

Para o Ministro Relator, Edson Fachin, a Constituição Federal não estabelece como premissa para a impenhorabilidade, a condição da família ser proprietária de apenas um imóvel rural. Traz, ainda, a ideia de que o direito patrimonial deve ser humanizado. Colhe-se dos fundamentos do voto:

> A tessitura constitucional que consubstancia o conteúdo do inciso XXVI do art. 5º da Constituição, na medida em que assenta a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família evoca a proteção da dignidade humana, de modo a garantir a preservação de um patrimônio mínimo, que permita condições suficientes de subsistência.
>
> É preciso reconhecer, portanto, que a redação conferida pelo legislador constituinte ao inciso XXVI é aquela que se volta à proteção da família e de seu mínimo existencial e, por exclusão, não ao patrimônio do credor. Diante desta constatação, verifica-se que a regra geral, quando se trata de dívida contraída pela família, em prol da atividade produtiva desenvolvida na pequena propriedade rural, pelo grupo doméstico, a regra geral é a da impenhorabilidade. [...]
>
> Em trabalhos de natureza acadêmica, pude desenvolver a tese do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Sublinhei nestes escritos a diferença entre patrimônio e propriedade, a fim de deslocar o locus das preocupações do direito para centrá-las na pessoa concreta, abandonando a postura patrimonialista vigente (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44).
>
> O patrimônio mínimo funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana: "Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos inte-

56. Em caráter meramente ilustrativo, citam-se: - decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicada no DJU em 24.11.2000) em questão que versava sobre fornecimento de medicamentos pelo Estado para paciente portador de HIV, fixou a premissa de que a saúde é um direito público subjetivo que não pode ser diminuída à "promessa constitucional inconsequente"; - decisão monocrática do STF proferida na ADPF nº 45, também da lavra do Ministro Celso de Mello, que se afirmou a dimensão política da jurisdição constitucional, com a possibilidade de um controle judicial sobre as políticas públicas, principalmente nas hipóteses de implementação da garantia do mínimo existencial; - Suspensão de Tutela Antecipada 241/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.10.08 (direito à educação, sufragada por decisões posteriores); - Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.10 (direito à saúde).

57. STF, Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) Nº 1.038.507, Rel. Min. Edson Fachin, j. 21-12-2020, DJE de 15-3-2021.

> resses dos credores." (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.1). Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a ideia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.
>
> Nessa linha, Ana Paula de Barcellos, ao sustentar que o mínimo corresponde exatamente ao núcleo essencial da dignidade, traz a imagem de dois círculos concêntricos. O círculo interior cuida do mínimo da dignidade. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado, segundo ela, pela deliberação política, a quem caberá, para além do mínimo existencial, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico (BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. BARCELLOS, 2008, p. 282- 283).
>
> A partir da igualdade e da dignidade, portanto, o mínimo passa a ser exigível, impondo a Constituição, que este abarque um conjunto de garantias materiais para uma vida digna. Trata-se de um conceito aberto, histórico e contingente. [...]
>
> Essa conclusão está em todo harmônica com as premissas que orientam este julgado, no sentido de que as regras de impenhorabilidade do bem de família, assim como da propriedade rural, amparam-se no princípio da dignidade humana e visam a garantir a preservação de um patrimônio mínimo.

Pode-se observar que, com fundamento na preservação do mínimo existencial, o Tribunal Constitucional concluiu que a redação dada ao inciso XXVI do art. 5º da Constituição Federal, pelo legislador, tem o objetivo de proteger a família, para que ela desenvolva uma vida digna.

Preservando a pequena propriedade rural, a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal contribui para garantir o direito à subsistência humana em condições razoáveis de qualidade, apresentando-se como forma de diminuir as desigualdades sociais e a pobreza.

Um mínimo vital condigno é algo que o Estado não pode subtrair ao ser humano, apresentando-se louvável a decisão do STF ao Tema 961, eis que atua positivamente para assegurar o direito a um patrimônio jurídico mínimo ao indivíduo.

Pode-se extrair da decisão sobre o Tema 961 que são as peculiaridades de cada caso que norteiam o alcance dos direitos sociais e do mínimo existencial, pois todos os direitos possuem dimensão individual e coletiva, que não necessariamente excluem-se reciprocamente.

O deslinde deste julgado permite concluir que a Corte Constitucional entende pela necessidade da manutenção de um núcleo essencial de direitos sociais, reconhecidos como direitos fundamentais da pessoa humana, elevando, materializando a dimensão social da sustentabilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sustentabilidade, como princípio, busca direcionar a conduta da humanidade para que se garanta uma continuação digna da vida na Terra, desde que observadas as suas dimensões (ambiental, social, econômica, tecnológica e ética) que se relacionam entre si de forma indissociável.

A dimensão social da sustentabilidade, que foi enfoque teórico da pesquisa realizada no presente artigo científico, apresenta-se com extrema importância, já que enfrenta os problemas econômicos-sociais, dentre os quais a pobreza, desigualdade social e a fome por falta de alimentos, o que provoca desequilíbrios na vida em sociedade, o que afeta a forma como as próximas gerações viverão no planeta.

Não restam dúvidas que apenas com uma equidade na distribuição das riquezas, nestas incluídas o acesso às terras, é que poderemos melhorar as condições sociais dos indivíduos.

Assim realizando-se a dimensão social da sustentabilidade, o princípio da dignidade da pessoa humana que está vinculado aos direitos fundamentais, restará materializado em prestações positivas, atendendo as necessidades básicas de vida digna, retirando o mínimo existencial apenas do plano teórico, alçando-o a um direito efetivo e prático.

Nesta toada, o mínimo existencial, a que alguns doutrinadores denominam de patrimônio jurídico mínimo, constitui o piso constitucional para a justiça social, voltando-se para a promoção de igualdade material e imaterial, o que possibilita o exercício pleno das liberdades civis dentro de uma democracia.

Constatou-se que a Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu art. 6º o rol de garantias sociais básicas, atuando como fundamentação da dimensão social ora pesquisada.

Dentre os direitos sociais assegurados constitucionalmente, a alimentação e a moradia nos interessam de forma mais específica, já que ligadas diretamente ao acesso à terra e, por conseguinte, à pequena propriedade rural.

A função social da propriedade, que permite a construção de uma sociedade justa e respeitadora dos direitos fundamentais à alimentação e à moradia, tem campo de atuação efetivo na pequena propriedade rural.

Destaca-se que a pequena propriedade rural familiar é um instrumento importante para a manutenção de níveis mínimos de proteção à uma vida digna, subsistindo as necessidades vitais, materiais e imateriais, básicas dos seres humanos, na medida em que é responsável pela produção e distribuição de alimentos, assim como possibilita que o direito de moradia efetive-se, alcançando uma parcela sensível da população brasileira[58].

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 961 e decidir pela impenhorabilidade a pequena propriedade rural familiar constituída de mais de 01 (um) terreno que sejam contínuos, cuja área total seja inferior a 04 (quatro) módulos fiscais do município de localização, concedeu à pequena propriedade agrícola conteúdo de direito fundamental, parte do mínimo existencial.

Estabelece-se também um vínculo entre os direitos à alimentação e à moradia com a concepção de função social da sociedade, pois é sabido que pequena propriedade rural familiar é responsável pela produção de boa parte dos alimentos consumidos do Brasil, embora nas pesquisas realizadas não se conseguir dados seguros e fidedignos que pudessem ofertar uma estimativa desta produção.

58. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2015, 15,28% da população de brasileiros vivem em áreas rurais. Disponível em: https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html#:~:text=De%20acordo%20com%20dados%20da,brasileiros%20vivem%20em%20%C3%A1reas%20rurais.

A manutenção da pequena propriedade rural para as famílias de agricultores é um mecanismo que pode assegurar uma distribuição igualitária de terras e seu uso racional e adequado, o que contribui também para a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, cediço que o mínimo existencial – dever do Estado – precisa ser garantido para toda a população, contudo a prioridade é a parte da sociedade considerada mais vulnerável, o que não significa que deve ser inflacionado, alcançando situações que não tratem de condições materiais e imateriais basilares para uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política.** Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017.

BENDLIN, Samara Loss; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade frente ao artigo 6º da constituição da república federativa do Brasil de 1988. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 15 set. 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica**: ética geral e profissional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTELHO, Tiago Resende e FAVA, Gustavo Crestani. Mínimo Existencial e o Direito à Alimentação e à Moradia: Implicações da Política Fundiária e da Função Social da Propriedade Existencial. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia. v. 17, n. 17, 2015. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/507. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 - Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

COMA, Martin Bassols. **Constitucion y Sistema Economico**. Madrid: Editorial Tecnos, 1988.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Sequência** (UFSC), v. 36, p. 239, 2015.

DEMARCHI, Clovis. A Dignidade Humana como Fundamento para a Positivação dos Direitos Fundamentais. In: Clovis Demarchi, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Pedro Manoel Abreu. (Org.). **Direito, Estado e sustentabilidade** [livro eletrônico]. São Paulo: Intelecto Editora, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EFE. Mais de 113 milhões de pessoas foram vítimas de fome extrema em 2018. **Exame**, 2 de abril de 2019. Disponível em: https://exame.com/mundo/mais-de-113-milhoes-de-pessoas-foram-vitimas-de-fome-extrema-em-2018/ . Acesso em: 30 set. 2021.

FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Mínimo existencial ecológico: a garantia constitucional a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável. **JURÍDICAS,** Nº 1, v. 10, pp. 31-46. Manizales: Universidade de Caldas, 2013.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Uma nova perspectiva para o Direito Ambiental: o direito ao ambiente como direito fundamental da pessoa humana. **Interesse Público (Impresso),** v. 18, p. 95-110, 2016.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In*: Maria Claudia da Silva Antunes de Souza; Heloise Siqueira Garcia. (Org.). **Lineamentos sobre Sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. 1ed. Itajaí: UNIVALI, v. 1, p. 37-54, 2014.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A busca por uma economia ambiental: a ligação entre o meio ambiente e o direito econômico. *In*: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.). **Governança Transnacional e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, v. 1, p. 7-27, 2014.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. Dimensão social da sustentabilidade e a pandemia da Covid-19: uma análise das desigualdades sociais. **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, v. 280, n. 1. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/83685. Acesso em 15 set. 2021

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno.** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MONREAL, Eduardo Novoa. **El derecho de propriedad privada**. Bogotá: Themis, 1979.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Notícias**. Disponível em https://brasil.un.org/pt-br/144281-tripla-crise-planetaria-impacta-severamente-direitos-humanos-alerta-bachelet. Acesso em: 15 set. 2021.

Nosso Futuro Comum. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991.

ONU NEWS. Desigualdade sobre para mais de 70% da população global, mas pode ser combatida. Disponível em https://news.un.org/pt/story/2020/01/1701331. Acesso: em 15 set. 2021.

Relatório OIT. **O combate por uma globalização justa nos últimos três anos**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—europe/—ro-geneva/—ilo-lisbon/documents/publication/wcms_722490.pdf .p. 21. Acesso em: 15 set. 2021.

RIFKIN, Jeremy. **La Civilización Empática.** La carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Madrid, Paidós, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SASSE, Cintia. Recordista em desigualdade, país estuda alternativas para ajudar os mais pobres. **Agência Senado**. Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/recordista-em-desigualdade-pais-estuda-alternativas-para-ajudar-os-mais-pobres. Acesso em: 15 set. 2021.

SEN, Amartya. **O Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; De Oliveira, Micheline Ramos. **Migrações e refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2017.

A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DO SNUC E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Evandro Régis Eckel[1]

Submetido em: 04/10/2021
Aceito em: 26/10/2021

RESUMO
A criação e a adequada gestão de um sistema de áreas protegidas é considerada importante ferramenta de política pública de conservação a longo prazo da biodiversidade, dos serviços ecossistêmicos e dos valores socioculturais associados, porém sua consolidação depende de recursos financeiros não contemplados nos orçamento dos entes federativos. Dentro da estratégia de sustentabilidade financeira das unidades de conservação brasileiras, a compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei n. 9.985/2000, exigida no processo de licenciamento ambiental dos grandes empreendimentos causadores de significativo impacto ambiental e fundada no princípio do poluidor-pagador, constitui um dos mais importantes pilares, na medida em que a aplicação dos recursos oriundos deste instrumento econômico-jurídico deve respeitar, por expressa regulamentação, ordem de prioridade que prestigia a regularização fundiária e a elaboração dos planos de manejo das unidades de conservação, medidas fundamentais para implementação do sistema de áreas protegidas e efetivação do direito fundamental ao meio ambiente.

1 INTRODUÇÃO

A criação e o manejo de um sistema de áreas ambientalmente protegidas constitui uma das principais estratégias globais de conservação a longo prazo da diversidade biológica[2], dos múltiplos serviços ecossistêmicos[3], e dos valores socioculturais associados, assim como um dos instrumentos de mitigação das mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global. Daí o dever imposto pelo art. 225, § 1º, III, da Constituição da República (CRFB) e as obrigações assumidas pelo país no plano internacional, entre elas a Convenção da Diversidade Biológica (CDB).

Para além da simples criação oficial desses espaços ambientais protegidos por ato do Poder Público, a efetiva implementação e manutenção das áreas protegidas demanda

1. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente pela UNIVALI, em dupla titulação com o IUACA - Universidade de Alicante, Espanha.

2. Relatório de Avaliação Global do IPBES, ligado à ONU, divulgado em maio de 2019, acerca da perda de biodiversidade em todo o planeta, concluiu que 1 milhão de espécies estão ameaçadas de extinção em decorrência da ação humana. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2019/05/1670971. Acesso em: 3 jun. 2019.

3. Noção desenvolvida a partir da aproximação entre economia e ecologia, que se refere aos benefícios que as pessoas obtêm dos ecossistemas, essenciais ao bem-estar humano e à sobrevivência da própria espécie humana (Millennium Ecosystem Assessment. **Ecosystems and Human Well-being: Synthesis**. Island Press, Washington, DC, 2005. Prefácio. Disponível em: http://www.millenniumassessment.org/en/Synthesis.aspx. Acesso em: 28 maio 2019), como a manutenção do ciclo hídrico e conservação dos recursos hídricos, a regulação das condições macro e micro climáticas, a formação e proteção do solo (fertilidade, controle da erosão etc.), a polinização e o fluxo de genes (função reprodutiva), a movimentação do ciclo de nutrientes, a purificação do ar e o sequestro de carbono. Sobre o tema, sugere-se a leitura de: 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.

consideráveis recursos financeiros. Há um déficit de implementação das Unidades de Conservação (UCs), denominação dada pela Lei n. 9.985/2000, a qual instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), regulamentando o 225, § 1º, III, da CRFB.[4] Inúmeros fatores associados concorrem para essa situação, entre eles o descaso político, as irrisórias dotações orçamentárias, a falta de pessoal e a ausência de regularização fundiária das UCs de proteção integral e domínio público, o que levou a falar-se em parques de papel.[5] Surge, então, a importância do tema da sustentabilidade financeira da UCs e dos instrumentos econômicos que podem ser utilizados para dar efetividade à tarefa de manter e gerir essas áreas protegidas.[6]

Ao lado do cálculo das contribuições econômicas das UCs e da sensibilização da população e do setor empresarial sobre a importância ecológica e econômica da adequada gestão desses espaços naturais protegidos, a estratégia de sustentabilidade financeira das áreas protegidas demanda diagnosticar as lacunas e alternativas de investimento no SNUC, atuais ou potenciais. Em adição às fontes de renda previstas no SNUC, basicamente associadas às escassas verbas orçamentárias, à cooperação internacional e à cobrança de ingresso dos visitantes, é necessário buscar fontes adicionais e diversificadas de financiamento.[7]

Nesse contexto, são destacados os recursos provenientes da compensação ambiental.[8] Convém esclarecer que o termo compensação ambiental é empregado no Direito Ambiental para designar diversos institutos, com fundamentos distintos. O presente artigo vai tratar, especificamente, daquela medida compensatória que deve ser exigida nos processos de licenciamento de obras e atividades de significativo impacto ambiental negativo não mitigável, que demandam prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório, destinada pelo art. 36 da Lei do SNUC a apoiar e implantação das UCs, com aplicação prioritária, por expressa regulamentação legal, nas ações de regularização fundiária e elaboração dos planos de manejo dessas áreas protegidas.

2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL E COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

A Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil, definiu como dois de seus instrumentos a avaliação de impactos ambientais e o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 9º, III e VI). A exigência de licença ambiental para qualquer atividade potencialmente poluidora está prevista no seu art. 10, segundo o qual a construção, instalação, ampliação e funcionamento de esta-

4. Esclareça-se que a denominação genérica "espaços naturais territorialmente protegidos" (ETEP) constitui gênero do qual fazem parte, num sentido estrito, as UCs, objeto da Lei n. 9.985/2000, e também as demais áreas estabelecidas pela Lei n. 12.651/2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, que são as Áreas de Preservação Ambiental (APP), a exemplo das nascentes e margens de rios, e a Reserva Florestal Legal (RL) nos imóveis rurais.

5. ECKEL, Evandro Régis. **A regularização fundiária como principal desafio à implementação do sistema de áreas protegidas.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2020. p. 200-215 e 265-267.

6. O SNUC deve ser regido por diretrizes que assegurem, nos casos possíveis, a sustentabilidade econômica das unidades de conservação e garantam uma alocação adequada dos recursos financeiros necessários para que, uma vez criadas, as unidades de conservação possam ser geridas de forma eficaz e atender aos seus objetivos (Art. 5º, VI e XI).

7. GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz; LEUZINGER, Márcia Dieguez. O financiamento do Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Brasil: características e tendências. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, n. 206, p. 223-243, abr./jun. 2015.

8. Cf. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Departamento de Áreas Protegidas. **Pilares para a Sustentabilidade Financeira do Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. 2. ed. rev. e ampl. Brasília-DF, 2009. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dap/_publicacao/149_publicacao16122010113443.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

belecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

A exigência do estudo prévio de impacto ambiental (EPIA) para licenciar a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, constitucionalizada pelo art. 255, § 1º, IV, da Carta de 1988, como um dos deveres fundamentais impostos ao Poder Público para assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida de todos, constitui-se no instrumento por excelência do princípio da prevenção ambiental. Leciona Martín Mateo que a estratégia preventiva é chave no campo ambiental, já que danos importantes irrogados ao meio ambiente podem ter sequelas graves e irreversíveis.[9]

Cabe explicitar que a avaliação de impacto ambiental (AIA) na esfera do licenciamento ambiental é gênero que abrange diferentes modalidades que ocorrem na gestão ambiental.[10] Dentre elas, aqui se destaca o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e o resultante Relatório (RIMA), previsto na Lei n. 6.938/81 e cuja realização a Constituição de 1998 impôs como obrigatória, na forma da lei, em relação aos projetos de implantação de obra ou atividade potencialmente causadores de significativa degradação ambiental.

As competências dos entes para promover o licenciamento ambiental são delimitadas pela Lei Complementar n. 140/2011 (arts. 7º, XIV e 8º, XIV e X).

O EPIA obedece a diretrizes gerais, iniciando por *contemplar as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-se com a hipótese de sua não execução*. Muitas vezes, explica Milaré, a melhor opção será a não execução do projeto, em razão dos altos custos sociais e ecológicos dele decorrentes.[11] Acerca desse confronto com a hipótese de não execução, assevera Érika Bechara que se admite um impacto ambiental negativo, mas sempre tendo por fundamento, de um lado, os diversos impactos positivos, seja no próprio campo ambiental, seja no social ou econômico, e, de outro, a inevitabilidade de tais impactos. Por isso, entende não haver espaço para se confundir ou se equiparar a compensação ambiental com a "venda do direito de poluir". Tanto é que, em casos de degradação grave ou nas hipóteses em que os benefícios propostos pelo projeto não sejam expressivos, se comparados aos seus impactos negativos, "nem a compensação ambiental logrará justificar o empreendimento, o qual, por conseguinte, não será licenciado".[12]

Há que se proceder à prévia identificação de todos os possíveis impactos de empreendimentos ou atividades ao meio ambiente, verificando a sua tolerabilidade. Ressalta Lyssandro Norton Siqueira, Procurador do Estado de Minas Gerais, que, "não se obtendo segurança quanto aos efeitos do empreendimento a ser licenciado, o EIA autorizará a

9. MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3ª ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003. p. 48.

10. MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018. p. 982-3. São exemplos de avaliação ambiental , documentos que subsidiam a análise emissão da licença ambiental, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), Relatório Ambiental Preliminar (RAP), entre outros.

11. MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**, 2018. p. 1004.

12. BECHARA, Erika. **Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental na Lei 9.985/2000**. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007. Disponível em: http://livros01.livrosgratis.com.br/cp041032.pdf. Acesso em: 4 set. 2021. p. 231. Leme Machado faz semelhante alerta, ao abordar as medidas compensatórias no licenciamento ambiental, no sentido de que elas não podem ser tratadas como um meio de comprar o direito de poluir ou de destruir um ecossistema. "O princípio da compensação não significa que tudo possa ser negociado ou objeto de transação em matéria de dano ambiental" (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 297).

conclusão pela inviabilidade de seu licenciamento, o que implica na materialização do princípio da precaução".[13]

Em segundo lugar, *deve-se identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade,* a fim de definir as medidas corretivas e mitigadoras dos impactos negativos ao ambiente, para eventual responsabilização do autor do projeto. Acerca da noção de impacto, comenta Sílvia Helena Nogueira Nascimento, Procuradora do Estado de São Paulo, que, passados cinco anos da vigência da Lei n. 6.938/81, que contemplou a AIA como um dos instrumentos de caráter preventivo de maior relevância para a proteção e a conservação do meio ambiente, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) editou a Resolução n. 1/86, que teve o grande mérito de apresentar uma definição para impacto ambiental, por ela tratado como: qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais. Essa definição é, na verdade, um desdobramento das definições já cunhadas pela Lei n. 6.938/81.[14]

O EPIA deve, ainda, *definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza*. E, por fim, *considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto*, *e sua compatibilidade*.[15]

Tanto o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) quanto o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) têm um conteúdo mínimo. São requisitos mínimos do EPIA: I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto; II - Análise dos impactos ambientais; III - Definição de medidas mitigadoras; e IV - Programa de Acompanhamento e monitoramento dos impactos ambientais.

As medidas mitigadoras, tendentes a minimizar os impactos adversos, deverão ser apresentadas e classificadas quanto à sua natureza preventiva ou corretiva, avaliando-se, inclusive, a eficiência dos equipamentos de controle de poluição em relação aos critérios de qualidade ambiental e aos padrões de disposição de efluentes líquidos, emissões atmosféricas e resíduos sólidos. É relevante salientar que o projeto só deve ser licenciado se considerar, na medida do possível, a melhor tecnologia disponível (MTD). Deverão também ser mencionados os impactos adversos que não podem ser evitados ou mitigados.[16]

Havendo condições de eliminar os impactos do empreendimento, isso deverá ser exigido. Da mesma forma, existindo possibilidade de medidas de redução ou minimização dos impactos, elas também devem ser determinadas. Só então que, na hierarquia

13. SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **Os princípios de Direito Ambiental e a compensação ambiental no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC)**. *In:* GOMES, Carla Amado. Introdução ao Direito do Ambiente, Lisboa: AAFDL, 2012. p. 196-218. p. 209.

14. NASCIMENTO, Sílvia Helena Nogueira. **Competência para o licenciamento ambiental na Lei Complementar nº 140/2011**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 76.

15. Art. 5º. I a IV, da Resolução CONAMA n. 1/1986, que dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental.

16. MILARÉ, ÉDIS. **Direito do Ambiente**, 2018. p. 1007, mencionado o Manual de Orientação da Secretaria do Meio Ambiente de São Paulo.

de mitigação, é que surge a medida compensatória, voltada justamente aos impactos não elimináveis e não mitigáveis.[17] E não há qualquer distinção entre empreendimentos públicos ou privados, porque, independentemente da natureza do empreendedor, haverá a possibilidade de ocorrerem impactos não elimináveis.[18]

Acerca do conteúdo do RIMA, o qual refletirá as conclusões do EPIA, interessa mencionar que ele deve ser apresentado de forma objetiva e adequada à sua compreensão, e as suas informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por técnicas de comunicação visual, *de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação*.[19]

Destaca-se, para os fins deste artigo, a obrigatoriedade da descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderem ser evitados, e o grau de alteração esperado.[20]

3 COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DO ART. 36 DA LSNUC

A Lei n. 9.985/2000 instituiu e fixou os objetivos e diretrizes do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), visando assegurar que estejam representadas amostras significativas e ecologicamente viáveis das diversas populações, hábitats e ecossistemas do território nacional e das águas jurisdicionais (art. 5º, I). O sistema é formado pelo conjunto de UCs[21] criadas e geridas pelas três esferas de governo, sendo composto por 12 (doze) categorias de manejo divididas em dois grupos: *UCs de Proteção Integral*, cujo objetivo básico é a preservação, sendo admitido apenas o uso indireto dos recursos naturais, a exemplo dos parques e reservas biológicas; e *UCs de Uso Sustentável*, como as Reservas Extrativistas (RESEX) e as Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS), cujo objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.[22] A LSNUC estabeleceu critérios para a criação e gestão das UCs, constituindo norma geral sobre a qual devem se orientar as normas individualizadas de criação de UCs.

O art. 36 da Lei n. 9.985/2000 (LSNUC) estabeleceu a obrigação do empreendedor de apoiar a implantação e manutenção de UCs de proteção integral[23], nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão competente, com fundamento em prévio estudo e relatório de impacto ambiental (EPIA/RIMA).

17. Confira-se também, a propósito da hierarquia das medidas mitigatórias, entre outros: MACIEL, Marcela Albuquerque. **Compensação ambiental**: instrumento para a implantação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. p. 128-130.

18. BECHARA, Erika. **Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental na Lei 9.985/2000**, 2007. p. 253.

19. Art. 9º, parágrafo único, da Resolução CONAMA n. 1/1986.

20. Art. 9º, VI, da Resolução CONAMA n. 1/1986.

21. Lei n. 9.985/2000, art. 2º, I: Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por unidade de conservação o espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

22. Lei n. 9.985/2000, art. 7º e §§.

23. Com isso, revogou tacitamente a Resolução CONAMA n. 2/1996, que estabelecia a implantação de UC de domínio público e uso indireto, preferencialmente, uma Estação Ecológica, como medida compensatória no processo de licenciamento de obra ou atividade de significativo impacto ambiental.

E a Lei n. 13.668/2018 incluiu o § 4º ao art. 36, autorizando que, em virtude do interesse público, a obrigação possa ser cumprida em UCs de posse e domínio públicos do grupo de Uso Sustentável, especialmente as localizadas na Amazônia Legal.

É a chamada compensação ambiental, que consubstancia um dos principais instrumentos de financiamento para a implementação e manutenção das UCs de proteção integral e domínio público no país, como os parques e as reservas biológicas (REBIO), e, agora também as UCs de posse e domínio públicos do grupo de Uso Sustentável, como as Reservas Extrativistas (RESEX).

O instituto da compensação ambiental foi idealizado, como observa a Procuradora Federal Jordana Morais Azevedo, de acordo com a lógica de garantia da preservação, em longo prazo, de amostras do ecossistema afetado, por meio do custeio de áreas protegidas (criação ou implementação), em virtude das perdas de recursos naturais afetados por empreendimentos e consequente restrição de hábitats para o desenvolvimento pleno de espécies da fauna e da flora.[24] Bechara acentua que "a compensação ambiental só faz é reduzir as perdas ambientais provocadas por tais empreendimentos, exigindo-lhes uma contrapartida de melhoria ambiental".[25]

Para Larissa Ribeiro da Cruz Godoy, a compensação ambiental é fruto da convergência de dois instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81): o licenciamento ambiental e a criação de espaços protegidos.[26]

A concretização da exigência dessa medida compensatória ambiental ocorre na fase de juízo de viabilidade das atividades ou de empreendimento capaz de causar significativos impactos negativos e não mitigáveis ao meio ambiente.[27]

Leme Machado assevera que as condicionantes do licenciamento ambiental abrangem três espécies de medidas que se inter-relacionam, limitando ou direcionando uma licença ambiental, quais sejam, as medidas preventivas (que evitam os impactos ambientais negativos), as mitigatórias (que, caso não seja possível prevenir, visam a diminuir ou a minimizar os impactos), e as medidas compensatórias (na impossibilidade de prevenir ou mitigar). Estas têm natureza jurídica absolutamente distinta das demais, pois não guardam relação direta com os aspectos técnicos do empreendimento, mas visam que algo se dê em retribuição à diminuição quantitativa ou qualitativa dos componentes e atributos dos ecossistemas, cuja funcionalidade consiste em permitir internalizar o mais possível os custos derivados da utilização dos recursos naturais.[28]

Ao órgão ambiental licenciador, compete definir as UCs a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EPIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades (§ 2º do art. 36).

24. AZEVEDO, Jordana Morais. **Compensação Ambiental e Gestão dos Recursos**. *In:* Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA. Belo Horizonte: Fórum, ano 19, n. 110, p. 27-35, mar./abr. 2020, p. 27-35. p. 27. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/148/41915/91489. Acesso em: 18 set. 2021.

25. BECHARA, Erika. **A compensação ambiental para a implantação de empreendimentos sujeitos ao EPIA/RIMA e para empreendimentos dispensados do EPIA/RIMA**. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131101100137_8512.pdf . Acesso em: 5 set. 2021.

26. GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. **Compensação ambiental e financiamento de áreas protegidas.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 276.

27. MILARÉ, ÉDIS. **Direito do Ambiente**, 2018, p. 114.

28. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 2018, p. 1098-1102.

No julgamento da ADI 3378[29], histórico para o direito ambiental, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a constitucionalidade da compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei n. 9.985/2000. Por essa regra legal, o órgão ambiental define o montante dos recursos a serem destinados e as UCs de proteção integral a serem beneficiadas. A Corte assentou que não há que se falar em indevida delegação legislativa a órgão do Poder Executivo, porque os parâmetros estão fixados na lei, não havendo como o legislador antever todas as situações fáticas, cabendo ao Poder Judiciário coibir, no caso concreto, eventual excesso do Administrador Público quando da fixação do respectivo valor.

Reconheceu-se apenas a inconstitucionalidade do percentual (art. 36, § 1º), haja vista que o valor da compensação-compartilhamento deve ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa, sendo prescindível, assim, a fixação de percentual de 0,5% (meio por cento) sobre os custos do empreendimento. Para a ampla maioria formada, a compensação deve ser proporcional ao impacto ambiental e não ao empreendimento, o que reflete a preocupação dos Ministros com a instituição de uma espécie de "comissão" para poluir, caso fosse mantida compensação conforme o percentual do empreendimento. Isto é, pagando-se, poder-se-ia degradar o meio ambiente. Outro ponto levantado foi que esse meio por cento, se atrelado ao custo do empreendimento, poderia eventualmente incluir também os custos destinados ao combate à poluição.

A lei, ao instituir o SNUC, criou uma forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimentos de significativo impacto ambiental. Essa compensação era anteriormente prevista na Resolução n. 10/1987, do CONAMA. Para o relator, Ministro Ayres Britto, a compensação ambiental densifica o princípio do usuário-pagador, que contém o princípio do poluidor-pagador, a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica.

Foi salientado, com apoio na doutrina de Leme Machado, que o princípio não traduz punição por ato ilícito nem indenização por dano verificado. É, sim, compensação por impacto ambiental, o que é diverso do dano ambiental, que também poderá ocorrer e sujeitará às responsabilizações devidas. Mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador, ele pode ser implementado. A inexistência de efetivo dano ambiental não significa isenção de partilha de despesas. Assim, para tornar obrigatório o pagamento pelo uso do recurso ou pela sua degradação, não há necessidade de ser provado que o usuário e o poluidor estão cometendo faltas ou infrações.

Já o Ministro Celso de Mello ressaltou a necessidade da garantia do devido processo legal, mediante o asseguramento do pleno direito à defesa e ao contraditório por ocasião da fixação do valor, lembrando que várias declarações internacionais proclamam o princípio do poluidor-pagador, e que o pagamento não significa o reconhecimento ao poluidor de que ele tem, mediante o pagamento dessa compensação, o direito de poluir. O investimento efetuado não visa reparar dano, daí a canalização de recursos para pro-

29. BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3378 DF. Rel Min. Carlos Ayres Britto, j. em 09/04/2008. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753457/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3378-df. Acesso em: 2 jun. 2019.

pósito específico. Não isenta o exame de responsabilidade residual para reparar o dano, caso venha efetivamente a se consumar.

Na mesma linha, entendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o Recurso Especial n. 896.863 que "o montante da compensação deve ater-se àqueles 'danos' [leia-se impactos] inevitáveis e imprescindíveis ao empreendimento previsto no EIA/RIMA, não se incluindo aqueles que possam ser objeto de medidas mitigadoras ou preventivas", enquanto "a indenização por dano ambiental, por seu turno, tem assento no artigo 225, § 3º, da Carta da República, que cuida de hipótese de dano já ocorrido em que o autor terá obrigação de repará-lo ou indenizar a coletividade", de modo que os dois institutos têm natureza distinta, "não havendo *bis in idem* na cobrança de indenização, desde que nela não se inclua a compensação anteriormente realizada ainda na fase de implantação do projeto".[30]

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer asseveram que o princípio do poluidor-pagador objetiva a internalização nas práticas produtivas (em última instância, no preço dos produtos e serviços) dos custos ecológicos externos, evitando que os mesmos sejam suportados de modo indiscriminado por toda a sociedade. Isto porque a utilização de recursos naturais durante o processo gera externalidades negativas, notadamente em termos de poluição e degradação ambiental.[31]

Segundo Cristiane Derani, são chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção, "são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão 'privatização de lucros e socialização de perdas', quando identificadas as externalidades negativas". Por isso, o princípio do poluidor-pagador visa à internalização pelo sujeito econômico (produtor, consumidor, transportador) dos custos relativos externos de deterioração ambiental.[32]

A origem é atribuída à legislação ambiental alemã da década de 1970[33] e, no plano internacional, foi consagrado como princípio 16 da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), de acordo com o qual as autoridades nacionais devem procurar promover a internalição dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição.

Para Derani, a objetivação deste princípio, herdado da teoria econômica pelo Direito, ocorre ao dispor ele de normas definidoras do que se pode e do que não se deve fazer, bem como de regras flexíveis tratando de compensações pela deterioração ambiental, citando Klöpfer, que procura identificar outros desdobramentos do princípio para além da ideia de cálculo de custos, de modo que o sujeito econômico carrega, em regra, a responsabilidade objetiva e financeira pela proteção ambiental, o que teria de cumprir mediante parcial diminuição, eliminação do dano ou por uma compensação financeira.[34]

30. 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, votação unânime, julgado em 19 de maio de 2011.

31. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do Direito Ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 113. No mesmo sentido, DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 142.

32. DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**, 2008, p. 142-143.

33. SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**, 2017, p. 113-114.

34. DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico**, 2008, p.143-144 (grifo nosso).

A compensação ambiental, segundo Marcela Albuquerque Maciel, caracteriza-se especialmente como instrumento econômico decorrente da aplicação do princípio do poluidor-pagador, ainda que se trate, também, de medida compensatória a impactos não mitigáveis à biodiversidade, previstos no EPIA.[35]

Como se verifica, o instrumento da compensação ambiental constante da LSNUC é uma das formas de se concretizar o princípio do poluidor-pagador. Anota Leme Machado que a compensação não é um presente que se dá a alguém, pois se compensa algo que representa um desequilíbrio, tentando-se restabelecê-lo, contrabalançando um inconveniente atual ou futuro.[36]

Cabe mencionar que, no plano doutrinário, em sentido diverso, Bechara sustenta que essa compensação possui a natureza de reparação de danos, embora *ex ante*, "antecipada, é verdade, visto que ela se dá antes mesmo da ocorrência dos danos que se quer reparar", derivada da responsabilidade civil do empreendedor que lhe impõe o dever de arcar com todo prejuízo ambiental decorrente de sua atividade, "equivale dizer, reparação por danos ambientais ainda não ocorridos porém antevistos no licenciamento ambiental, com segurança suficiente para se reputá-los certos".[37]

Para a Procuradora do Estado do Paraná Márcia Dieguez Leuzinger, a compensação ambiental possui natureza jurídica reparatória, não decorrendo da responsabilidade civil. Esta, prevista no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 (PNMA), impõe que o dano já tenha ocorrido para que surja o dever de reparar/indenizar. Para que haja responsabilidade civil, "o dano deve ter acontecido de fato, não sendo suficiente a certeza de sua ocorrência no futuro, ainda que prevista no EIA/RIMA". Também não possui a compensação a natureza tributária, na medida em que não se enquadra em nenhuma das categorias de tributo previstas na CF/88. Tampouco constitui preço público, porque não se está a remunerar um serviço, tampouco o montante devido deriva de contratação privada. A compensação ambiental possuiria, assim, natureza reparatória, porém diferente da responsabilidade civil. Seria uma compensação ecológica preestabelecida, na classificação de Morato Leite.[38]

Priscila Santos Artigas propõe avançar-se na compreensão e aplicação do instituto, sustentando que as medidas compensatórias não se equiparam a uma forma de reparação por dano futuro, tampouco se enquadram necessariamente em uma espécie tributária, defendendo que a compensação ambiental prevista no art. 36 constitui espécie do gênero *medidas compensatórias,* que podem, como quis o STF, ser chamadas de compartilhamento de despesas entre o Poder Público e os empreendedores pelos custos da utilização dos recursos naturais no processo produtivo. Em razão de serem dotadas das características da transversalidade e da interdisciplinaridade, que permeiam a norma jurídica ambiental, podem as medidas compensatórias apresentar-se com diversas facetas, aplicando-se ora

35. MACIEL, Marcela Albuquerque. **Compensação ambiental**: instrumento para a implantação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, 2012, p. 173 e 213.

36. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 2018. p. 92. Adverte que antes de se perguntar se a degradação ambiental é compensável, é preciso verificar se ela é admissível diante do direito, caso contrário não poderá, de forma alguma, ser compensável. (p. 93).

37. BECHARA, Erika. **A compensação ambiental para a implantação de empreendimentos sujeitos ao EPIA/RIMA e para empreendimentos dispensados do EPIA/RIMA**. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131101100137_8512.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020.

38. LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e Cultura. 2009. Unidades de Conservação de Proteção Integral e Populações Tradicionais Residentes**. Curitiba: Letra da Lei, 2009. p. 167-172.

como mecanismos de comando e controle (a exemplo da compensação por supressão de vegetação de Mata Atlântica), ora como instrumentos econômicos, tratando-se, por isso, de instituto híbrido, não enquadrável em uma categoria estanque. Aqui Economia e Direito se conciliam para enfrentar a crise ecológica e o estágio atual de escassez de recursos naturais. Fundamenta-se no princípio do poluidor-pagador, como significativo instrumento capaz de equacionar - ainda que parcialmente - as falhas de mercado do sistema econômico vigente, conhecidas como *externalidades negativa*s, a fim de internalizar os custos dos recursos naturais, desestimulando seu uso no processo produtivo e de consumo.[39]

A autora reforça a importante diferenciação entre os conceitos de dano ambiental e de impacto negativo ao meio ambiente, porque, embora ambos causem modificações no ambiente e todo dano é impacto, nem todo impacto pode ser considerado danoso. As medidas compensatórias destinam-se a compensar pelos impactos negativos, como perdas aceitas, previsíveis, toleráveis e gerenciáveis, ocasionadas pelas implantação e/ou operação de um empreendimento considerado necessário para o desenvolvimento socioeconômico, exigindo um sistema de comando e controle consubstanciado no processo administrativo de licenciamento. Já o dano ambiental é algo intolerável, jamais desejado ou esperado, e, por isso, objeto de (reação da) reparação civil ambiental objetiva, de responsabilidade administrativa e criminal.[40]

Realça Lyssandro Norton Siqueira, na mesma linha, que os princípios do usuário-pagador e do poluidor-pagador têm um eixo comum: aplicam-se ao impacto ambiental, atividade poluente lícita em conformidade com o ordenamento jurídico, para os quais será determinada, pelos órgãos licenciadores, a adoção pelo empreendedor de medidas mitigatórias e compensatórias, diferentemente do dano ambiental, atividade ilícita e contrária ao direito, que vai atrair a aplicação do terceiro, e distinto, princípio da responsabilidade civil ambiental objetiva. Assevera que, não fosse assim, não faria qualquer sentido o seu desenvolvimento, no âmbito do Direito Ambiental, para a solução de questões já encampadas pela teoria geral da responsabilidade civil. Os princípios do usuário-pagador e do poluidor-pagador ocupam-se, justamente, da poluição não contemplada pela responsabilidade, ou seja, a poluição lícita. Tanto o usuário dos recursos naturais quanto o poluidor, exercendo atividades regulares, deverão compensar os impactos ambientais. Esses dois princípios têm na compensação ambiental o seu paradigma por excelência. Arremata o autor que, mesmo com a adoção de medidas visando a redução e mitigação dos impactos, subsistem, no curso do licenciamento ambiental, impactos negativos residuais. São esses impactos (e não "danos") que deverão ser objeto de prévia compensação ambiental do SNUC.[41]

39. ARTIGAS, Priscila Santos. **Medidas Compensatórias no Direito Ambiental**: uma análise a partir da compensação ambiental da Lei do SNUC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 263-269.

40. ARTIGAS, Priscila Santos. **Medidas Compensatórias no Direito Ambiental**: uma análise a partir da compensação ambiental da Lei do SNUC, 2017. p. 10, 42, 107-9 e 264. A autora propõe o emprego dos termos *poluição* e *degradação* como consequências negativas, respectivamente, do *dano* e do *impacto*. (p. 108-9).

41. SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **Os princípios de Direito Ambiental e a compensação ambiental no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC)**. *In:* GOMES, Carla Amado. Introdução ao Direito do Ambiente, Lisboa: AAFDL, 2012. p. 196-218. p. 204-8.

Compartilha-se, nesse artigo, a compreensão doutrinária de que a compensação ambiental não possui natureza reparatória *ex ante* de dano futuro, tampouco tributária, mas de medida compensatória de impactos ambientais negativos não eliminâveis no processo de licenciamento ambiental, fundada no princípio do poluidor-pagador, em linha com o entendimento sufragado pelo STF.

4 METODOLOGIA DE CÁLCULO

Diante do julgamento da ADI 3378 pelo STF, o Decreto n. 6.848/2009 alterou os arts. 31 e 32 e acrescentou os art. 31-A e 31-B ao Decreto n. 4.320/2002, regulamentador da LSNUC. Os arts. 31 e 31-A disciplinaram nova metodologia de cálculo do valor da compensação em fórmula baseada no grau de impacto ambiental, com limite de 0,5% sobre os investimentos necessários para implantação do empreendimento, deduzidos os valores relativos às medidas mitigatórias bem como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento. Por sua vez, o art. 31-B previu que caberá recurso contra a decisão do IBAMA sobre o cálculo da compensação ambiental.

Como observa Larissa Godoy, a nova regulamentação acabou por redefinir o percentual em 0,5%, mas como porcentagem máxima e não mínima, e dos custos totais passaram a ser excluídas outras formas de mitigação de impacto exigidas no licenciamento ambiental. Assim, na nova metodologia de cálculo, a autonomia que se dá ao órgão licenciador ficou definida por critérios mais ou menos determinados no aferimento do grau de impacto.[42]

Para Talden Farias e Pedro Ataíde, a normatização transcrita resultou negativa para o financiamento das UCs, não pela consideração exclusiva dos impactos ambientais negativos, nem pela exclusão dos investimentos ambientais, encargos e custos incidentes sobre o financiamento, mas pela fixação do percentual máximo. O piso mínimo de 0,5% se tornou, agora, o patamar máximo, o que pode comprometer a correspondência e a proporcionalidade entre a compensação e o significativo impacto no caso concreto, o que se mostraria inconstitucional.[43]

Edis Milaré anota que contra essa nova regulamentação foram ajuizadas as Reclamações n. 8.465, pelo Instituto SocioAmbiental (ISA), e n. 17.364, pela Procuradoria-Geral da República, tendo o STF, na prática, considerado válido o Decreto n. 6.848/2009, sobretudo em razão de não estar aperfeiçoado o julgado relativo à ADI 3378 diante da oposição de embargos de declaração ainda não julgados, devendo a metodologia de cálculo ser aplicada.[44]

5 DESTINAÇÃO E APLICAÇÃO DOS RECURSOS

É preciso distinguir a hipótese do *caput* do art. 36 daquela contemplada no seu § 3º. Na primeira, os efeitos dos empreendimentos não afetam diretamente uma UC ou sua zona de amortecimento, caso em que as beneficiárias da compensação serão definidas pelo

42. GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. **Compensação ambiental e financiamento de áreas protegidas**, 2015. p. 267.

43. FARIAS, Talden; ATAÍDE, Pedro. **Compensação Ambiental do art. 36 do SNUC**. 14/02/2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-14/ambiente-juridico-compensacao-ambiental-artigo-36-snuc#_ftnref5. Acesso em: 18 set. 2021.

44. MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1116-7.

órgão licenciador competente, discricionariamente, dentre as UCs de proteção integral ou as de uso sustentável enquadráveis no § 4º.

Nos termos do art. 33 do Decreto n. 4.340/2002, que regulamenta a Lei n. 9.985/2000, a aplicação dos recursos da compensação ambiental de que trata o art. 36, nas UCs existentes ou a serem criadas, deve obedecer à seguinte ordem de prioridade de atividades: I – regularização fundiária e demarcação das terras; II – elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo; III – aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento; IV – desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e V – desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da UC e área de amortecimento.

A ordem de prioridade de atividades estabelecida pelo *caput* observou as necessidades mais prementes da manutenção/implementação das UCs, comentando Farias e Ataíde que a adoção desse critério de ordem de importância significa que não existe discricionariedade no que diz respeito à aplicação dos recursos, cabendo ao órgão ambiental justificar a sua opção entre as possibilidades legais oferecidas, e revelando-se incabível a aplicação dos recursos no aparelhamento da Administração Pública.[45] José Eduardo Ramos Rodrigues também enfatiza que o decreto regulamentador buscou regrar a aplicação dos recursos no sentido de evitar que estes venham a servir para pagamentos de servidores, isto é, "tapar 'buracos' orçamentários dos órgãos ambientais".[46]

O órgão ambiental licenciador, respeitados os critérios previstos no art. 36 da Lei e a ordem de prioridade de atividades ditada pelo art. 33 do Decreto, deverá observar que, inexistindo UC ou zona de amortecimento afetada, parte dos recursos oriundos da compensação ambiental deverá ser destinada à criação, implantação ou manutenção de UC do grupo de Proteção Integral localizada preferencialmente no mesmo bioma e na mesma bacia hidrográfica do empreendimento ou atividade licenciada.[47] Observam Alexandre Nascimento de Almeida e outros que, enquanto o atendimento ao princípio da proporcionalidade tem sido amplamente discutido na literatura, pouco se fala sobre a adequação ao princípio da conexão espacial e funcional, embora a Resolução CONAMA 371/2006, em seu art. 9º, deixa claro o intuito de compensar áreas que possuam uma conexão funcional e, principalmente, uma conexão espacial com os impactos gerados.[48]

Sustenta Leuzinger que a UC beneficiada deveria estar localizada, preferencialmente, na mesma microbacia e no mesmo ecossistema, critérios utilizados pelo antigo Código Florestal para fins de compensação de Reserva Legal (art. 44, III).[49] Para Leme Machado, os recursos a serem pagos pelo empreendedor têm uma inegável relação com a área de

45. FARIAS, Talden; ATAÍDE, Pedro. **Compensação Ambiental do art. 36 do SNUC**, 2021.

46. RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 130.

47. Considerando as Áreas Prioritárias para a Conservação, Utilização Sustentável e Repartição dos Benefícios da Biodiversidade, identificadas conforme o disposto no Decreto n. 5.092, de 21 de maio de 2004, bem como as propostas apresentadas no EPIA/RIMA. Resolução CONAMA n. 237/2006, art. 9º, II.

48. ALMEIDA, Alexandre Nascimento de; XAVIER, Emily Mendes; JUNIOR, Antônio Felipe Couto; VIEIRA, Ludgero Cardoso Galli. Efetividade da Compensação Ambiental Monetária no Brasil. **Floresta e Ambiente**. v. 24 Seropédica 08-Maio-2017. Epub.

49. LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e Cultura. 2009. Unidades de Conservação de Proteção Integral e Populações Tradicionais Residentes**, 2009. p. 169- 172. Esse critério (microbacia) não foi mantido pelo novo Código Florestal. A Resolução CONAMA 371/2006 determina a aplicação prioritária em UC situada no mesmo bioma e na mesma bacia hidrográfica (art. 9º, II).

influência do projeto, e por isso o órgão licenciador não poderia indicar UCs que não estejam ou na área de influência do projeto, na sua bacia hidrográfica, ou na sua microrregião geográfica, se essas UCs ali já existirem.[50]

Contudo, a Resolução CONAMA 371/2006 possibilitou, no parágrafo único do art. 9º, que recursos sejam empregados na criação, implantação ou manutenção de outras UCs do Grupo de Proteção Integral, localizadas em áreas que não sejam diretamente impactadas, permitindo maior discricionariedade do órgão ambiental na destinação dos recursos.[51]

Com relação ao § 3º do art. 36, o legislador criou um sistema especial de licenciamento ambiental, no qual, quando o empreendimento afetar diretamente uma UC específica, ou sua zona de amortecimento, a unidade afetada, mesmo não pertencente ao grupo de proteção especial, deverá ser uma das beneficiárias da compensação[52], e o licenciamento só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável pela administração da unidade. Há, aqui, uma destinação obrigatória.

A propósito, a Justiça Federal do Pará já decidiu, com base no art. 36, § 3º, pela suspensão do repasse de mais de 70% das verbas de compensação ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte ao Parque Nacional do Juruena, entendendo que a deliberação do Comitê de Compensação Ambiental Federal (CCAF) não contemplou todas as UCs afetadas pelo empreendimento, conforme determina o § 3º do art. 36 da Lei do SNUC, o que configura vício de ilegalidade, adicionando que há desproporcionalidade entre os valores destinados ao mencionado Parque e às demais UCs, sobretudo porque a deliberação desconsiderou a primazia que deve ser conferida à região impactada pela UHE Belo Monte e à bacia hidrográfica do rio Xingu.[53]

Nos casos de Reserva Particular do Patrimônio Natural, Monumento Natural, Refúgio de Vida Silvestre, Área de Relevante Interesse Ecológico e Área de Proteção Ambiental, quando a posse e o domínio não sejam do Poder Público (e portanto não haja necessidade de regularização dominial), os recursos da compensação somente poderão ser aplicados para custear as seguintes atividades: I - elaboração do Plano de Manejo ou nas atividades de proteção da unidade; II - realização das pesquisas necessárias para o manejo da unidade, sendo vedada a aquisição de bens e equipamentos permanentes; III - implantação de programas de educação ambiental; e IV - financiamento de estudos de viabilidade econômica para uso sustentável dos recursos naturais da unidade afetada (art. 33, parágrafo único, do Decreto n. 4.340/2002).

50. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 2018. p. 1033. Acrescenta que os recursos arrecadados devem ir para as UCs existentes na área, sejam elas federais, estaduais ou municipais, independentemente do órgão licenciador ser federal, estadual ou municipal.

51. Sobre os critérios de destinação dos recursos, fixados pelo CCAF, em especial, durante a 9ª Reunião Ordinária e a 3ª Reunião Extraordinária, confira-se: SALVADOR, Aline Valéria Archangelo e outros. **A Compensação Ambiental do SNUC: Manual de Atuação do Ministério Público**. Belo Horizonte, ABRAMPA - Associação Brasileira de Membros do Ministério Público do Meio Ambiente, 2020. Disponível em: http://compensacaoambiental.abrampa.org.br/site/manual-pratico-de-atuacao-do-ministerio-publico-na-compensacao-ambiental/. Acesso em: 04 set. 2021.p. 23-26 e 74-81.

52. Considerando-se, entre outros, os critérios de proximidade, dimensão, vulnerabilidade e infraestrutura existentes, segundo o art. 9º, I, da Resolução CONAMA n. 237/2006.

53. Subseção Judiciária de Altamira, processo n. 466-95.2016.401.3903, autor Estado do Pará, juíza Maria Carolina Valente do Carmo, decisão de 06/04/2016.

6 MODO DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO PELO EMPREENDEDOR

No que concerne à seleção das modalidades de execução dos recursos, a regulamentação legal não considerava as peculiaridades do devedor da obrigação, segundo Larissa Godoy, o que podia ser percebido pela falta de definição de uma segura e transparente fórmula de operacionalização da cobrança, com arranjos institucionais pouco eficientes.[54]

Numa evolução histórica, tem-se que, no início, com a entrada em vigor do Decreto n. 4.320/2002, a aplicação dos recursos efetivava-se de forma direta pelo empreendedor, mediante termo de compromisso firmado com o IBAMA e plano de trabalho detalhando o cumprimento da obrigação de fazer. Por isso, o Tribunal de Contas da União (TCU) entendia que o ordenamento jurídico posto sobre a compensação ambiental não criava qualquer prestação pecuniária compulsória, decorrente ou não da prática de ato ilícito, nem impunha ao empreendedor a obrigação de pagar ou recolher qualquer quantia aos cofres dos órgãos de licenciamento ambiental.[55]

Conforme narra Ariene Bonfim Cerqueira, o modo de execução dos recursos da compensação ambiental adotado pelo IBAMA até 2006 atribuía ao próprio empreendedor a responsabilidade pelas obrigações assumidas. O auxílio era prestado às UCs por meio da atuação direta, vez que constituía obrigação de fazer, ou seja, que se materializa com a prática de atos e realização de atividades predeterminadas pelo órgão ambiental, não sendo imprescindível o aporte de recursos financeiros.[56]

Posteriormente, em 2006, passou-se a prever a execução indireta, aportando-se recursos à conta da Caixa Econômica Federal (CEF). De acordo com Cerqueira, por entender não existir restrição legal à possibilidade de execução indireta dessas obrigações, em 2007 o IBAMA firmou acordo de cooperação com a CEF para a criação do Fundo de Investimentos da Compensação Ambiental (FICA), por meio do qual o empreendedor poderia, além de executar por si a obrigação, aportar recursos junto ao FICA, que seriam geridos pelo IBAMA e movimentados, mediante autorização do empreendedor, para cumprimento das obrigações nele pactuadas. O mencionado FICA foi encerrado, acatando-se a recomendação do TCU contida no Acórdão n. 2.650/2009, sem que tivesse havido aplicação de quaisquer dos recursos integralizados.[57]

Finalmente, já sob os auspícios do ICMBio, criado em 2007, a execução era indireta, utilizando-se das chamadas contas escriturais ou gráficas, geridas pela CEF, que atuava como agente financeiro, enquanto o ICMBio atuava como agente executor, até que, em 2013, o TCU realizou nova auditoria sobre a aplicação e fiscalização dos recursos da compensação ambiental, resultando no Acórdão n. 1.853/13, no qual recomendou a suspensão

54. GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. **Compensação ambiental e financiamento de áreas protegidas.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 267.

55. AZEVEDO, Jordana Morais. **Compensação Ambiental e Gestão dos Recursos**, 2020. p. 31-2. Cf. TCU, Acórdão n. 2.650/2009; Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues; j. em 11.11.2009.

56. CERQUEIRA, Ariene Bonfim. **Compensação Ambiental:** Análise Comparativa dos Mecanismos Financeiros dos Sistemas Federal e Baiano e Discussões à Luz da Lei nº 8.429/1992. Trabalho Final (Mestrado). IPE – Instituto de Pesquisas Ecológicas. Escola Superior de Conservação Ambiental e Sustentabilidade. Nazaré Paulista-SP, 2019. p. 32. Disponível em: https://escas.org.br/images/produtos-finais/COMPENSAO-AMBIENTAL-ANLISE-COMPARATIVA-DOS-MECANISMOS-FINANCEIROS-DOS-SISTEMAS-FEDERAL-E-BAIANO-E-DISCUSSES-A-LUZ-DA-LEI-N-8.4291992.pdf. Acesso em: 15 ago. 2019.

57. CERQUEIRA, Ariene Bonfim. **Compensação Ambiental**: Análise Comparativa dos Mecanismos Financeiros dos Sistemas Federal e Baiano e Discussões à Luz da Lei nº 8.429/1992, 2019. p. 32-3

da destinação dos depósitos às contas escriturais desvinculadas do orçamento público, tendo em vista a ausência de previsão legal.

Na prática, portanto, as medidas tendentes à operacionalização desse importante instrumento para a implementação das áreas protegidas no Brasil enfrentaram desacertos e discussões jurídicas. Instaurou-se intensa polêmica junto ao TCU sobre a natureza pública ou privada desses recursos, bem como acerca da aplicação direta (obrigação de fazer) ou indireta (obrigação de aportar recursos) pelo empreendedor. O órgão externo de controle, por meio dos Acórdãos 1.004/16 e 1.732/2016, reiterou sua posição de que se tratava de verba de natureza privada e de aplicação direta, constituindo a compensação ambiental obrigação de fazer do empreendedor, à míngua de lei formal em sentido contrário.

O fato é que o montante até então recolhido fora internalizado aos cofres públicos, tendo os recursos sido integralizados no Fundo de Compensação Ambiental (FCA). Embora de natureza privada, destinavam-se à finalidade pública. Assim, com o objetivo de superar os obstáculos de implementação desse instituto, atendendo à orientação adotada pelo TCU, sobreveio, finalmente, a Lei Federal n. 13.668/2018, a qual, incluindo o art. 14-A na Lei n. 11.516/2007, permitiu a seleção de instituição financeira oficial para criação e gestão de fundo que recepcionará os recursos arrecadados com a compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei Federal n. 9.985/2000, de modo que os empreendedores poderão optar por executar diretamente as medidas junto às UCs indicadas ou por depositar os recursos da compensação ambiental nessa instituição financeira oficial, quitando assim suas obrigações.

A citada Lei n. 13.668/2018 estabelece a possibilidade de os órgãos executores do SNUC selecionarem instituição financeira oficial, dispensada licitação, para criar e administrar fundo privado a ser integralizado com recursos oriundos da compensação ambiental, destinados às UCs instituídas pela União, autorização que se estende aos demais órgãos executores do SNUC, dentre eles os órgãos ambientais estaduais, assinala Jordana Morais Azevedo, acrescentando a Procuradora Federal que "a criação do fundo privado, seguindo as linhas gerais trazidas pela Lei Federal n. 13.668/2018, garante o papel de protagonista do órgão ambiental na definição dos bens e serviços que serão contratados", e "desonera os empreendedores de mobilizar recursos humanos em atividades dissonantes daquelas que integram seu campo de atuação". Lembra, ainda, que, como há UCs beneficiárias de compensações ambientais decorrentes de diversos empreendimentos, "a centralização dos recursos em um único fundo permite aquisições em maior escala e, consequentemente, a um menor custo, além de garantir que o gerenciamento da execução seja mais célere e eficiente".[58]

Portanto, com o advento da Lei n. 13.668/2018, o empreendedor possui a alternativa de cumprir a obrigação legal mediante execução direta ou indireta, aportando recursos no fundo privado criado nos termos da novel redação do art. 14-A da Lei n. 11.516/2007, no montante fixado pelo órgão licenciador, competindo à instituição financeira oficial selecionada a responsabilidade pela gestão dos recursos.

O depósito integral do valor fixado pelo órgão licenciador desonera o empreendedor das obrigações relacionadas à compensação ambiental (art. 14-A, § 2º).

58. AZEVEDO, Jordana Morais. **Compensação Ambiental e Gestão dos Recursos**, 2020. p. 33.

Diante da superveniência de lei ordinária, de modo a atender o princípio da legalidade, o TCU reviu seu anterior entendimento acerca da impossibilidade de execução indireta da compensação ambiental. Ressalvou, contudo, que a execução indireta da compensação ambiental nos processos conduzidos pelos Estados deverá obedecer às disposições locais.[59]

O banco oficial escolhido para gerir e executar o Fundo federal foi a Caixa, que poderá realizar desapropriações de imóveis indicados pelos órgãos ambientais, desburocratizando o antigo Fundo de Compensação Ambiental e permitindo a aplicação dos recursos, até então represados, na regularização fundiária e implementação dos parques e demais UCs.[60]

De posse do termo de concordância com o índice de gradação da compensação ambiental e da manifestação formal da Câmara de Compensação Ambiental, o empreendedor deverá firmar Termo de Compromisso. A Instrução Normativa ICMBio n. 3/2018, regulou os procedimentos administrativos para a celebração de Termo de Compromisso para cumprimento da compensação ambiental no âmbito das UC federais, e fixou regras de transição a fim de integrar as diretrizes anteriores à nova sistemática.[61]

Compreende-se que o objeto do Termo de Compromisso de Compensação Ambiental deve ficar adstrito à forma e às condições para adimplemento da obrigação estabelecida no licenciamento ambiental, não podendo criar obrigações ao empreendedor, tendo apenas o condão de formalizar aquilo que foi estabelecido pelo órgão licenciador, a quem compete fixar o *quantum* da compensação.[62]

O Fundo de Compensação Ambiental (FCA) se caracteriza como fundo privado contábil de natureza financeira, amparado no art. 69 da Lei n. 4.728/1965, criado pela instituição financeira oficial selecionada pelo ICMBio, a ser integralizado com recursos oriundos da compensação ambiental destinados às UCs instituídas pela União, como declara a Portaria n. 1.039/2018, do ICMBio, que definiu os critérios, as políticas e as diretrizes do FCA. Destaca-se, para composição e gestão do FCA, a vedação específica ao recebimento de recursos que não sejam aqueles destinados pelos órgãos licenciadores competentes às UCs. Além disso, os recursos também deverão ser segregados em subcontas abertas, que permitirão a identificação do saldo por empreendimento, por ação específica a ser realizada em cada UC federal, conforme a destinação efetuada pelos órgãos licenciadores, facilitando, assim, a identificação de como e onde o recurso estará aplicado[63], e assegurando maior controle e transparência.

Nessa nova sistemática, o IBAMA, ente federal responsável pelo licenciamento ambiental, calcula o valor a ser destinado a título de compensação ambiental pelo empreendi-

59. Cf. Acórdão 1791/2019 - Plenário; Relatora: Ministra Ana Arraes; Data da Sessão: 31/07/2019. Conforme assentado, a execução indireta da compensação ambiental encontra-se estruturada de diferentes formas nos estados, sendo possível a execução por meio de organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, entidades conveniadas qualificadas e fundos de natureza pública, não se restringindo ao que dispõe a Lei 13.668/2018.

60. Segundo informações do ICMBio, a medida destravaria cerca de R$ 1,2 bilhão de reais retidos, valor a ser aplicado na regularização fundiária e na implementação de unidades de conservação, *mas a regulamentação precisa ocorrer de maneira adequada para medidas saírem do papel.* Disponível em: https://www.wwf.org.br/informacoes/noticias_meio_ambiente_e_natureza/?uNewsID=62522. Acesso em: 11 jun. 2019.

61. Instrução Normativa ICMBio n. 3/2018. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/intrucao_normativa_03_2018.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

62. Nesse sentido, os Pareceres n. 242/20, 306/20, 307/20 e 456/20 da Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina.

63. Portaria n. 1.039, de 29 de novembro de 2018, do ICMBio. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/52753695. Acesso em: 15 ago. 2020.

mento, enquanto o ICMBIO, por sua vez, como ente executor do SNUC responsável pela gestão da UCs federais, demandará a execução das ações junto à instituição financeira.

7 A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO DE SANTA CATARINA

Interessa repisar que o Acórdão n. 1.791/2019 do TCU, que avalizou o mecanismo financeiro federal concebido pela Lei n. 13.668/2018, reafirmou o caráter concorrente entre a União, Estados e Municípios, das normas ambientais, reconhecendo a possibilidade de coexistência de mecanismos financeiros distintos entre os diversos entes federativos, quer sejam estes de natureza jurídica pública, quer privada, e registrou a possibilidade de criação de fundos privados, pelos demais entes federativos, ao estender aos órgãos executores do SNUC a autorização para a seleção de instituição financeira oficial, dispensada a licitação, com vistas a criá-lo e a administrá-lo.[64]

No âmbito do Estado de Santa Catarina, a compensação ambiental constitui um dos instrumentos econômicos da Política Estadual do Meio Ambiente, conforme reza o art. 201, V, da Lei n. 14.675/2009 (Código Estadual do Meio Ambiente). Com a Lei n. 16.342/2014, a compensação ambiental passou a ser disciplinada nos art. 135-A a H.

A efetivação da compensação ambiental inicia com a definição do valor da compensação ambiental na emissão da Licença Ambiental Prévia (LAP), devendo ser assinado termo de compromisso de aplicação da compensação ambiental, que integrará a própria Licença Ambiental de Instalação (LAI) a ser emitida, havendo, então, o início do pagamento do que restou pactuado (art. 135-F).

Estabelece o art. 135-D que, havendo propriedades não indenizadas em áreas afetadas por unidades de conservação já criadas, é obrigatória a destinação de 50% (cinquenta por cento) dos recursos oriundos da compensação ambiental para as suas respectivas indenizações. Havendo mais de uma unidade de conservação estadual com demanda de regularização fundiária, a aplicação dos recursos advindos da compensação ambiental deve priorizar as unidades de conservação e ecossistemas com características similares da área afetada pelo empreendimento (art. 135-E). Do mesmo modo, no âmbito do Estado de Santa Catarina, podem ser criadas com verbas da compensação ambiental estadual UCs de proteção integral municipal (art. 131-E, § 2º).

A execução poderá ser direta ou indireta. Nos termos do art. 135-C, a compensação poderá ser aplicada: I – na execução, pelo empreendedor, de atividades conveniadas entre o órgão licenciador e o empreendedor, mediante termo de compromisso, com base em plano de trabalho detalhado e aprovado pelo órgão licenciador e pelo órgão executor do SEUC, observando-se a boa praxe comercial na prestação de serviços e na aquisição de bens móveis ou imóveis, devendo o empreendedor depositar os valores em conta específica e remunerada em seu próprio nome, cujo saque somente pode ocorrer com a anuência do órgão executor do SEUC; II - na execução das atividades por terceiros, por intermédio de fundo de compensação ambiental, na mesma modalidade executada na esfera federal; e III - por meio do órgão executor do SEUC, quando os recursos financeiros acordados

64. SALVADOR, Aline Valéria Archangelo *et al*. **A Compensação Ambiental do SNUC**: Manual de Atuação do Ministério Público, 2020. p. 67.

forem depositados em nome do órgão executor em contas especiais, específicas para fins de compensação ambiental, não integrantes da Conta Única do Estado, devendo ser utilizados, preferencialmente, para ações de regularização fundiária.

O IMA, ente executor da gestão e fiscalização ambiental no Estado e responsável pela implementação e gestão do SEUC, mantém a Câmara Técnica de Compensação Ambiental (CTCA), com o objetivo de estabelecer e acompanhar os Planos de Aplicação de recursos financeiros oriundos de medidas compensatórias. Recente Portaria n. 100/2020 do IMA estabelece os procedimentos para fins de cumprimento do compromisso de compensação ambiental decorrente do licenciamento ambiental de significativo impacto ambiental, conforme previsto na Lei n. 14.675/2009.

Dentro do SEUC, é emblemático o caso do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro (PAEST), a maior UC de Santa Catarina e de imensa importância para conservação da biodiversidade e para provisão de serviços ecossistêmicos essenciais ao bem-estar humano, notadamente o abastecimento de água para o meio urbano da grande Florianópolis e do sul do Estado. Do final de 2019 para cá, o IMA protagonizou momento histórico, realizando os primeiros pagamentos de indenizações por via administrativa dentro do processo de regularização fundiária e consequente consolidação do domínio do Parque, a fim de garantir que ele cumpra os objetivos de preservação que justificaram a sua criação. Os imóveis foram priorizados seguindo os critérios estabelecidos na Instrução Normativa n. 79 e na Portaria n. 122/2018 do IMA. Os recursos para as primeiras desapropriações amigáveis foram oriundos de compensações por supressão de Mata Atlântica, os quais deverão ser reforçados pelos recursos provenientes da compensação ambiental do art. 36 da LSNUC, já utilizados para aquisição de bens e serviços necessários à gestão e monitoramento do Parque, a exemplo dos equipamentos de combate a incêndios.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República, ao reconhecer o direito fundamental ao meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, impôs ao Poder Público uma série de incumbências necessárias à sua efetividade, consolidando a exigência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) para empreendimentos ou obras com significativo impacto ambiental, a teor do art. 225, § 1º, inciso VI, e determinando a definição de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, vedando a utilização que comprometa a integridade dos atributos ecológicos que justifiquem sua proteção, consoante art. 225, § 1º, III.

Com esse propósito, a Lei n. 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e, em seu art. 36, estabeleceu a compensação ambiental consistente na obrigação do empreendedor de apoiar a implantação e a manutenção de UCs de proteção integral, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão competente, com fundamento em EPIA/RIMA.

No julgamento da ADI 3378, o STF julgou constitucional o instituto, fundamentado no art. 225 da Constituição, destacando o caráter de densificação do princípio do usuário-

-pagador com a assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. Considerou inconstitucional, apenas, o percentual de 0,5% previsto no § 1º, assentando que o valor da compensação deve ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Diante da decisão do STF, a nova regulamentação trazida pelo Decreto n. 6.848/2009 redefiniu o percentual em 0,5%, desta vez como teto, e não piso, e dos custos totais do empreendimento foram excluídos os encargos e custos de financiamento e os valores relativos às medidas mitigatórias exigidas no licenciamento ambiental. Apesar da polêmica sobre a injuridicidade da fixação do referido teto, a nova metodologia de cálculo do valor da compensação, definida por critérios para aferição do grau de impacto ambiental, está em vigor.

Na aplicação dos recursos da compensação ambiental do art. 36 da Lei n· 9.985/2000, em benefício das UCs, deve-se obedecer a ordem de prioridade de atividades que inicia pela regularização fundiária e demarcação das terras, seguida da elaboração dos planos de manejo, medidas necessárias para implementação do sistema de áreas protegidas. Nessa moldura jurídica, a compensação ambiental revela-se importante fonte adicional de financiamento do sistema de unidades de conservação, especialmente das desapropriações necessárias em UCs que devem ser de domínio público.

Devido a controvérsias jurídicas instauradas acerca da forma de cumprimento da obrigação e da sistemática de operacionalização do instituto, foi editada a Lei n. 13.668/2018, conferindo-se a necessária segurança jurídica para que o empreendedor possua a alternativa de cumprir a obrigação legal mediante execução direta ou indireta, com o depósito integral do montante fixado pelo órgão licenciador em fundo privado, desonerando-se da obrigação relacionada à compensação ambiental.

Assim, ultrapassadas as principais discussões em torno da metodologia de cálculo do valor da compensação ambiental e da execução indireta da obrigação pelo empreendedor, é necessário que haja a devida cobrança, destinação e aplicação dos recursos para as finalidades legais, sem prejuízo de que aspectos jurídicos, institucionais e operacionais da compensação ambiental possam vir a ser fortalecidos e aprimorados, para que se confira ao instituto a efetividade, o controle social e a transparência desejados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alexandre Nascimento de; XAVIER, Emily Mendes; JUNIOR, Antônio Felipe Couto; VIEIRA, Ludgero Cardoso Galli. Efetividade da Compensação Ambiental Monetária no Brasil. **Floresta e Ambiente**. v. 24 Seropédica 08-Maio-2017. Epub

ARTIGAS, Priscila Santos. **Medidas Compensatórias no Direito Ambiental**: uma análise a partir da compensação ambiental da Lei do SNUC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AZEVEDO, Jordana Morais. **Compensação Ambiental e Gestão dos Recursos**. *In*: Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA. Belo Horizonte: Fórum, ano 19, n. 110, p. 27-35, mar./abr. 2020. p. 27-35. p. 27. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/148/41915/91489. Acesso em: 18 set. 2021.

BECHARA, Erika. **Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental na Lei 9.985/2000**. Tese de Doutorado**.** São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007. Disponível em: http://livros01.livrosgratis.com.br/cp041032.pdf. Acesso em: 4 set. 2021.

_____. **A compensação ambiental para a implantação de empreendimentos sujeitos ao EPIA/RIMA e para empreendimentos dispensados do EPIA/RIMA**. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131101100137_8512.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 13.668, de 28 de maio de 2018. Altera as Leis n. 11.516, de 28 de agosto de 2007, 7.957, de 20 de dezembro de 1989, e 9.985, de 18 de julho de 2000, para dispor sobre a destinação e a aplicação dos recursos de compensação ambiental e sobre a contratação de pessoal por tempo determinado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (Instituto Chico Mendes).

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Departamento de Áreas Protegidas. *Pilares para a Sustentabilidade Financeira do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. 2. ed. rev. e ampl. Brasília-DF, 2009. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dap/_publicacao/149_publicacao16122010113443.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3378 DF. Rel Min. Carlos Ayres Britto, j. em 09/04/2008. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753457/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3378-df. Acesso em: 2 jun. 2019.

CERQUEIRA, Ariene Bonfim. **Compensação Ambiental**: Análise Comparativa dos Mecanismos Financeiros dos Sistemas Federal e Baiano e Discussões à Luz da Lei nº 8.429/1992. Trabalho Final (Mestrado) IPE – Instituto de Pesquisas Ecológicas. Escola Superior de Conservação Ambiental e Sustentabilidade. Nazaré Paulista/SP 2019. Disponível em: https://escas.org.br/images/produtos-finais/COMPENSAO-AMBIENTAL-ANLISE-COMPARATIVA-DOS-MECANISMOS-FINANCEIROS-DOS-SISTEMAS-FEDERAL-E-BAIANO-E-DISCUSSES-A-LUZ-DA-LEI-N-8.4291992.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ECKEL, Evandro Régis. **A regularização fundiária como principal desafio à implementação do sistema de áreas protegidas**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2020.

FARIAS, Talden; ATAÍDE, Pedro. **Compensação Ambiental do art. 36 do SNUC.** 14/02/2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-14/ambiente-juridico-compensacao-ambiental-artigo-36-snuc#_ftnref5. Acesso em: 18 set. 2021.

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

GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz; LEUZINGER, Márcia Dieguez. O financiamento do Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Brasil: características e tendências. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, n. 206, p. 223-243, abr./jun. 2015.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e Cultura. Unidades de Conservação de Proteção Integral e Populações Tradicionais Residentes**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MACIEL, Marcela Albuquerque. **Compensação ambiental**: instrumento para a implantação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3ª ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.

MILARÉ, ÉDIS. **Direito do Ambiente**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018.

NASCIMENTO, Sílvia Helena Nogueira. **Competência para o licenciamento ambiental na Lei Complementar nº 140/2011.** São Paulo: Atlas, 2015.

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

SALVADOR, Aline Valéria Archangelo *et al*. **A Compensação Ambiental do SNUC**: Manual de Atuação do Ministério Público. Belo Horizonte, ABRAMPA - Associação Brasileira de Membros do Ministério Público do Meio Ambiente, 2020. Disponível em: http://compensacaoambiental.abrampa.org.br/site/manual-pratico-de-atuacao-do-ministerio-publico-na-compensacao-ambiental/. Acesso em: 04 set. 2021.

SANTA CATARINA. Lei n. 14.675, de 13 de abril de 2009. Institui o Código Estadual do Meio Ambiente e estabelece outras providências.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do Direito Ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **Os princípios de Direito Ambiental e a compensação ambiental no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC)**. *In:* GOMES, Carla Amado. Introdução ao Direito do Ambiente, Lisboa: AAFDL, 2012. p. 196-218.

PROCESSO E *ACCOUNTABILITY:*

NOVAS PERSPECTIVAS PROCESSUAIS E O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA

Felipe Cidral Sestrem[1]

Submetido em: 28/09/2021
Aceito em: 28/10/2021

RESUMO
O presente trabalho explora conceitos derivados de outros ramos das ciências sociais aplicadas, a exemplo da *accontability,* buscando estabelecer aproximações e relações com a doutrina de direito processual civil. O estudo se vale de uma metodologia dedutiva, por meio de pesquisa exploratória na bibliografia nacional e estrageira, propondo uma releitura do processo a partir da lógica de responsabilidade social. O artigo parte do pressuposto da ressignificação do processo por meio de um dever de implementação prática de princípios jurídicos levando-se em consideração externalidades econômicas e sociais geradas pelo exercícios da jurisdição. Promove-se, assim, a aproximação do institutos de processo com conceitos como governança pública e governo digital em emergência na legislação para justificar uma nova tomada de posição. Por fim, o trabalho se propõe a debater o papel da implementação dessa nova perspectiva de processo por meio da Advocacia Pública.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em questão incursiona estudo sobre conceitos operacionais utilizados em outros ramos das ciências sociais, com especial enfoque na *accountability.* Busca-se com a abordagem interdisciplinar propor uma nova forma de se compreender o *processo* na perspectiva processual civil brasileira.

O cenário de fundo é a emergência da *governança pública* e do *governo digital* num relevante movimento de maior participação do cidadão nas escolhas sociais, notadamente por meio da aplicação de conceitos como *compliance* no direito público.

Propõe-se, sob um prisma científico-jurídico, investigar quais possíveis transformações o *processo* tem sofrido se internalizado o conceito de *accountability* na sua concepção. Objetiva-se correlacionar o conceito de processo com outros movimentos contemporâneos, a exemplo da *desjudicialização*, estabelecendo conexões com o papel atribuído à Advocacia Pública.

Justifica-se o estudo a partir da resistência de parte da comunidade jurídica em promover-se a abertura do processo para institutos e valores não necessariamente jurídicos nas causas relacionadas ao direito público. Em outras palavras, a justificativa advém da

1. Mestrando em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ/RJ) e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Procurador do Município de Joinville. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5244-2359 E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br

necessidade de se demonstrar como a maneira de se compreender o processo pode defini-lo enquanto metodologia de responsabilização social dos cidadãos pela coisa pública.

O trabalho é dividido em três tópicos. O primeiro deles apresenta três conceitos-chave, *accountability, governança pública* e *governo digital* como eixos condutores da referida análise. O segundo avalia a interação desses conceitos a determinados movimentos processuais contamporâneos, com destaque para a redução da litigiosidade jurisdicional estatal (*desjudicialização*), apresentando uma nova perspectiva para se compreender o processo. O último discute o papel da Advocacia Pública na implementação dessa nova visão de processo calcada na *accountability*.

Utiliza-se o método dedutivo, aliado a pesquisa exploratória em bibliografias multitemáticas, brasileiras e estrangeiras, para apresentar as conclusões desse trabalho.

2 ACCOUNTABILITY, GOVERNANÇA PÚBLICA E GOVERNO DIGITAL

A *accountability* deve ser pensanda num contexto discursivo: ela é primariamente linguística. É qualidade do enunciado, demonstrando a adequação e a relação causal do interlocutor titular de poder; um mecanismo que permite a fluidez do diálogo e do debate autorreferencial.[2] Ela é reflexiva, permitindo que o interlocutor volte-se a si mesmo.

Por ser linguística, a *accountability* trabalha na estrutura de incentivos (*nudges*): para levar os agentes a fazerem aquilo que seja útil e necessário de um ponto de vista de *custo-benefício* ou *custo-efetividade,* apurando-se as externalidades existentes.[3]

É cíclica e autopoiética.[4] Não há *accountability* sem um cenário de *responsabilidade, justificação* e *promoção da democracia*. Ela é um meio para se atingir múltiplas finalidades de interesses comuns.

Accountability[5] em ciência política traduz a ideia de participação na escolha e definição das diretrizes do processo estabelecido. Sem tradução adequada para o vernáculo, *accountability* relaciona-se com a ideia de prestação de contas e de responsabilidade pelos atos, como causa e efeito, elemento de contingência entre ambos. A *accountability típica* é aquela voltada para o cenário eleitoral, por meio do qual os cidadãos sancionam os agentes estatais em virtude dos atos por eles praticados terem sido considerados impróprios. A *accountability atípica* é aquela voltada para outros setores, essencialmente sociais, em que organizações da sociedade e da imprensa sancionam, por meio de denúncias e exposições públicas, agentes estatais eleitos e não eleitos.[6]

2. BOVENS, Mark. **Two concepts of accountability:** accountability as a virtue and as a mechanism. West European Politics, n. 33, 2010.

3. MANIN, Bernard; PZREWORSKI, Adam; STOKES, Susan Carol. Eleições e Representação. **Revista Lua Nova.** São Paulo, v. 67, p. 105-138, 2006.

4. LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais:** Esboço de uma teoria geral. São Paulo: Editora Vozes, 2016.

5. A discussão não gira em torno especificamente sobre as diferentes visões de *accountability política* e as diferenciações entre *accountability horizontal* e *accountability vertical* (O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Revista Lua Nova:** Revista de cultura e política. São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998). Muitos autores também identificam a *accountability horizontal* com a moralização ou judicialização da política (LORD, Lucio Jose Dutra. Impeachment, Relações entre Direito e Política e *accountability* no Brasil atual. **Revista de Direito Brasileira**, v. 14, n. 6, p. 252-263, ago. 2016).

6. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dossiê Política, Direito e Judiciário. **Revista de Sociologia Política.** a. 21, v. 45, mar. 2013.

É, ainda, subdividida em *accountability horizontal,* também chamada de *institucional,* em que agentes estatais, de forma individual ou coletiva, detém a atribuição de requerer informações e justificações de outros agentes estatais, com a competência residual de sancioná-los em razão do conteúdo dos dados apresentados.

> No exercício do poder Judiciário, dotado de garantias extensas de independência e sem mecanismos de seleção por eleições, como o previsto constitucionalmente no Brasil, as formas de *accountability* judiciais encontram-se principalmente na esfera institucional, podendo ser diferenciadas como: (*i*) "*accountability* judicial 'decisional'", que significa a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essas decisões; (*ii*) "*accountability* judicial comportamental", que significa receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade, entre outros), também sendo autorizada a atribuição de sanção; (*iii*) "*accountability* judicial institucional", que diz respeito às informações e às justificações sobre ações institucionais não jurisdicionais (administração, orçamento e relações com outros poderes), assim como a sanção pela realização de processos institucionais inadequados; (*iv*) por fim, "*accountability* judicial legal" significa o fornecimento de informações e justificações sob o cumprimento da lei, além da sanção no caso de sua violação.[7]

O uso do termo tem se difundido em razão da tentativa de modernização de instituições[8] e de modismos[9]. Por outro lado, a investigação científica do emprego do termo em processo civil rompe com o problema da superficialidade para se pensar as possíveis caracterizações que *accountability* pode vir a possuir no direito.

O termo *accountability* é aplicado às relações sociais de maneira ampla[10]. Ainda que cunhado especificamente para o cenário político, admite-se a possibilidade do uso de *accountability* também para setores *extrapolíticos,* a exemplo do cenário cultural, social, econômico e, portanto, jurídico-processual.

> Uma curiosidade sobre o termo accountability é que ele é, ainda, pouco acionado pelo universo jurídico. Ao invés de accountability, juristas tradicionalmente utilizam o conceito de "responsabilidade" para evocar o dever que um determinado agente tem para agir (ou deixar de agir) em uma dada circunstância, de acordo com uma certa prescrição legal, e as consequências que advêm dessa ação (ou omissão). A utilização do conceito de accountability é mais comum na literatura de relações internacionais e da ciência política, onde é estudado como uma variável responsável por controlar o processo de tomada de decisões. Juristas, no entanto, na medida em que se consideram aptos a participar no processo de desenho institucional de uma certa organização, não podem se dar ao luxo de ignorar o potencial e a fortuna crítica e histórica do conceito.[11]

A demanda por *accountability* revela uma tentativa de identificar as fontes que regram as relações sociais submetidas ao instituto, tanto formais, quanto informais, além dos

7. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dossiê Política, Direito e Judiciário. **Revista de Sociologia Política.** a. 21, v. 45, mar. 2013.

8. Fazendo-se aqui a autocrítica necessária para se levar em conta a necessidade de justificação do presente trabalho, pautado não em flagrante intenção de modernização da lógica antagonista como se pensam relações processuais, mas antes na aproximação do cooperativismo processual à regra do dia.

9. Parte da doutrina aborda o uso indiscriminado do termo que acaba retirando-lhe a força adequada. O emprego atécnico acaba dando-lhe uma espécie de popularidade nociva à adequada compreensão de seu uso (Dubnick, Melvin J. Seeking salvation for accountability. *In:* **Annual Meeting of American Political Science Association**, 2002. Washington. Pappers. Whasington: American Political Science Association, 2002).

10. MASHAW, J. L. Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance. *In:* DOWDLE, M. **Public accountability: designs, dilemmas and experiences**. Cambridge: Cambridge University, 2006.

11. RACHED, Danielle Hanna. Accountability e desenho institucional: um "ponto cego" no direito público brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília: UniCEUB. v. 11, n. 1, Abril de 2021. p. 207.

padrões de comportamento que o permeiam, inclusive os clandestinos. Surge em meio à necessidade de estabelecimento de escolhas técnicas em diferentes áreas, seja na saúde, engenharia, arquitetura, direito. É a justificação das escolhas realizadas pelos profissionais técnicos e a adequação dessa posição, sobre a precisão das escolhas e a aceitação do caminho percorrido que vão demonstrar o uso da *accountability* em cenários não políticos.

A *accountability* pressupõe um *dever informacional* bifronte: tanto voltado para o agente que deve internamente motivar as decisões, quanto externamente no sentido de lhe impor um dever de explicitação da sua conduta e de promover um debate dialógico.[12]

Não é outra a situação verificada no âmbito das relações de consumo. Desde meados do século passado, litígios entre grandes conglomerados empresariais e os direitos individuais de pessoas consumidoras dos seus produtos tem demonstrado a necessidade dessas empresas prestarem contas quanto às ações que afetam a vida dos cidadãos.[13]

Ela compreende uma estrutura com dupla subdivisão: a *answerability,* ou dever de resposta ou de prestar informações (acima abordado), e o *enforcement* (o dever de cumprir a lei; de ser coagido por meio de sanções).

A *accountability* também pressupõe a multipolaridade da relação ou, ao menos, a bilateralidade dos polos, dentre os quais são identificados os tomadores de decisão (*power-holders*) e os afetados (*account-holders*). Sem prejuízo, em arranjos complexos, pode-se desenhar interações em que não estejam bem definidos os papéis.

> A palavra accountability remete, implicitamente, à responsabilização pessoal do agente público pelos atos que pratica e, explicitamente, à exigente prontidão para a prestação de contas. Embora seja um termo que se tornou recorrente entre os intelectuais ingleses a partir de meados do Século XVIII, não se encontra sinônimo em língua portuguesa para a mesma ideia e, na realidade da administração pública brasileira, esse termo ou a ideia que ele representa não é aplicado para traduzir ou contextualizar políticas públicas até meados do Século XX. Pode-se associar o aparecimento do termo na praxe da administração pública inglesa com a emergência do sistema capitalista que forçou as instituições públicas, em virtude da vigilância quanto às condições efetivas de livre concorrência, a abandonarem paulatinamente os referenciais do patrimonialismo.[14]

Regras de *accountability* estabelecem subnormas de perfomance ou não performance em razão de uma norma principal. Portanto, a *accountability* não impõe uma relação jurídica originária, mas é derivada de uma relação pré-estabelecida.[15]

Ao ranquear a *assertividade* da relação primária, a *accountability* restringe o grau de atuação ou a margem de decisão do *power-holder*. Essa restrição é conceituada como a *densidade* do regime de *accountability,* classificada a partir de seis dimensões diferentes: a) formal; b) espacial; c) cognitiva (ou de *expertise*); d) de performance ou de desempenho; e) procedimental; f) sancionatória.[16]

12. BOVENS, Mark. **Two concepts of accountability:** accountability as a virtue and as a mechanism. West European Politics, n. 33, 2010.

13. A esse respeito, sugere-se o filme *Dark Waters*, que estrelou *Mark Ruffalo,* distribuído no Brasil com o nome "O Preço da Verdade". O filme está disponível na plataforma *Netflix* para audiência. No referido longa metragem, discute-se os efeitos nocivos de práticas de mercado consumerista e a *accountability* para membros de uma comunidade, além de trabalhadores e usuários dos produtos.

14. CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública.** Rio de Janeiro: fev./abr. 1990

15. O'NEILL, Onora. **Rethinking informed consent in bioethics**. Cambridge: Cambridge University, 2007.

16. RACHED, Danielle. Accountability e desenho institucional: um "ponto cego" no direito público brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília: UniCEUB. v. 11, n. 1, abr. 2021.

É por isso que não se pode confundir a *accountability* política e extrapolítica com a existência de relações não jurídicas e jurídicas, respectivamente. Pressupor uma dualidade entre *accountability política* e *jurídica* é um engodo.[17]

A *governança pública,* por sua vez, remonta a um periodo de delegação a terceiros da autoridade e do poder de administração do capital à distância, especialmente à década de 30 do século passado, em que havia certo distanciamento entre propriedade e controle.[18]

O termo *governança* problematiza a questão de agência, isso é, um descolamento entre a titularidade do bem jurídico ou do patrimônio em face da gestão e da tutela desse bem, inclusive no setor público. Nesse âmbito, a relação é estabelecida entre agentes (gestores públicos) e cidadãos (titulares).[19]

> [...] a governança sugere o estabelecimento de procedimentos e a correspondente execução, com fins de instrumento gerador de eficiência administrativa para o alcance dos resultados alinhados entre o agente e o principal. [...] Para cumprir adequadamente o seu papel, a administração pública, nos seus diferentes níveis, federal, estadual e municipal, necessita estar bem estruturada e, dessa maneira, atuar com eficiência, eficácia e efetividade em favor da sociedade.[20]

As falhas das relações, especialmente comunicativas, entre *stake-holders* e *share-holders,* além da ineficácia e do caráter meramente formal dos conselhos colegiados criados nas organizações foram fatores que influenciaram na adoção de práticas de governança nas instituições. Some-se a isso a execução de ações por parte dos órgãos de direção que, em muitos casos, eram contrárias aos interesses dos *share-holders* minoritários.[21]

O termo *governo digital*[22] advém das disposições da Lei Federal nº 14.129, de 29 de março de 2021, que estabelece princípios, regras e instrumentos, focando na eficiência pública. Ele se insere especificamente na esfera política e administrativa, a despeito do termo *governança* ter aplicação ampla, irradiando efeitos para a sociedade civil.[23]

O movimento de digitalização (primeira das etapas de um *governo digital*) data do final do Século XX, a partir da emergência das tecnologias de comunicação (TICs), buscando a promoção e ampliação do acesso à informação.[24] Todavia, ao lado dela, inserem-se os movimentos de transformação, engajamento e contextualização.[25]

> [...] convém destacar que o conhecimento tecnológico não importa diretamente na desconsideração dos conhecimentos produzidos antes do "novo tempo". O que marca, objetivamente, a era da informação é a possibilidade de replicação considerável, em termos

17. FEREJOHN, John Arthur. Accountability in a global context. **Institute for International Law and Justice – Working Paper**, v 1. n. 5. Nova York: New York University, 2007.

18. ALVARES, E.; GIACOMETTI, C.; GUSSO, E. **Governança corporativa**: um modelo brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

19. BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. **Revista de Sociologia e Política**., v. 19, n. 39, p. 103-114, jun. 2011.

20. TEIXEIRA, Alex Fabiane; GOMES, Ricardo Corrêa. Governança Pública: uma revisão conceitual. **Revista de Serviço Público**. Brasília, n. 70, a. 4, out/dez de 2019. p. 519-550.

21. ANDRADE, Adriana; ROSSETI José Paschoal. **Governança corporativa:** fundamentos, desenvolvimento e tendências. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

22. GRÖNLUND, Åke; HORAN, Thomas A. Introducing e-GOV: History, Definitions, and Issues. **Communications of the Association for Information Systems**, v. 15, n. Jun, p. 713–729, 2004.

23. FIGUEIREDO, Rejane Maria da Costa; SOARES, Vanessa de Andrade; MARTINS, Lauro Barros; ALMEIDA, Maria Luiza Ferreira Assumpção; MELO, Leonardo Sagmeister de; RAMOS, Cristiane Soares. **Governo Digital Brasileiro: relatório técnico.** Brasília: Universidade de Brasília, 2019.

24. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUZA, Thanderson Pereira. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Seqüência** (Florianópolis). n. 84, p. 209-242, abr. 2020.

25. FIGUEIREDO, Rejane Maria da Costa; SOARES, Vanessa de Andrade; MARTINS, Lauro Barros; ALMEIDA, Maria Luiza Ferreira Assumpção; MELO, Leonardo Sagmeister de; RAMOS, Cristiane Soares. **Governo Digital Brasileiro: relatório técnico.** Brasília: Universidade de Brasília, 2019.

> quantitativos, de processos tecnológicos aplicáveis a procedimentos civis e comerciais, com redução de custos e maximização de qualidade [...] mostra-se plenamente possível e mesmo evidente sustentar que as tecnologias de informação transformaram os padrões das relações humanas, repercutindo nos arranjos sociais, econômicos e políticos. O fluxo amplo e constante de dados e informações (i) refez o comportamento dos indivíduos, que agora possuem espaços e processos virtualizados; (ii) influencia atividades comerciais em suas diversas dimensões, inclusive ressignificando o sentido de trabalho; bem como (iii) impõe, politicamente, a ampliação de interação no âmbito das instituições democráticas.[26]

A marca diferenciadora do movimento do *governo digital* é o uso das tecnologias de informação e comunicação que, apesar de reduzirem os buracos dos procedimentos, especialmente pela roborização de trabalhos padronizados, acabam gerando maior abismo para os hipossuficientes e hipervulneráveis, agravando as relações processuais existentes em procedimentos administrativos ou judiciais.

Conjugados em todos os níveis, a *accountability* como um dos princípios da *governança pública* e, ainda, a emergência do *governo digital* como uma forma de encurtar espaços, reduzir a repetição de procedimentos em escala e garantir maior eficiência à máquina administrativa, demonstram um esforço evidente de implementação de princípios de Direito Administrativo com foco na resolutividade de litígios.

Contudo, maximizar procedimentos por meio de uma abertura tecnológica à população e implementar fatores de eficiência administrativa por meio da *governança* são compatíveis com o exercício de direitos na arena processual sob uma perspectiva clássica de *processo,* em que as partes são antagonistas e podem realizar atos processuais por mera liberalidade, desde que não estejam vedados pela legislação?

3 O PROCESSO SOB UMA PERSPECTIVA RESPONSÁVEL E RESPONSIVA

O que significa pensar o processo como *accountability*? Admitir a possibilidade de sanção dos *account-holders* em face do *power-holder* (*in casu,* do detentor da atividade jurisdicional) é a expressão máxima da *accountability* internalizada como elemento de compreensão do processo?

Toda atividade jurisdicional, desenvolvida por meio de processo, é submetida a controle e possui consequências (CPC, art. 5º). O exercício de posições processuais deve ser quantificado, também, sob um viés de responsabilização dos atos (CPC, art. 79).

O processo pode ser pensado como *accountability* e com *accountability*. Pensá-lo como, sugere imaginar o instrumento processual como forma de *resposta* ao exercício adequado das posições dos litigantes na sociedade e, ainda, o dever de agir para a produção de um *superávit* de proteção dos direitos (*alterum non laedere*). Pensá-lo com, sugere utilizar a *accountability*[27] como termômetro do exercício adequado da *boa-fé processual,* aferindo-se

26. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUZA, Thanderson Pereira. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Seqüência** (Florianópolis). n. 84, p. 209-242, abr. 2020.

27. Apesar de parcela da doutrina sustentar que a proibição de comportamento processual contraditório não seria aplicável nos casos entre conflitos de princípios processuais, especialmente boa-fé e cooperação processual (TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015), adota-se a posição nesse trabalho de que toda atividade processual deve necessariamente apresentar um caráter cooperativo, inexistindo antinomia a ser dirimida nesses casos. Portanto, compreende-se que, mesmo no conflito entre *cooperação* e *boa-fé* poder-se-ia sustentar a existência de *venire contra factum proprium,* valendo-se da *accountability* como fator de medição da existência de inadequação da opção sustentada pela parte, passível de sanção (*enforcement*).

as subfunções[28] do princípio, a exemplo da hermêneutico-interpretativa, de criação de deveres secundários, anexos, laterais ou instrumentais, de limitação ou regulação de direitos subjetivos e, principalmente, da proibição de comportamento processual contraditório.[29]

Quantificar a *accountability* remete o agente à verificação do grau das sanções aplicáveis (*tight coupling*).[30] Quanto maior a incidência das sanções, a *assertividade* da subsunção realizada e o peso, maior será a efetividade da *accountability*. Apesar da sugestão, o termo *sanção* não deve ser compreendido apenas como penalidade: a conceituação deve ser ampla, admitindo procedimentos mais ou menos contundentes para se permitir a apresentação da adequação das escolhas no processo decisório.

Quanto maior a *accountability judicial,* maior a qualidade de um sistema de precedentes, que será mais reflexivo. Por outro lado, tanto maior a *answerability* das decisões, maior será o incentivo para sua sindicabilidade.

Exercer posições processuais, por meio da perpetuação do conflitos, interpondo recursos – pensados em si a partir da legislação processual – pode corresponder a um dos aspectos do *enforcement* da *accountability* dos *account-holders* exercido em face dos *power-holders*. Todavia, pensar dessa forma seria admitir que a *accountability* do processo deveria estar voltada não apenas para o produto da atividade jurisdicional – a decisão de pacificação do conflito – mas para o exercício de qualquer dos atos processuais.

A participação da relação processual em si gera um dever de *accountability*?

Quando um legitimado processual exerce uma posição na relação, ele consolida ou constrói jurisprudência. Todo exercício de uma posição processual é um exercício de criação e de participação do sujeito no tecido social jurídico, exercendo deveres e responsabilidades. A situação torna-se mais sensível quando se avalia a posição processual de litigantes em demandas coletivas. Qual é o papel de um representante de classe em uma ação civil pública? Quais as consequências da representação de uma categoria de afetados em um processo estrutural? Qual o dever correspondente caso um legitimado coletivo não recorra da decisão?

A partir dessa compreensão, não se pode pensar na *accountability* apenas como instrumento de responsabilização dos agentes estatais (i.e. Juízes, Promotores, Advogados Públicos, Defensores Públicos): deve-se pensar na *accountability* como uma qualidade do próprio processo no qual todos os participantes, em igualdade de condições e adotando posições cooperativas (em jogos de soma não-zero) terão um papel decisivo na construção da solução coletivamente pensada.

O grande problema verificado nas experiências práticas é que, em jogos de soma não-zero, diante da necessidade de se superestimar ganhos (*payoff*s), há desestímulo para negociações que tendam a se tornar falhas em razão da adoção de posições indi-

28. SANTOS, Welder Queiroz dos; SANTOS, Valmir Alaércio dos. A proibição de comportamento processual contraditório. *In:* LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Panorama atual do Novo CPC: de acordo com a Lei 13.256/2016.** Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016. p. 571-582.

29. SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório.** 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

30. SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.. **The self-restraining state: power and accountability in new democracies**. Boulder: Lynne Rienner, 2009.

viduais. *Accountable negotiations* não atraem grandes coalizões e não geram benefícios superiores.[31]

Diversamente do que descrito na doutrina norte-americana, a partir de uma opção consciente de estímulo à solidariedade social, sustenta-se que a *accountability é* expressão da cooperação, ao menos processual, pautada na boa-fé. Ela estimula a formação de coliazões que estimularão o manejo de ações coletivas e reduzirão o espectro de litigância individual de massa, na dependência da procedência dos pedidos formulados (dado o modelo de cláusula aberta *opt-in* adotada no processo civil brasileiro).

Toda decisão carrega em si a potencialidade de produzir um precedente, seja qual vinculatividade tiver. Pensar em obrigatoriedade[32] horizontal e vertical da lei é pensar em *accountability vertical* ou *horizontal,* considerando a participação no processo como o exercício um *múnus público*, independentemente da natureza da matéria versada.

Principalmente em demandas que tratam de direito público, com a intervenção das Advocacias de Estado, a *aswerability* e o *enforcement* decorrentes da posição processual adotada por cada um das partes tem custos e consequências. A função interpretativa de uma teoria dos precedentes atrelada ao princípio da segurança jurídica e dos deveres de prevenção, esclarecimento e consulta relacionados ao princípio do devido processo legal substantivo impõem um dever de *responsividade* do processo e de cada uma das posições das partes legitimadas e integrantes da relação.

Internalizar a *accountability* das partes, inclusive do titular do poder jurisdicional, evitaria em tese a adoção de posições de combate[33] não cooperadas (abusivas) e incentivaria[34] a solução satisfativa do mérito da demanda em detrimento de opções formais pela extinção dos processos, a exemplo do que se verifica na *jurisprudência ofensiva*[35].

Num cenário de otimização de procedimentos, a justificação (*answerability*) por ser um instrumento eficaz para se racionalizar o processo, reduzindo o ajuizamento de demandas (*desjudicialização*) e a adoção de atos processuais desnecessários, inclusive recursos.

Contudo, os dados práticos[36] identificados demonstram contraditoriamente que a *accountability* desincentiva a criação de grandes grupos, privilegia a adoção de posições inidivduais e foca na obtenção de resultados particurizados, por cada um dos sujeitos. Uma potencial sugestão para esse fenômeno estaria presente na grande diversidade de posições e de opiniões dos legitimados. Ao forçá-los a justificar a tomada de cada uma das posições, acentuaria-se a divergência de opiniões e, portanto, a escolha por acordos singulares.

31. BOUWMAN, Robin; THIEL, Sandra van; DEEMEN, Ad van; ROUWETTE, Etiënne. Accountability and Coalitions: Evidence from a Negotiation Experiment. **Public Administration Review.** v. 78, i. 1, p. 37-47, 2017.

32. ZANETI Jr., Hermes. Inquérito civil, contraditório e improbidade administrativa: um diagnóstico crítico dos precedentes das Cortes Supremas Brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP).** Rio de Janeiro, a. 10, v. 17, n. 2, pp. 298-319, jul./dez. 2016.

33. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Perspectivas de enfrentamento à Jurisprudência Defensiva. *In:* LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Panorama atual do Novo CPC:** de acordo com a Lei 13.256/2016. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016. p. 389-394.

34. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito Recursal. *In:* LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Panorama atual do Novo CPC:** de acordo com a Lei 13.256/2016**.** Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016. p. 395-414.

35. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo Sistema Recursal:** conforme o CPC/2015. 3ª ed., revista, ampliada e atualizada. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

36. BOUWMAN, Robin; THIEL, Sandra van; DEEMEN, Ad van; ROUWETTE, Etiënne. Accountability and Coalitions: Evidence from a Negotiation Experiment. **Public Administration Review.** v. 78, i. 1, p. 37-47, 2017.

Outra dúvida estaria no próprio reconhecimento de quem seriam os *account-holders* em uma relação processual. Tomando-se por base as disposições do artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, a cooperação processual e o dever informacional decorrente do modelo cooperativo, traduzido a partir do princípio da não supresa (CPC/15, art. 8º) e da boa-fé processual (CPC/15, art. 5º), levam à compreenção de que todos os integrantes da relação jurídico-processual poderiam ostentar a posição de *power-holders,* por serem tratados de maneira igual e indistinta.

Ser parte legitimada numa relação cooperativa é exercer poder.

Em contraposição, Klimoski[37] sustenta que legitimados processuais submetidos a procedimentos de *accountability* realizam menos concessões e empregam, contraditoriamente, mais estratégicas contenciosas, diminuindo-se a performance de acordos.

Mantém-se tradicionalmente na doutrina[38] a posição de se imputar ao detentor do poder jurisdicional a figura do *power-holder* justamente em razão da característica publicista da relação jurídica estatal e da forte pretensão de redução do espectro de aplicação da *accountability*. Tem-se compreendido como sanções admissíveis em um procedimento de *accountability* a restrição do orçamento disponível ou, ainda, a redução do poder jurisdicional. Outros[39] identificam na publicidade dos atos desviados uma potencial lesividade que seria não desejável pelos *power-holders*.

Compreender o processo como e com *accountability,* significa pensá-lo como um processo *responsável* e *responsivo. Responsável* na medida que apresenta resposta à tutela jurisdicional perseguida: isso é, busca a resolução do mérito do litígio (CPC, art. 4º, *in fine*). *Responsivo* porque é sensível à conduta das partes, isso é, sensível às pretensões e a elas apresenta solução hábil e satisfativa.

O processo deve limitar o uso do poder, ao tempo que é o local adequado para o exercício dos poderes e deveres processuais, e inibir abusos, respondendo às pretensões dos vários atores processuais com interesses legítimos na relação processual, garantindo-se maior assertividade (*performance bond*) à tutela dos direitos (do ponto de vista substantivo) e mantendo-se o vínculo da boa-fé e do respeito às decisões judiciais (elemento essencial para a pacificação social e para um maior grau de *democraticidade*[40]).

O processo responsável possui, portanto, quatro dimensões diferenciadoras. Ele é defensivo, ao ser autolimitante (*constitucional self-restraint*). Além disso, ele é emancipatório, ao permitir uma redistribuição dos ativos sociais e a implementação de vontades individuais ou coletivas por meio da decisão jurisdicional (aspecto democrático). O processo como e com *accountability* também é mais técnico, ao se permitir a maior eficiência do procedimento por meio de um debate dialógico mais próximo entre os interlocutores

37. KLIMOSKI, Richard J. The Effects of Intragroup Forces on Intergroup Conflict Resolution. **Organizational Behavior and Human Performance.** v. 8, i. 3, p. 363-383, dez. 1972.

38. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dossiê Política, Direito e Judiciário. **Revista de Sociologia Política.** a. 21, v. 45, mar. 2013

39. RUBENSTEIN, Jennifer. **Accountability in an unequal world**. The Journal of Politics, v. 69, 2007. E também, quanto a outra posição: MASHAW, J. L. Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance. *In:* DOWDLE, M. **Public accountability:** designs, dilemmas and experiences. Cambridge: Cambridge University, 2006.

40. Accountability is seen as a mechanism of democratic control that is claimed to increase performance, enhance integrity of public governance, and render perceptions os trustworthiness and transparency with citizens (BOUWMAN, Robin; THIEL, Sandra van; DEEMEN, Ad van; ROUWETTE, Etiënne. Accountability and Coalitions: Evidence from a Negotiation Experiment. **Public Administration Review.** v. 78, i. 1, p. 37-47, 2017).

do diálogo processual (aspecto epistêmico) e, por fim, é estratégico ao se garantir de maneira mais acentuada o seu caráter cooperativo.

A *accountability* aqui proposta é instrumental. Difere da *accountability* exercida pelo Conselho Nacional de Justiça de forma interna no Poder Judiciário.[41] Nesse modelo, haveria a pressuposição de uma estrutura externa de controle, designando-se agentes de *accountability horizontal*. Todavia, os resultados práticos têm demonstrado efeitos negativos na imputação de sujeitos responsáveis pela realização da fiscalização que não sejam parte da relação.[42]

Em última análise, um processo responsável e reponsivo é um processo mais democrático e igualitário: é um processo mais dialógico e dialogado, em que as posições das partes são levadas em consideração, perfazendo um contraditório substancial, além de reduzir a margem de discricionariedade do julgador (*power-holder*), promovendo a aproximação dos pólos processuais e a redução das diferenças nas posições jurídicas.

Prospectivamente, um *processo responsável* e *responsivo* é processo em que os sujeitos que exercem posições processuais são igualmente *power-holders,* devendo justificar cada uma de suas posições processuais para o bem do modelo cooperativo, mensuradas por meio da *accountability*.

4 O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA IMPLEMENTAÇÃO DE UM PROCESSO RESPONSÁVEL E RESPONSIVO

Sob o prisma de um processo como e com *accountability,* partindo-se das disposições e das premissas do Decreto Federal nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, a implementação a *prestação de contas* e *responsabilidade* (art. 3º, inciso V) exigdas das partes cooperantes, a partir de uma ideia de *governança pública,* está diretamente relacionada ao trabalho e ao papel da advocacia pública em demandas relacionadas ao direito público.

Primeiro em razão da aproximação da Advocacia Pública às demandas de interesse social e coletivo, vinculada à avaliação da legalidade e ao controle de políticas públicas endereçadas à população nas mais variadas áreas, especialmente no âmbito estadual e municipal. Segundo, em razão da maior abertura e proximidade da Advocacia Pública para a tutela de interesses discutidos em ações coletivas e processos estruturais. Por último, em razão do fato da Advocacia Pública presentar[43] o interesse público nos procedimentos jurisdicionais, e principalmente ser a instituição de operacionalização do processo.

Uma das diretrizes da governança pública é a definição das funções, das competências e das responsabilidades das estruturas e arranjos institucionais (art. 4º, inciso X, do Decreto Federal nº 9.203, de 22 de novembro de 2017). Um processo responsável e responsivo deve ser pensado tanto judicialmente quanto extrajudicialmente. A *accountability* na forma de compreender o processo muda a forma como os órgãos competentes deflagram e executam atos procedimentais. Gera também um *nudge* para a solução administrativa

41. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dossiê Política, Direito e Judiciário. **Revista de Sociologia Política.** a. 21, v. 45, mar. 2013.

42. SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. **The self-restraining state: power and accountability in new democracies**. Boulder: Lynne Rienner, 2009.

43. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 18ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2021.

de causas, alterando a perspectiva de se encarar as Câmaras Administrativas criadas nas Advocacias Públicas dos respectivos órgãos públicos.

Ações de *governança* imporão a definição e a explicitação de competências dos órgãos de representação do Estado para que atuem processualmente a partir de uma perspectiva responsável e responsiva, inclusive quanto à evitabilidade dos atos caso não sejam adequados à solução do litígio. Justificar e convencer os integrantes dos órgãos de Advocacia Pública, no âmbito dos sistemas de gestão, passa a ser um dos aspectos do processo como *accountability* exercido nas Procuradorias.[44]

Conquanto o papel operacional da *governança pública* esteja relacionado às práticas de *compliance* e ao gerenciamento de riscos, a ressignificação do papel do processo, tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, atribuição a cargo da Advocacia Pública, é elemento essencial para a promoção das quatro dimensões diferenciadoras do processo responsável e responsivo, sobretudo da função autolimitante e da função de implementação de direitos e garantias, sejam individuais, sejam processuais.

O estabelecimento de formas de acompanhamento de resultados dos processos, ao menos no âmbito administrativo a cargo da Advocacia de Estado, pode estimular a *governança pública* e apurar, de um ponto de vista quantitativo e qualitativo, como procedimentos de *accountability* no processo, seja administrativo ou judicial, podem impactar na melhoria de políticas públicas e na fruição de direitos por parte dos cidadãos.

Exigir-se, também, para atividades administrativas da Advocacia de Estado a *answerability* pode reduzir a prática de atos desnecessários mecanicamente reproduzidos, a serem aferidos por dados estatísticos dos órgãos de execução. Por outro lado, pode representar um maior caminho a ser percorrido para a execução de determinadas atividades quotidianas, aumentando a burocracia e depondo contra a celeridade dos procedimentos.

Partindo-se da premissa de que a *governança pública* incrementa a eficiência por meio de critérios de avaliação, monitoramento e planejamento[45], a Advocacia Pública como órgão de consultoria interna e de uniformização jurisprudencial, inclusive administrativa, deve se pautar pela garantia da aplicação de um processo como *accountability,* porque ela garantirá apurar qualitativa e quantitativamente as internalidades e externalidades das ações tomadas pelos representantes do Poder Público na condução de procedimentos de resolução de conflitos e consultoria interna dos órgãos.

Num cenário de emergência das tecnologias de informação e comunicação (TICs), a partir das disposições da recente Lei Federal nº 14.129, de 29 de março de 2021, a justificação do uso de processos com *accountability* é ainda maior. O primado do *Governo Digital* é senão a eficiência pública e a desburocratização de procedimentos, com a modernização e o fortalecimento da relação entre o poder público e os particulares (art. 3º, inciso I): antes disso, com a possibilidade de se permitir a *answerability* e o *enforcement* em cada

44. Não por outro motivo, o Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, instituído por meio do Decreto Estadual nº 1.485, de 7 de fevereiro de 2018, estabelece no corpo do art. 41, inciso V, e art. 68 e seguintes, um dever de arguição das justificativas para a dispensa da realização de atos processuais (ESTADO DE SANTA CATARINA. Decreto Estadual nº 1.485, de 7 de fevereiro de 2018. **Aprova o Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina (PGE) e estabelece outras providências**. Florianópolis, 2018).

45. TEIXEIRA, Alex Fabiane; GOMES, Ricardo Corrêa. **Governança Pública**: uma revisão conceitual. Revista de Serviço Público. Brasília, n. 70, a. 4, out/dez de 2019. p. 519-550.

um dos procedimentos, amplamente divulgados e acessíveis, submetidos a ferramentas de *Business Intelligence* e outros instrumentais estatísticos.

A crise pandêmica da COVID-19 apenas agravou a situação do uso intensificado de tecnologias de informação e comunicação à distância, impulsionando as Administrações Públicas ao uso cogente de serviços e procedimentos digitalizados, passíveis do acoplamento à *accountability*.

Em outras palavras, a impessoalidade que deve reger esse tipo de relação, somada à necessidade de estabelecimento de critérios e diretrizes para se aferir a correção das informações e o caráter fidedigno dos serviços prestados no meio digital impõem o incremento do uso da *accountability* como critério de apuração da qualidade dos serviços prestados no âmbito do *governo digital*.

Não pode ser outra a diretriz de compreensão do processo, administrativo ou judicial, portanto, a ser capitaneada pela Advocacia de Estado, senão a de um processo coperativo, pautado na boa-fé, no respeito às decisões judiciais e administrativas (unicidade jurisprudencial, *ex vi* art. 926 do Código de Processo Civil). Essa é a função estratégica relevada à Advocacia Pública por parte da Constituição Federal, como órgão promotor da Justiça *lato sensu* e do equilíbrio da Administração.

Pensar o processo como matriz de *responsabilidade* também permite repensar de maneira ativa o papel efetivo que deve ser desempenhado pela Advocacia de Estado. Ao se internalizar procedimentos como *accountability* em processos e como processos na Administração Pública, impulsiona-se as Procuradorias à necessária desburocratização e redução de expedientes que não sejam vantajosos.

Uma maior prestação de contas acerca da assertividade da decisão proferida no âmbito processual, aproxima as partes e rompe com um modelo dual e adversarial, posição historicamente defendida nas relações jurídicas tuteladas nos processos.

Uma Advocacia de Estado inovadora e assente com a atual realidade experimentada na legislação e na doutrina é aquela que promove a responsividade e a responsabilidade exercidas e cultivadas processual, seja administrativamente, no âmbito interno da Administração Pública, seja judicialmente ou perante órgãos judicantes externos.

Em última análise, uma Advocacia de Estado de ponta é aquela que promove, de forma aguerrida, o processo como e com *accountability*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *accountability* é uma expressão de um processo linguístico, assim como o direito, atrelado à necessidade de garantia de maior compreensão das ações tomadas pelos sujeitos: um efetivo processo de justificação da decisão. Ela é, portanto, informacional, garantidora de uma resposta efetiva aos interlocutores processuais a fim de dar maior assertividade à decisão e permitir uma adequada aceitação da relação de poder defendida.

A *accountability* se desenvolve como um dos princípios da *governança pública* (Decreto Federal nº 9.203, de 22 de novembro de 2017 e demais disposições estaduais e municipais), inserindo-se nos mecanismos de eficiência, especialmente por meio da definição

da competência e atribuição de atores em processos informacionais, com ênfase para aqueles que exercem a atribuição de representação processual.

Um processo responsável e responsivo é uma das maiores expressões de um processo democrático, seja ele judicial ou administrativo. Dado o papel amplo atribuído às Advocacias Públicas, somado à direta vinculação da *governança pública* no cenário publicista do direito brasileiro, esses órgãos apresentam-se como os maiores promotores de uma ressignificação do processo pensado à luz da *accountability*.

Ela também traduz a possibilidade da existência de um controle social exercido sobre determinada relação processual: no âmbito público, relacionada à Advocacia Pública. Aplicada para a finalidade do presente estudo a *accountability* traduz a possibilidade de existir um controle externo da relação processual sem, contudo, perder de vista a existência de independência do Poder Judiciário, especialmente porque a referida *accountability* se dá no âmbito do debate dialógico, da justificativa e da necessária explicitação das razões e da adequação do processo para se alcançar a decisão judicial ou administrativa derradeira.

Pensá-lo a partir da *accountability* sugere coletar as posições processuais das partes (i.e., aos atores processuais e quem a decisão proferida afeta), e suas justificativas para o correspondente exercício, buscando um resultado prático: a cooperação e a satisfatividade da tutela pretendida. Interná-lo no processo, de forma adjuvante, é dar concreção jurídica à governança pública por meio da atividade jurisdicional, sobretudo em um ambiente de *governo digital* em que a informação é apreendida de forma mais rápida e eficaz por parte dos cidadãos e há uma maior permeabilidade do acesso aos procedimentos na Administração Pública por parte dos jurisdicionados.

Reforça-se a partir desse trabalho acadêmico a necessidade de se pensar o processo como arena promotora da prestação de contas em procedimentos administrativos e judiciais à sociedade.

Sugere-se, também, a superação da lógica do processo sob um viés privativista ou ainda a partir de um modelo antagonista, de contraposição de interesses, atingindo um cenário cooperativo em que todas as partes podem ser qualificadas como *power-holders,* devendo consequentemente justificar as posições adotadas na relação sob um viés de maximização dos ativos (i.e., dos bens jurídicos tutelados).

Não se desconhece, contudo, estudos empíricos realizados em políticas públicas que sugerem, de maneira não conclusiva, o desincentivo do uso de *accountability* para a realização de jogos cooperativos.

A despeito disso, num cenário de uniformização de procedimentos, notadamente da jurisprudência administrativa e judicial, em que as partes contribuem efetivamente para a construção do tecido social jurídico, o processo a partir da *accountability* pode ser a mola propulsora de uma racionalização de procedimentos, de um incremento da solução de conflitos comprometida com a eficácia e a satisfatividade, e da pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALVARES, E.; GIACOMETTI, C.; GUSSO, E. **Governança corporativa**: um modelo brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ANDRADE, Adriana; ROSSETI José Paschoal. **Governança corporativa:** fundamentos, desenvolvimento e tendências. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

BOUWMAN, Robin; THIEL, Sandra van; DEEMEN, Ad van; ROUWETTE, Etiënne. Accountability and Coalitions: Evidence from a Negotiation Experiment. **Public Administration Review.** v. 78, i. 1, p. 37-47, 2017.

BOVENS, Mark. **Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism**. West European Politics, n. 33, 2010.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: fev./abr. 1990.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUZA, Thanderson Pereira. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Seqüência (Florianópolis).** n. 84, p. 209-242, abr. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 18ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2021.

DUBNICK, Melvin J. Seeking salvation for accountability. In: **Annual Meeting of American Political Science Association**, 2002. Washington. Pappers. Whasington: American Political Science Association, 2002.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Decreto Estadual nº 1.485, de 7 de fevereiro de 2018. **Aprova o Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina (PGE) e estabelece outras providências**. Florianópolis, 2018.

FIGUEIREDO, Rejane Maria da Costa; SOARES, Vanessa de Andrade; MARTINS, Lauro Barros; ALMEIDA, Maria Luiza Ferreira Assumpção; MELO, Leonardo Sagmeister de; RAMOS, Cristiane Soares. **Governo Digital Brasileiro: relatório técnico.** Brasília: Universidade de Brasília, 2019.

FEREJOHN, John Arthur. Accountability in a global context. **Institute for International Law and Justice - Working Paper**, v 1. n. 5. Nova York: New York University, 2007.

GRÖNLUND, Åke; HORAN, Thomas A. Introducing e-GOV: History, Definitions, and Issues. **Communications of the Association for Information Systems**, v. 15, n. Jun, p. 713-729, 2004.

KLIMOSKI, Richard J. The Effects of Intragroup Forces on Intergroup Conflict Resolution. **Organizational Behavior and Human Performance.** v. 8, i. 3, p. 363-383, dez. 1972.

LORD, Lucio Jose Dutra. Impeachment, Relações entre Direito e Política e accountability no Brasil atual. **Revista de Direito Brasileira**, v. 14, n. 6, p. 252-263, ago. 2016.

MANIN, Bernard; PZREWORSKI, Adam; STOKES, Susan Carol. Eleições e Representação. **Revista Lua Nova: Revista de cultura e política.** São Paulo, v. 67, p. 105-138, 2006.

MASHAW, J. L. Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance. *In:* DOWDLE, M. **Public accountability:** designs, dilemmas and experiences. Cambridge: Cambridge University, 2006.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo Sistema Recursal:** conforme o CPC/2015. 3ª ed., revista, ampliada e atualizada. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: Esboço de uma teoria geral.** São Paulo: Editora Vozes, 2016.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Revista Lua Nova: Revista de cultura e política.** São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998.

O'NEILL, Onora. **Rethinking informed consent in bioethics**. Cambridge: Cambridge University, 2007.

RACHED, Danielle Hanna. Accountability e desenho institucional: um "ponto cego" no direito público brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília: UniCEUB. v. 11, n. 1, abr. 2021.

RUBENSTEIN, Jennifer. **Accountability in an unequal world**. The Journal of Politics, v. 69, 2007.

SANTOS, Welder Queiroz dos; SANTOS, Valmir Alaércio dos. A proibição de comportamento processual contraditório. *In:* LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Panorama atual do Novo CPC: de acordo com a Lei 13.256/2016.** Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016. p. 571-582.

SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.. **The self-restraining state:** power and accountability in new democracies. Boulder: Lynne Rienner, 2009.

TEIXEIRA, Alex Fabiane; GOMES, Ricardo Corrêa. **Governança Pública**: uma revisão conceitual. Revista de Serviço Público. Brasília, n. 70, a. 4, out/dez de 2019. p. 519-550.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dossiê Política, Direito e Judiciário. **Revista de Sociologia Política.** a. 21, v. 45, mar. 2013.

TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

ZANETI Jr., Hermes. Inquérito civil, contraditório e improbidade administrativa: um diagnóstico crítico dos precedentes das Cortes Supremas Brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP).** Rio de Janeiro, a. 10, v. 17, n. 2, pp. 298-319, jul./dez. 2016.

A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E AS COMPETÊNCIAS DOS ENTES FEDERATIVOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Flávia Dreher de Araujo[1]

Submetido em: 05/10/2021
Aceito em: 28/10/2021

RESUMO
O presente artigo abordará o federalismo Norte Americano que serviu de inspiração ao federalismo brasileiro. Também tratará sobre o direito à saúde no Brasil que, após a Constituição de 1988, consubstanciou-se como um direito social. A Constituição Federal de 1988 criou o Sistema Único de Saúde e delegou a todos os entes federativos a competência para fornecer este direito à população brasileira. Buscar-se-á analisar, de acordo com o que a Constituição e outras leis determinam, a organização do Sistema Único de Saúde, dentro de um sistema federalista, questionando-se a interpretação do Supremo Tribunal Federal ao art. 23, inciso II da Constituição, que pratica ativismo judicial ao estabelecer que este dispositivo constitucional estabelece que os três entes federativos têm obrigação de fornecer a saúde de forma igualitária em pleitos de saúde judicializados. O método utilizado foi o indutivo, e a técnica aplicada foi a de revisão bibliográfica.

1 INTRODUÇÃO

Após a declaração de independência dos Estados Unidos da América da Coroa Britânica, em 1776, os treze Estados até então existentes naquele país governaram-se por um tempo, por meio de um tratado chamado "Artigos da Confederação", que estabelecia que cada Estado possuía soberania própria e eram livres e independentes entre si. No entanto, esta forma de governo foi se mostrando frágil e defeituosa, o que culminou na necessidade de reformas, que se consubstanciaram na elaboração de uma nova Constituição, que propunha o Federalismo como forma de administração dos Estados Unidos da América.

A obra americana conhecida como *The Federalist Papers* introduziu diversos conceitos e princípios relativos ao Federalismo que foram absorvidos pela Constituição Americana, promulgada em 1787.

No Brasil, as ideias Federalistas americanas já influenciavam políticos brasileiros desde antes da promulgação da nossa primeira Constituição em 1824, no entanto, tais ideias somente foram absorvidas aqui, mais de um século depois dos Estados Unidos, e mesmo assim com características diversas.

A Constituição Cidadã de 1988 (CRFB/88) foi promulgada após diversos períodos políticos conflituosos e ditatoriais, e instalou, definitivamente, a República Federativa do Brasil, cuja abolição é cláusula imutável. Até então, o Brasil já havia tido outras seis

1. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Estado de Santa Catarina e em Advocacia Pública pela AVM Faculdade Integrada. Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, Procuradora do Estado de Santa Catarina. E-mail: flavia@pge.sc.gov.br

Constituições, sem contar com a Emenda Constitucional nº 01/69, que não é considerada como uma Constituição.

A organização político-administrativa estabelecida no artigo 18 da CRFB/88 compreende a existência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos, mas com competências materiais e legislativas às vezes exclusivas, outras vezes concorrentes e comuns.

O direito à saúde figura entre os direitos materiais cuja competência para execução, segundo o artigo 23, inciso II, da CRFB/88 é comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Isso não quer dizer, no entanto, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, que todos estes entes têm os mesmos tipos de atribuições para a entrega deste direito à população.

Não se pode interpretar o artigo 23, inciso II, da CRFB/88 sem se atentar para o que estabelecem os artigos 196 a 198 da CRFB/88. Ou seja, as competências de cada ente devem seguir os mandamentos Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro 1990, e no seu Decreto regulamentador de º 7.508, de 28 de junho de 2011, que estabelecem para cada ente federativo um tipo de competência para a execução do direito à saúde.

Ao criar obrigações iguais a todos os entes federativos quando há judicialização de pleitos relativos à saúde, o Poder Judiciário pratica ativismo judicial e fere os princípios do federalismo.

Todos estes tópicos serão abordados no presente artigo.

2 O FEDERALISTA

Segundo Dallari[2] o Estado Federal como é concebido hoje, foi criado pelos norte-americanos no final do século XVIII. O documento conhecido por Declaração de Independência, de autoria de Thomas Jefferson, colocou um ponto final na relação de dependência que as colônias americanas tinham com a Inglaterra. Em 1776, as treze colônias americanas declararam-se livres da Coroa britânica, e assumiram a condição jurídica de Estados, com leis próprias, "podendo decidir sobre todos os assuntos de seu interesse e devendo resolver seus problemas com seus próprios meios".[3]

Em 1781, foi assinado um tratado que se tornou conhecido como Artigos de Confederação[4], que manteve, em seu artigo 2º a soberania, liberdade e independência dos Estados que compunham a confederação.[5]

Os Estados que haviam assinado o tratado de 1781 chegaram à conclusão de que deveriam aperfeiçoar os Artigos de Confederação, e, em maio de 1787, reuniram-se em Convenção na cidade da Filadélfia para redigir a Constituição dos Estados Unidos da América.[6]

Quando estava sendo redigida a Constituição americana, havia dois grupos distintos: os federalistas e os anti-federalistas. As questões federalistas foram tratadas com profun-

2. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 11
3. *Ibidem*, p.14
4. *Ibidem*, p. 15
5. *Ibidem*, p. 16
6. *Ibidem*, p. 19

didade na obra conhecida como *The Federalist Papers* (O Federalista, em português), que reuniu oitenta e cinco ensaios escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, e que explicaram e apoiaram a ratificação da Constituição de 1787.

O presente artigo abordará alguns excertos extraídos da obra *The Federalist Papers*[7], e que se considera importantes para a compreensão das origens do federalismo americano que influenciou outros países federalistas como o Brasil.

Alexander Hamilton ao escrever a introdução aos escritos concatenados na obra *The Federalist Papers,* deixou claro que a elaboração da nova Carta seria o meio mais seguro para assegurar a liberdade, a dignidade e felicidade de todos os americanos.[8]

Destarte, os principais assuntos discutidos na obra foram: a utilidade da União dos Estados para a prosperidade política; a insuficiência da Confederação para manter esta União; a necessidade de um governo ativamente forte para atingir tais objetivos; a conformidade da Constituição com os princípios de um governo republicano; a analogia desta Constituição com as Constituições Estaduais; e a segurança extra que a adoção de uma nova Constituição iria trazer para a conservação dessas espécies de governo, para a liberdade e para a propriedade.[9]

O principal objetivo da elaboração da Constituição seria a manutenção da união dos cidadãos americanos sob a direção de um governo federal, o que não ocorreria se a América fosse composta por territórios distantes e separados, pois para todos os efeitos, os cidadãos americanos devem ter os mesmos direitos, privilégios e proteção.[10]

Um dos argumentos dos anti-federalistas para a não união dos Estados seria a perda da liberdade, mas os princípios que norteiam um governo republicano, como por exemplo, a distribuição de poder entre os diversos segmentos governamentais, os freios e contrapesos do poder legislativo, um poder judiciário composto por juízes norteados por bons princípios, a representação popular por políticos eleitos pelos cidadãos, comprovam que as imperfeições do federalismo suplantariam quaisquer possíveis vantagens do confederalismo.[11]

A obra faz uma distinção entre democracia e república. A primeira consiste em um número de cidadãos que se juntam e administram pessoalmente um governo. Na segunda, o governo é formalizado por representantes. A grande diferença entre democracia e república, é que nesta há a delegação do governo para um pequeno número de cidadãos eleitos pelo restante da população e que pode ser estendido por todo um grande território.

A obra aborda que o poder de fazer leis é um poder implícito do governo, mas para as leis funcionarem elas devem estar atreladas a sanções. Os meios para impor sanções se fazem ou por meio da justiça ou pelas armas, mas o melhor modo de impor a autoridade das leis é por meio da justiça.[12]

7. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers.** Mineola: Dover Thrift Editions, 2020
8. *Ibidem,* p. 4/5
9. *Ibidem*, p. 6
10. *Ibidem,* p.7/10
11. *Ibidem,* p. 21/41
12. *Ibidem,* p. 66/94

Um governo nacional trataria de assuntos de maior importância como o comércio, finanças, negociação entre países, deixando aos Estados outros assuntos locais como a justiça entre cidadãos do mesmo Estado e supervisão da agricultura.

A existência de Estados independentes com soberania própria na Confederação causava uma grande desigualdade no que tange aos métodos de arrecadação, o que poderia ser evitado com o governo nacional fixando seus próprios métodos de arrecadação, sendo que os critérios teriam relação com as posses dos cidadãos e com a taxação sobre artigos de consumo.

A obra aborda que um dos piores defeitos da Confederação dizia respeito ao Poder Judiciário, pois leis sem juízes para aplicá-las são letra morta. Para que haja uniformidade das decisões judiciais é importante que uma Corte Suprema dê a última palavra, evitando decisões contraditórias de jurisdições independentes.

Uma das características da liberdade republicana é que os poderes delegados emanam do povo, mas estes poderes devem ter curta duração e devem ser confiados às mãos de um razoável número de pessoas. Mas a estabilidade, ao contrário, requer uma maior duração do poder, e a sua execução por uma única pessoa.[13].

A obra conceitua a república como uma forma de governo que entrega a representantes do povo a administração do Estado por um certo período, e que o povo é a grande massa de pessoas e não só uma proporção destas ou pessoas pertencentes a classes abastadas.[14]

Os principais poderes concedidos ao governo federal seriam manter e regular as relações com outros países; manter a harmonia entre os Estados da Federação (como, por exemplo, regular o comércio entre os Estados, emitir moeda, regulamentar os precedentes judiciais que se aplicarão em todos os Estados); garantir aos cientistas e artistas, por um certo tempo, o direito autoral sobre suas descobertas e feitos; punir traições contra o governo ou seus funcionários; admitir a criação de novos Estados, sempre com o consentimento dos outros Estados envolvidos e do Congresso Nacional; garantir aos Estados a aplicação da forma Republicana; proibir os Estados de fazer acordos externos, emitir moeda e crédito, pagar suas dívidas com ouro e prata; e de legislar sobre produtos de importação e exportação; garantir o fiel cumprimento da Constituição, que é a lei suprema do país, devendo os magistrados restringirem suas decisões aos seus mandamentos.[15] Verifica-se, assim, que os poderes delegados à União são poucos e limitados e os poderes dos Estados são numerosos e infinitos.[16]

Utilizando-se das teorias de Montesquieu, James Madison deixou claro que a separação dos três poderes da República, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário, não impedia que, em certas ocasiões, um tivesse que intervir sobre o outro. O princípio da independência dos poderes não significa que estes teriam que ser totalmente desconectados uns dos outros, mas também é evidente que nenhum deles participaria diretamente da administração uns dos outros.[17] Um exemplo disso, seria os *impeachments,* que são

13. *Ibidem,* p. 169/175
14. *Ibidem,* p. 182/187
15. *Ibidem,* p.195/223
16. *Ibidem,* p.224/134
17. *Ibidem,* p. 235/257

julgados pelo Senado, ou seja, o poder judicante é concedido ao poder legislativo, mas isso não fere a separação dos poderes.[18]

O Poder Executivo seria representado pelo Presidente dos Estados Unidos, cuja eleição se daria por eleitores escolhidos pela população, em número igual ao de Senadores mais Deputados do Estado. Um dos poderes do Presidente seria vetar projetos de lei, com objeções concretas dos motivos pelos quais estas não poderiam se transformar em leis. As casas legislativas poderiam derrubar estes vetos com dois terços dos votos dos seus componentes. Esse é mais um exemplo da possibilidade de interferência de um poder sobre outro, mas que não fere o princípio da independência dos poderes.

3 O FEDERALISMO NO BRASIL – CONTEXTO HISTÓRICO ATÉ A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1/1969

Conforme se extrai da obra *The Federalist Papers*[19], o federalismo norte americano surgiu da ideia de que a existência de diversas unidades federativas soberanas e independentes entre si somente pode coexistir se houver um governo nacional que as mantenha unidas por meio da imposição de regras gerais, dando liberdade aos Estados para exercerem todas as atribuições que não forem expressamente vedadas pela Constituição.

Segundo Dolhnikoff [20] o federalismo, nos Estados Unidos, surgiu com o objetivo de fortalecer o governo federal, já que as confederações até então existentes tinham o poder de tomar decisões próprias que poderiam gerar a separação do país. Segundo esta autora, no Brasil, o caminho foi o inverso. Em 1824, Dom Pedro I fechou a Assembleia Constituinte que deveria formular a nova Constituição Brasileira e impôs uma Constituição que consagrava um regime centralizado.

Apesar de já existirem movimentos federalistas no Brasil desde a época da Monarquia, somente em 1889 – mais de um século após os Estados Unidos – é que no Brasil surgiu o federalismo inspirado no modelo norte americano. Por meio do Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889, instalou-se a República dos Estados Unidos do Brasil, que transformou as províncias em Estados, e em seu artigo 3º, conferiu soberania aos Estados membros da nação para elaborarem as suas próprias constituições.[21]

Importante traçar a parte histórica do Federalismo no Brasil, iniciando-se pela Constituição de 1891, que passou a discutir a descentralização das províncias que foram convertidas em Estados-membros". Carlos Mário Velloso citando Geraldo Ataliba registra

> que a federação, no Brasil, é requisito necessário à realização do regime republicano: 'a autonomia dos estados surge, já em 1891, como forma de expressão das exigências republicanas, entre nós' [...] 'pela descentralização política, em que se traduz a federação, melhor funciona a representatividade e de maneira mais enfática o povo exerce as suas prerrogativas de cidadania e autogoverno'. Por isso, [...] federação e república, no Brasil, são institutos indissociáveis.[22]

18. *Ibidem,* p.301/328

19. *Ibidem,*, 2020

20. DOLHNIKOFF, Miriam. **O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Globo, 2005, p. 16

21. BRASIL, Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html, consulta em: 8 de julho de 2021.

22. VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista De Direito Administrativo**, *187*, 1-36. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44969, acesso em: 10 de julho de 2021, p. 8, **citando** ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. Ed. RT, 1985, p. 15/16.

Velloso esclarece, ainda, que a Constituição de 1934 trouxe um novo tipo de federalismo, que deu lugar ao federalismo clássico e dualista da constituição de 1891, o federalismo cooperativo.[23] O federalismo clássico e dualista é caracterizado como aquele em que existem "dois governos independentes e soberanos: o da União e os dos Estados", e o cooperativo é aquele "em que há o desenvolvimento de atividades nacionais, em que a União e os Estados colaboram entre si, planejam juntos a solução de problemas econômicos e sociais."[24]

Na Era Vargas (1937-1945), que teve início após um golpe de Estado e com a promulgação da Constituição de 1937, também conhecida por Constituição "Polaca", houve uma centralização do poder, e buscou-se neutralizar os interesses dos estados "em prol da 'unidade política e administrativa necessária para promover a chamada modernização social e econômica do país'".[25] "Para tanto, Getúlio Vargas fechou o Congresso Nacional, as assembleias legislativas e câmaras municipais, e nomeou interventores estaduais diretamente subordinados a si".[26] Esta Constituição "consagrou um federalismo puramente nominal".[27]

Após a queda do Estado Novo, que se deu em 1945, em uma tentativa de redemocratização do país, foi promulgada a nova Constituição de 1946 que restaurou o federalismo cooperativo.[28] A União tornou-se a responsável exclusiva na luta contra as endemias, inundações, reserva tributária para o combate às secas do nordeste, valorização econômica da Amazônia, auxílio pecuniário para o desenvolvimento dos sistemas de ensino dos Estados e Distrito Federal.[29] Esta constituição tornou efetivo "o convívio constitucional do princípio da autonomia, que vem do federalismo clássico, com o princípio da cooperação, que é dado do federalismo contemporâneo".[30] Esta Constituição sobreviveu ao suicídio de Vargas, a renúncia de Jânio Quadros e à posse de João Goulart, mas não sobreviveu à crise econômica e política iniciada em meados dos anos 1960.[31]

Após o golpe militar de 1964, foi promulgada a Constituição de 1967, que consolidou o Regime Militar no Brasil, e que ampliou em muito os poderes da União, ressaltando sua responsabilidade pela segurança nacional, "erigida em condição de sobrevivência

23. VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista De Direito Administrativo**, *187*, 1-36. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44969, acesso em: 10 de julho de 2021, p. 9

24. VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista De Direito Administrativo**, *187*, p. 2, **citando** CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federação. **Revista de Informação Legislativa,** 71/23, p. 25.

25. ANTONANGELI, Bianca Medeiros. O Supremo Tribunal Federal e o artigo 23 da Constituição de 1988, p. 19 citando SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 24,P. 105-121,June2005

26. ANTONANGELI, Bianca Medeiros. O Supremo Tribunal Federal e o artigo 23 da Constituição de 1988, p. 20 citando **FGV - CPDOC -** Diretrizes do Estado Novo (1937 -1945): Política e Administração. Disponível em: https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao.

27. VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista De Direito Administrativo**, *187*, p. 9.

28. VELLOSO, Carlos Mári
o. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. p. 9, **citando** Horta, Raul Machado. Tendências do federalismo brasileiro. RDP 9/7.

29. FAGUNDES, Miguel Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 1970. bibliotecadigital.fgv.br. 33807-Texto do Artigo 64107-1-1020140917.pdf, p. 6.

30. FAGUNDES, Miguel Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. p. 6, **citando** Horta, Raul Machado. A autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro, 1964, p.226)

31. ANTONANGELI, Bianca Medeiros. O Supremo Tribunal Federal e o artigo 23 da Constituição de 1988, p. 20 **citando** SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 24, p. 105-121, June 2005.

do próprio Estado (artigo 89)"[32] Esta Constituição além de conceder ampla competência de polícia à União, deu-lhe poderes para escolher os prefeitos dos municípios, vinculou a gestão das finanças estaduais e municipais a critérios emanados do Congresso, dispôs sobre a arrecadação e aplicação de receitas dos Estados, interferiu nas medidas e planos econômicos estaduais, estabeleceu planos regionais de desenvolvimento.[33] Apesar disso, segundo Seabra Fagundes,"essa incoercível tendência centralizadora não chega a conflitar, no entanto, com uma forte consciência federalista".[34]

A Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, passou a denominar-se Constituição da República Federativa do Brasil, ao contrário da de 1967 que somente intitulava-se como "Constituição do Brasil". As modificações trazidas pela EC Nº1/69 à Constituição de 1967 podem ser resumidas da seguinte forma: a) maior centralização do Poder Executivo Nacional nas mãos do Presidente da República; b) enfraquecimento da Federação em razão da possibilidade de intromissão em matéria de competência estadual; c) foram introduzidas restrições às prerrogativas do Poder Legislativo e à livre manifestação do pensamento. "O Executivo federal passou a enfeixar poderes tais que o transformaram em árbitro definitivo de todas as questões de interesse nacional, ou regional, na área administrativa, econômica, financeira, social e política".[35]

Para muitos historiadores a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 foi considerada uma Constituição, no entanto, a história oficial a considera apenas como uma reinterpretação da Constituição de 1967, decretada pela Junta Militar que governava o Brasil após a morte do Presidente Costa e Silva.[36]

4 O FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Após um período de ditadura militar, em que, apesar da Constituição nomear o Brasil como uma República Federativa, havia uma grande centralização de poderes na União, deu-se início a um processo de redemocratização do país, com a eleição indireta de um presidente civil, em 1985. A assembleia constituinte convocada no mesmo ano da eleição pelo então presidente José Sarney para a elaboração de uma nova Constituição foi instalada em 1º de fevereiro de 1987, e culminou com a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da nossa atual Constituição Cidadã, que em seu artigo 1º já ostenta o princípio da indissolubilidade do pacto federativo que determina que a República Federativa do Brasil, formada pela união de Estados e Municípios e do Distrito Federal não poderá ser desfeita.

Em consonância com o artigo primeiro, importante trazer à lume o artigo 60, parágrafo 4º, inciso I, CRFB/88 que se constitui como uma das cláusulas pétreas da atual

32. FAGUNDES, *op. cit.,* p. 7.

33. FAGUNDES, *op. cit.,* p. 7 a 9.

34. *Ibidem,* p.10

35. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil.** Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/emenda-constitucional-n-1-1969, consulta em: 10 de julho de 2021.

36. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Constituição 30 anos: As Constituições Brasileiras de 1824 a 1988. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696, consulta em: 10 de julho de 2021.

Constituição, e que prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado.[37]

Segundo Silvio A.B. Meira, república diz respeito à forma de governo e federação à forma de Estado que pressupõe a reunião de vários estados, não soberanos, mas autônomos, sob a égide da União.[38]

Para Carlos Velloso, Estado Federal é uma forma de descentralização geográfica do poder do Estado, mas também constitui uma técnica de governo que evita a centralização de poder em uma única pessoa ou órgão.[39]

Citando Raul Machado Horta, Velloso estabelece que "'a autonomia do Estado-membro constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal'" e "pressupõe a repartição constitucional de competências". E continua[40]:

> A autonomia pressupõe a repartição constitucional de competência e a capacidade a auto-organização, vale dizer, os estados-membros elaboram as suas constituições e as 'leis que vão preencher o ordenamento autônomo do Estado', com sujeição aos 'princípios constitucionais que definem a fisionomia do federalismo constitucional e assegurem a primazia da União na matéria de sua competência'.

Trilhando este caminho da autonomia, o artigo 18 da CRFB/88 estabeleceu que "a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta constituição".[41]

A repartição de competências das unidades federativas possui diversas classificações. Paulo Mohn, citando Horta, reparte as competências em clássica e moderna; mencionando Ferreira Filho, o federalismo pode ser dual ou cooperativo; mas, segundo Almeida, as técnicas podem ser a horizontal e a vertical.[42] Há, ainda, a classificação extraída do modelo norte-americano denominada como federação centrífuga e centrípeta.

Paulo Mohn esclarece que a "repartição horizontal opera uma repartição material das competências"[43]. Já, conforme Almeida e Ferreira Filho a repartição vertical tem

> a finalidade de estabelecer uma atuação coordenada entre as esferas federativas. Assim, uma mesma matéria é dividida entre os diversos entes federativos, de forma concomitante, operando uma distribuição funcional de competências. Surgem, então, as competências concorrentes (legislativas) e comuns (administrativas), que admitem a atuação de mais de um ente federativo em uma mesma matéria.
> [...]
> O federalismo cooperativo representou uma nova conformação do Estado federal, com maior participação de uma esfera em outra no desempenho das competências. Sua con-

37. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, consulta em: 10 de julho de 2021

38. MEIRA, Silvio A.B. Federalismo e Centralização. **Revista de Ciência Política**, 1979 - bibliotecadigital.fgv.br. 59899-texto de artigo – 126614-1-10-20160316-1.pdf.

39. VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. ***Revista De Direito Administrativo***, *187*, p. 3

40. *Ibidem,* p. 5

41. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, consulta em: 10 de julho de 2021

42. MOHN, Paulo. A repartição de competência na Constituição de 1988. Citando: Raul Machado Horta; Manoel Gonçalves Ferreira Filho; Fernanda Dias Menezes de Almeida. **Revista de Informação Legislativa** a. 47 n. 187 jul./set. 2010.Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5612679/mod_resource/content/1/Repartic%CC%A7a%CC%83o%20de%20compete%CC%82ncias%20na%20CF%2088%20-%20Mohn.pdf Consulta em: 11 de julho de 2021, p.216

43. *Ibidem, p*. 216.

> figuração e os mecanismos adotados para a cooperação entre os entes federativos não foi uniforme nos diversos Estados federais[44]

Por sua vez, o federalismo centrífugo tem características descentralizadoras, enquanto o centrípeto é centralizador.[45] Ou seja, neste segundo, o ente federal guarda para si maiores poderes, enquanto no primeiro há uma delegação de competências aos demais entes federativos.

5 FEDERALISMO NO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE – ARTIGO 23, INCISO II DA CRFB/88 – PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE

Diante do que se viu até o momento, o Brasil adotou, principalmente depois da Constituição Federal de 1988, o modelo de federalismo cooperativo que pressupõe a colaboração mútua dos entes federativos para consecução de suas diversas funções sociais no que tange aos direitos materiais.

Neste cenário, o artigo 23 da CRFB/88 tratou das competências de natureza material e que são comuns aos entes federativos, vale dizer, competências que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios compartilharão, entre si, para a prestação de serviços em tais matérias.[46]

O inciso II do art. 23 da CRFB/88 estabeleceu que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde da população.[47] No entanto, quando a Constituição estabeleceu que o direito material à saúde deve ser entregue a toda população por todos os entes federativos, não foi seu objetivo igualar a União, Estados, Distrito Federal e Municípios nesta atribuição, afinal cada ente tem suas características próprias e meios de financiamento distintos. Saliente-se que a União Federal é quem concentra a maior arrecadação de impostos, não sendo justo querer atribuir aos demais entes as mesmas responsabilidades pela prestação dos direitos materiais previstos no artigo 23 da CRFB/88.

Não se pode esquecer que na repartição de competências entre os entes federativos, segundo Silva, o princípio geral que prevalece "é o da predominância de interesse, pela qual cabe à União as matérias de interesse nacional, enquanto compete aos Estados as matérias de interesse regional e aos Municípios as matérias de interesse local".[48] No âmbito da saúde "isso significa que, estabelecidas as normas gerais pela autoridade sanitária da esfera federal, cabe aos estados resguardar o interesse regional e aos municípios fazer as adaptações tendo em vista o interesse local".[49]

44. *Ibidem, p*. 217

45. FONTELES, Samuel Sales. O princípio da simetria no federalismo brasileiro e sua conformação constitucional. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.** Volume 40. Brasília: Procuradoria-Geral do Distrito Federal: Centro de Estudos, 2014, p. 123

46. VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista De Direito Administrativo**, *187*, p. 14

47. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, consulta em: 11 de julho de 2021

48. MOHN, Paulo. A repartição de competência na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa** a. 47 n. 187 jul./set. 2010. p. 219

49. DOURADO, Daniel de Araújo; DALLARI, Sueli Gandolfi; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. **Federalismo Sanitário Brasileiro: perspectiva da regionalização no Sistema Único de Saúde.** Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/688/697, consulta em: 11 de julho de 2021, p. 29.

6 DIREITO À SAÚDE – JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ARTIGO 23, INCISO II DA CRFB/88

O artigo 6º da CRFB/88 elencou os direitos sociais que devem ser garantidos à população brasileira, figurando entre esses o direito à saúde. Importante salientar que a saúde é um direito social, que deve ser assegurado para prover um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da CRFB/88)[50].

A Constituição Cidadã conceituou em seu artigo 196 que "a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"[51]. Extrai-se deste dispositivo que os princípios da saúde são a universalidade e a equidade.

Para a consecução deste direito social, a Constituição Federal criou, em seu artigo 198, o Sistema Único de Saúde, cujas diretrizes são a descentralização, hierarquização (inciso I) e a integralidade (inciso II).

Importante conceituar cada um desses princípios e diretrizes para poder se compreender que o Poder Judiciário tem dado ao artigo 23, inciso II, da CRFB/88, uma interpretação incompatível com os princípios norteadores da divisão de competências estabelecidas pela nossa Carta Magna.

Mas antes de trazer tais conceitos, deve-se salientar que o artigo 196 da CRFB/88, sem desrespeitar o princípio da dignidade humana, tratou de considerar o direito à saúde como um direito coletivo, que deve ser a todos fornecido dentro daquilo que é traçado em políticas econômicas e sociais.

O princípio da universalidade tem relação direta com estas políticas públicas. Segundo Paim e Silva, universal é aquilo que é comum a todos.[52]

A equidade, ou igualdade, traz em si a ideia socrática de justiça, ou seja, deve ser dado tratamento igual aos desiguais. A sociedade é composta por diversas camadas sociais distintas, mas devem ser dispensados tanto aos menos favorecidos como aos mais privilegiados o mesmo tipo de tratamento de saúde, uma vez que as verbas utilizadas pertencem a toda coletividade.

A integralidade, erroneamente compreendida como a obrigação de fornecer todo tipo de tratamento a qualquer tipo de doença, também deve ser balizado pelas políticas públicas de saúde, ou seja, será fornecido a todos os tratamentos estabelecidos nestas políticas.

Para a compreensão do presente artigo, muito importante entender o significado das diretrizes da hierarquização e da descentralização, pois estas têm relação direta com a forma como o Supremo Tribunal Federal (STF) deveria interpretar o artigo 23, inciso II da CRFB/88. De acordo com Lenir Santos:

50. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, consulta em: 11 de julho de 2021

51. *Ibidem*.

52. PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. **Universalidade, integralidade, equidade e SUS**. Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1518-18122010000200002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10/06/2021.

> uma das regras de ouro do SUS, é ser sistêmico e organizado em regiões de saúde, com portas de entrada específicas por área territorial e segundo as referências do SUS. O direito à saúde é responsabilidade de todos os entes federativos, mas não de modo igual; a cada ente é definida responsabilidade específica [...] [53]

Essa atuação específica de cada ente federativo se dá conforme critérios de competência da direção nacional do SUS previsto na Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro 1990[54], e no seu Decreto regulamentador de º 7.508, de 28 de junho de 2011[55]. De acordo com esta legislação, as diretrizes da hierarquização e descentralização apontam a necessidade dos serviços em níveis ascendente, da assistência primária à complexa, com delimitação territorial e populacional.

A judicialização, segundo Barroso[56], "significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]"

No que tange ao direito à saúde, pode-se dizer que o fenômeno da sua judicialização teve seu início aproximadamente na primeira metade dos anos 1990, com pleitos judiciais de medicamentos para o tratamento do HIV/AIDS. A partir de então o fenômeno tomou proporções gigantescas, crescendo exponencialmente ano a ano, desrespeitando todos os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde ao criar uma segunda porta de entrada no sistema público de saúde, desestabilizando o orçamento organizado para atender o maior número de pessoas possível e privilegiando o individual frente ao coletivo.

Além de todos esses problemas causados pela judicialização da saúde, o STF em sua composição plena, no julgamento da *Suspensão de Segurança 3.355*-AgR/RN, julgado em 30 de abril de 2010, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação, no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde, é solidária, significando isso "que é dever de todos os entes da federação prestar serviços de atendimento à saúde da população, desimportando o fato de haver a repartição de responsabilidades entre os Entes Federados".[57]

Renato Luís Dresch ao comentar a interpretação dada pelo STF entoou que:

> o art. 23, II, da Constituição Federal não pode ser interpretado isoladamente, sem se atentar para as disposições do art. 198 que trazem as diretrizes orientadoras da organização do sistema de saúde no sentido de que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada e com direção única em cada esfera de governo. Impõe-se para o caso uma interpretação sistemática particular.
>
> Ao regulamentar o art. 198 da Constituição Federal, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) incluiu entre suas diretrizes e princípios a organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (art. 7º, XIII). Aliás, não há como imaginar o cumprimento do princípio da eficiência do serviço público (CF, art. 37) sem a repartição de competência, porque os três gestores precisariam manter estruturas para

53. SANTOS, Lenir. Decisão do STF sobre responsabilidade solidária ignora regras de ouro do SUS. **Consultor Jurídico.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-29/lenir-santos-decisao-supremo-ignora-regras-ouro-sus2. Acesso em: 10 de junho de 2019

54. BRASIL, Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htmm

55. *Ibidem.*

56. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433, acesso em: 30/06/2021, acesso em 30/06/2021, p. 3

57. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg.No Agravo de Instrumento 808.059, do Rio Grande do Sul,** Relator Ministro Ricardo Lewandowski Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618577, acesso em: 11 de julho de 2021.

> serviços similares a fim de atender uma mesma finalidade. Nesse caso também haveria ofensa ao princípio da economicidade.[58]

Portanto, a partir do momento que a jurisprudência pátria passou a considerar que o art. 23, II da CRFB/88 tratava de uma responsabilidade solidária, feriram as disposições relativas ao federalismo cooperativo, e ao princípio da predominância dos interesses na repartição de competências materiais e legislativas fixadas pela Carta Magna.

7 ATIVISMO JUDICIAL – CONTRADIÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DO FEDERALISMO

Voltando à obra *The Federalist Papers*[59] entendem os autores desta obra que, dos três poderes da União, o Judiciário é sempre considerado o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, e a interpretação das leis é o papel principal deste Poder. A Constituição deve ser considerada como a lei fundamental, e as decisões do Judiciário devem ser balizadas pelas leis fundamentais.

Os julgamentos devem se ater às leis existentes e declarar o seu sentido ou ainda analisar e declarar a constitucionalidade de leis. O julgamento sobre a constitucionalidade de uma lei não significa a indevida intervenção do Poder Judiciário no Legislativo. É somente uma garantia de segurança para os cidadãos de não serem obrigados a cumprir leis que não obedeçam aos ditames constitucionais. Mas este julgamento deve ser técnico e não advir da mera conveniência de um juiz, pois do contrário este estará somente substituindo a vontade dos legisladores que representam o povo pela sua vontade.

Percebe-se dos trechos acima mencionados, que dentro dos princípios Federalistas, a função do Poder Judiciário deve se ater a interpretar as leis, ou no máximo declarar que uma lei é constitucional ou não.

Apesar do Brasil ser um país que supostamente segue os princípios do federalismo, o que se vê nas decisões judiciais, é uma constante intromissão sobre atos ou omissões dos Poderes Executivos e Legislativo, exercício este conhecido como ativismo judicial.

Barroso conceitua o ativismo judicial como uma "a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance". [...] "A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes".[60] Segundo este mesmo autor, o ativismo ocorre quando há "a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.[61]

Logo, percebe-se que os julgados do STF que interpretam o artigo 23, inciso II, da CRBF/88 sem levar em consideração os artigos 196 a 198 da mesma lei magna, nem as Leis que regulamentam o Sistema Único de Saúde, enquadram-se no conceito de ativismo judicial e ferem os princípios do federalismo, que estabelecem que as funções

58. DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde**.** *In*: SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda (Org.). **Judicialização da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes,2014. p. 25-57.

59. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. p. 378/417

60. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433, acesso em: 25/07/2021, p. 25/26.

61. BARROSO, *op. cit*., p. 26.

do Poder Judiciário deveriam se ater à interpretação das leis em consonância com os mandamentos judiciais.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que se viu, percebe-se a importância da obra intitulada *The Federalist Papers* que serviu de norte para criação da República Federativa dos Estados Unidos, bem como para adoção deste mesmo tipo de modelo governamental em outros países, como no Brasil.

Na Constituição Federal de 1988 o Brasil adotou definitivamente o Federalismo, dando poderes autônomos para os entes federativos exercerem suas funções.

No que tange ao direito à saúde, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem competência comum para a execução deste direito, no entanto, isso não significa que todos os entes devem exercer as mesmas atribuições igualmente, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal. Este direito deve ser entregue a população conforme os ditames dos artigos 196 a 198 da Constituição Federal, bem como conforme aquilo que estabelece a Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro 1990, e no seu Decreto regulamentador de º 7.508, de 28 de junho de 2011.

Ao igualar todos os entes federativos na obrigação da entrega do direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal pratica ativismo judicial com conotação negativa e fere os princípios do federalismo, que dão ao Poder Judiciário a função meramente de interpretar leis e não as criar conforme sua vontade.

REFERÊNCIAS

ANTONANGELI, Bianca Medeiros. **O Supremo Tribunal Federal e o artigo 23 da Constituição de 1988**, p. 20 citando SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 24,P. 105-121, June 2005;

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433, acesso em: 30/06/2021;

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 11 de julho de 2021;

BRASIL, **Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html, acesso em: 8 de julho de 2021;

BRASIL, **Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htmm;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Constituição 30 anos: As Constituições Brasileiras de 1824 a 1988**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696, consulta em: 10 de julho de 2021;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. No Agravo de Instrumento 808.059, do Rio Grande do Sul**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618577, acesso em: 11 de julho de 2021;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

DOLHNIKOFF, Miriam. **O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2005;

DOURADO, Daniel de Araújo; DALLARI, Sueli Gandolfi; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. **Federalismo Sanitário Brasileiro: perspectiva da regionalização no Sistema Único de Saúde.** Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/688/697, consulta em: 11 de julho de 2021;

DRESCH, Renato Luís. **Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde**. *In*: SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda (Org.). Judicialização da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2014;

FAGUNDES, Miguel Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 1970. bibliotecadigital.fgv.br. 33807-Texto do Artigo 64107-1-1020140917.pdf;

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil.** Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/emenda-constitucional-n-1-1969, consulta em 10 de julho de 2021;

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. Mineola: Dover Thrift Editions, 2020;

MEIRA, Silvio A.B. Federalismo e Centralização. **Revista de Ciência Política**, 1979 - bibliotecadigital.fgv.br. 59899-texto de artigo – 126614-1-10-20160316-1.pdf;

MOHN, Paulo. A repartição de competência na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa** a. 47 n. 187 jul./set. 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5612679/mod_resource/content/1/Repartic%CC%A7a%CC%83o%20de%20compete%CC%82ncias%20na%20CF%2088%20-%20Mohn.pdf. Consulta em 11 de julho de 2021;

PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. **Universalidade, integralidade, equidade e SUS.** Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1518-18122010000200002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10/06/2021;

SANTOS, Lenir. Decisão do STF sobre responsabilidade solidária ignora regras de ouro do SUS. **Consultor Jurídico.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-29/lenir-santos-decisao-supremo-ignora-regras-ouro-sus2. Acesso em: 10 de junho de 2019;

VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista De Direito Administrativo,** *187*, 1-36. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44969, acesso em: 10 de julho de 2021, p. 8, citando ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. Ed. RT, 1985;

WANG, Daniel Wei Liang. **Direito e políticas de saúde: reflexões para o debate público**. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2020.

A IMPORTÂNCIA DO PROFISSIONAL PSICÓLOGO POLICIAL PARA A CONSTATAÇÃO DO CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER SOB A ÉGIDE DA LEI MARIA DA PENHA

Francislaine Rosa Chagas Francisco Nerling[1]

Submetido em: 15/09/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
Apesar da Lei Maria da Penha prever a violência psicológica como uma das formas de violência contra a mulher, não havia uma tipificação específica para punição desses casos. Com a recente sanção da Lei 14.188/2021, inseriu-se no Código Penal, no seu art. 147-B, o tipo penal denominado "violência psicológica". Respectivo crime deixa vestígio, tornando-se salutar o exame de corpo delito para a comprovação da materialidade, representado por laudo psicológico emitido por profissional especializado. O artigo, elaborado sob o método indutivo, situa o estudo na análise das características da violência psicológica no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, para o fim de constatar qual o caminho para a configuração da materialidade de tal crime. Dadas a especificidade e delimitação da pesquisa, serão abordados apenas os aspectos principais da violência psicológica, sem que sejam tratadas todas as características dos diversos tipos de violência e pertinentes conceitos dos elementos do crime, o que demandaria maior tempo de pesquisa em uma investigação mais aprofundada. Constatou-se que o Estado de Santa Catarina se destaca positivamente na atuação dos casos de violência contra a mulher, pois a Polícia Civil de Santa Catarina possui nos seus quadros a carreira psicólogo policial civil, o qual é profissional técnico devidamente habilitado a emitir o respectivo laudo, oportunizando o indiciamento dos respectivos autores nos inquéritos policiais e a consequente persecução penal. Assim, verifica-se a importância desse profissional para a efetiva proteção à mulher, integrando relevante atuação na "rede de proteção".

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar o que vem a ser a violência psicológica no âmbito da Lei Maria da Penha, para o fim de constatar como se pode comprovar a materialidade de tal crime, possibilitando o indiciamento em um eventual inquérito policial, assim como a persecução da ação penal.

Considerando a limitação da pesquisa, tratar-se-á tão somente dos pontos mais relevantes sobre a violência psicológica, sem que haja menção de estudos sobre os elementos do crime e de conceitos relacionados à Lei Maria da Penha, o que demandaria maior tempo

1. Pós-Graduada em Gestão de Segurança Pública e Investigação Criminal Aplicada e Docente pela Academia de Polícia Civil do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC. Agente de Polícia Civil nível III do Estado de Santa Catarina, atualmente exerce suas funções na Delegacia de Polícia de Município de Balneário Barra do Sul. Licencianda em Matemática pelo IFSC de Tubarão/SC.

de pesquisa em uma investigação mais aprofundada. Tal estudo se faz necessário para que o profissional que integra a "rede de proteção" conheça os caminhos possíveis para a configuração da materialidade do crime de violência psicológica a fim de salvaguardar a saúde emocional da mulher e de evitar a impunidade de tal crime. Além do mais, trata-se de tema atual e que certamente é relevante para a comunidade acadêmica.

Num primeiro momento, tratar-se-á do conceito e definição de "gênero", uma vez que a Lei Maria da Penha visa coibir a violência praticada contra a mulher e baseada no gênero.

Posteriormente, serão mencionados pontos relevantes sobre a temática da violência contra a mulher para então especificar a violência psicológica e a comprovação da sua materialidade.

Por fim, será mencionada a relevância da atuação do profissional psicólogo policial no âmbito da Polícia Civil de Santa Catarina, que se mostra salutar desde a abertura do procedimento investigativo próprio, até a eventual persecução penal e possível condenação.

Para apresentação do conteúdo supracitado, utilizar-se-á o método indutivo.

2 O PROFISSIONAL PSICÓLOGO POLICIAL E A MATERIALIDADE DO CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

A Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, criada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher é aplicada de forma cumulativa com dispositivos da Legislação Penal, sobretudo, com o Código Penal.

Visando acautelar a integridade dos direitos da mulher, dentre eles a integridade física, patrimonial, psicológica e emocional, a Lei Maria da Penha prevê a aplicação das Medidas Protetivas de Urgência diante de fatos que normalmente estão vinculados à existência de uma prévia violação de direitos, baseada no gênero.

Por falar em gênero, importante especificar algumas contribuições acerca do assunto trazidas por Wolff e Saldanha[2]:

> 1. O gênero faz parte das relações sociais, assim como classe, raça, geração e ou traz categorias. Ele não pretende ser o único aspecto significativo das relações sociais, mas também não pode ser ignorado como um importante aspecto na configuração das sociedades contemporâneas e passadas.
>
> 2. O gênero é construção, ou seja, ele não é algo que venha da natureza, ele não está pré-determinado quando a pessoa nasce, embora haja expectativas sociais que relacionam o gênero ao sexo (mas, como vimos, o próprio sexo também é uma construção...).
>
> 3. O gênero está relacionado à cultura, à história e à forma social, ou seja, os aspectos que são considerados femininos, masculinos ou mesmo neutros, dependem de cada cultura, de cada sociedade e do tempo histórico e, portanto, podem ser modificados, transformados, repensados.
>
> 4. Não se deve falar "os gêneros", como se fosse equivalente a "os sexos", pois não há "um gênero masculino" por si só, ou um "feminino", mas um sistema relacional de classificação social e cultural no qual certos comportamentos e características, roupas, maneiras, atividades, são consideradas femininas, masculinas ou neutras, dependendo de onde e quando estamos nos referindo.

2. WOLFF, Cristina Scheibe; SALDANHA, Rafael Araújo. **Gênero, sexo, sexualidades. Categorias do debate contemporâneo**. Revista Retratos da Escola: Brasília, 2015. p. 35-36. Disponível em: <https://www.academia.edu/33666505/G%C3%AAnero_sexo_sexualidades_Categorias_do_debate_contempor%C3%A2neo>. Acesso em: 13/09/2021.

> 5. Gênero é poder, é hierarquia. As sociedades estabelecem lugares sociais que são demarcados em termos de gênero, classe, raça, geração, religião, entre outros. Mas o gênero tem sido, nas sociedades que conhecemos, o primeiro desses critérios, aquele que estabelece, desde que a pessoa nasce e é identificada partir de características sexuais com papéis esperados de gênero, que atividades ela poderá exercer em sua vida, e quanto poder terá em suas relações. Nas sociedades que conhecemos, esta hierarquia é de tipo "patriarcal", ou seja, são as pessoas identificadas com o gênero masculino que detêm a maior parte do poder. Isso não quer dizer, como ensina Michele Perrot (1988, p.168), que as mulheres não tenham "poderes". E como nos aponta Michel Foucault (1988, p.91), não há poder sem resistência.

Neste sentido, apesar dos avanços trazidos pelo pós-modernidade, ainda vivemos em uma sociedade patriarcal, em que se insere no contexto cultural desde a infância, a percepção de que homens e mulheres são diferentes por natureza, cobrando-se padrões de comportamento diferenciados. Dessa forma, a violência e o abuso cometidos contra as mulheres em geral, muitas vezes praticados por parceiros ou ex-parceiros íntimos, se relacionam com a hierarquização de características e diferenças que colocam umas como mais desejáveis ou valorizadas que outras, trazendo a ideia de subalternidade e submissão de uns em relação a outros.[3]

Assim, "a desvalorização do feminino ainda é presente e preponderante na sociedade: na posição em relação à norma de gênero, na linguagem, nos atos de homofobia, na misoginia e na construção de identidades de gênero".[4]

A violência contra a mulher, portanto, tem afinidade com as relações de poder baseadas no gênero, do posicionamento escalonado da mulher conferido pela sociedade patriarcal que a elege a uma categoria social de vulnerabilidade e subordinação.[5]

Sobre a violência contra a mulher praticada por parceiros íntimos, segundo Scardueli[6]:

> Geralmente, a violência praticada pelos parceiros íntimos é parte de um padrão repetitivo de tentativa de controle e dominação da mulher, que pode se caracterizar por agressões físicas na forma de tapas, socos, chutes, tentativas de estrangulamento, queimaduras, além de destruição de objetos pessoais e ameaças de agressão física a ela, aos filhos e a outros membros da família; abusos psicológicos como humilhação, menosprezo e intimidação; comportamento de controle como vigilância de suas ações, restrição da liberdade de ir e vir, isolamento da família e amigos; e ainda, coerção sexual. (sem grifo no original).

Apesar da existência de diversos tipos de violência contra a mulher, algumas são mais recorrentes, porém, muito embora possam integrar um rol de crimes comuns do Código Penal, dada a especificidade da Lei Maria da Penha não há de se aplicar as benesses da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) aos crimes praticados com violência contra a mulher no âmbito das relações domésticas e familiares, seja violência física, violência psicológica ou violência moral.[7] Até a promulgação da Lei 14.188/2021, poderiam ser considerados

3. ZUMA, Carlos Eduardo; BEIRAS, Adriano. **Metodologia de grupos reflexivos de gênero**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2016. p. 08.

4. BEIRAS, Adriano. **Metodologia de grupos reflexivos de gênero**. p. 22.

5. NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Silvia Helena. **Feminismo e terapia**: a terapia feminista da família – por uma psicologia comprometida. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/pc/a/fbBkhLPfrfM4ZZGfpjBpvtc/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 13/09/2021. p. 119.

6. SCARDUELI, Márcia Cristiane Nunes. **Análise discursiva de textos policiais**: situações de violência conjugal em uma Delegacia da Mulher. Linguagem e Direito: os eixos temáticos. Alidi: Recife, 2015. p. 299-300.

7. STRECK, Lenio Luiz. **Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional**: desigualando a desigualdade histórica. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Editoria Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011. p. 96.

como exemplo de violência física, o crime de lesão corporal, como violência psicológica, o crime de ameaça e como violência moral, o crime de injúria.[8]

Ocorre que, muito embora não haja a aplicação das benesses da Lei 9.099/95 nos crimes praticados sob a égide da Lei Maria da Penha, essa legislação não retira os crimes contra a honra do âmbito da ação penal privada, ou seja, crimes esses que só incorrem na instauração de um procedimento investigatório e, por conseguinte, em uma ação penal, caso haja a impetração de queixa crime pela vítima.

Segundo Lima[9]: "certos crimes atentam contra interesses tão próprios da vítima que o próprio Estado transfere a ela ou ao seu representante legal a legitimidade para ingressar em juízo."

Ainda, nos casos de crimes de ação penal privada, o inquérito policial só pode ser instaurado pela autoridade policial, mediante a manifestação da vítima ou do representante legal, todavia, havendo tal manifestação, surge a obrigatoriedade da abertura do procedimento, devendo ser determinadas as diligências para apuração dos fatos.[10]

Concluído o inquérito, este é remetido ao Poder Judiciário, onde deverá permanecer em cartório, no aguardo da manifestação da vítima.[11]

Cumpre salientar que à vítima é facultada a iniciativa da ação, mediante o oferecimento da queixa-crime, assim como possui a faculdade de dispor do próprio processo em andamento por meio dos institutos do perdão, perempção ou pela conciliação, conforme artigo 30 do Código de Processo Penal, por força dos princípios da oportunidade ou conveniência da ação penal de iniciativa privada e da disponibilidade da ação penal de iniciativa privada.[12]

Já os crimes de ação penal pública praticados sob a égide da Lei Maria da Penha normalmente têm um trâmite mais célere, pois:

> O longo tempo decorrido por um processo penal até uma provável condenação pode ser bastante danoso nos contextos das violências doméstica e familiar, pois uma resposta tardia não se configura na segurança imediata que muitos casos requerem, não se constitui como ação preventiva, não contribui para a ruptura com ciclos de conflitos e violências e tão pouco pode ser considerada responsabilizante.[13]

Tal celeridade, até então, não era observada nos crimes de ação penal privada praticados nos mesmos moldes, considerando a inexistência, em muitos casos, da competente queixa-crime.

Apesar de que em um significativo número de ocorrências que envolvem a violência doméstica e familiar contra a mulher estão presentes os crimes contra a honra, dada a condição de vulnerabilidade da mulher, somada a dificuldade de conhecimento sobre o acesso para o atendimento prestado pela defensoria pública, são raros os casos em que tais

8. SCARDUELI, Márcia Cristiane Nunes. **Análise discursiva de textos policiais**: situações de violência conjugal em uma Delegacia da Mulher. Linguagem e Direito: os eixos temáticos. p. 300.

9. LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 139.

10. *Ibidem*.

11. *Ibidem*.

12. *Ibidem*.

13. LEITE, Fabiana de Lima. **Manual de Gestão para Alternativas Penais**: Medidas Protetivas de Urgência e demais serviços de responsabilização para homens autores de violências contra as mulheres. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. p. 72

crimes efetivamente incorrem em uma ação penal privada. Contudo, por muito tempo, a legislação deixou de considerar que esses mesmos crimes contra honra podem ser causa de lesão corporal decorrente do dano psíquico. Não há que se falar em violência física sem que ocorra violência psicológica, ao passo que a violência psicológica representa atos violentos graves e relacionados com a condição moral.[14]

Segundo o tipo penal previsto no Art. 129 do Código Penal, é crime de lesão corporal a ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem e, por conseguinte, o conceito de saúde abarca a dimensão psíquica, definido, ainda pela Organização Mundial da Saúde como "estado de completo bem-estar físico, mental e social".[15]

Não obstante, em breve pesquisa aos sítios dos Tribunais de Justiça dos diversos Estados, constata-se que são raras as condenações por crimes de lesão corporal por dano psíquico relacionadas à Lei Maria da Penha.

Todavia, com o fim de fornecer proteção integral à mulher, considerando a necessidade de se resguardar também a integridade emocional, a recente Lei 14.188/2021 criou o crime de "violência psicológica" inserido no Art. 147-B do Código Penal.

Fala-se que a lei criou o referido tipo penal porque inserido textualmente no Código Penal, porém, vale lembrar que o inciso II do artigo 7º da Lei Maria da Penha já considerava a violência psicológica como:

> Qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Sendo a violência psicológica uma violência, lesionando bens que são juridicamente tutelados, não há como não a considerar como conduta criminosa, pois "entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada"[16].

Não há dúvidas de que a violência psicológica está presente no caso de crimes contra a honra, uma vez que pode se manifestar por meio de xingamentos, ofensas morais com o intuito de denegrir as características físicas ou psicológicas da mulher, sua reputação, dentre outras atitudes que lhe causem constrangimento.[17]

Neste sentido, violência psicológica é "toda ação ou omissão que causa ou visa causar dano a autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa".[18]

14. MARINHO, Cassiano Cruz. **A incorporação do conceito de violência psicológica na dogmática civil**. Revista da Faculdade de Direito – Universidade São Judas Tadeu, 2021. p. 136.

15. RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **NUDEM entrevista Ana Luisa Schmidt Ramos, juíza do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Disponível em: <http://defensoria.sc.def.br/nudem-entrevista-ana-luisa-schmidt-ramos-juiza-do-tribunal-de-justica-de-santa-catarina/#page-content> Acesso em: 14/09/2021.

16. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. Belém/PA, de 9-6-1994. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-61.Htm Acesso em 13/09/2021.

17. BRASIL, Mayara de Jesus. **A mulher e a violência psicológica**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321031/a-mulher-e-a-violencia-psicologica>. Acesso em: 13/09/2021.

18. PASSOS, Regina Lúcia. **Da violência sexual e outras ofensas contra a mulher com deficiência**. Rio de Janeiro: Fundação Osvaldo Cruz, 2019. p. 31.

A violência psicológica é recorrente há muito tempo até mesmo na adolescência e, embora seja um tema de relevância, ainda era ignorado, talvez pelo fato de que os danos só se mostram visíveis a partir do momento que seus efeitos influem na mudança de comportamentos expressados pelas vítimas ao longo do tempo.[19]

Uma das formas de categorização da violência psicológica é por meio das agressões emocionais:

> As agressões emocionais seguem, segundo Navarro Gongorá, três grandes estratégias: 1) da submissão da vítima pelo medo; 2) da desqualificação da sua imagem; e 3) do bloqueio das formas de ela sair da situação. Na submissão pelo medo, utiliza-se a coação, a intimidação à mulher ou até mesmo aos seus filhos. As ameaças, severas ou cumulativas, são capazes de produzir-lhe, além de pânico e/ou medo intenso, estado de paralisia física, mental e intelectual que podem culminar em efeito traumático. Na desqualificação da imagem, o maltrato inclui insultar a vítima, humilhá-la, fazê-la acreditar que está "louca" ou que é "intelectualmente incompetente" (rebaixamento pessoal). Como consequência, a vítima tende a voltar para o agressor e com ele estabelecer um vínculo traumático. Nada disso surtiria efeito se a vítima dispusesse de recursos econômicos, psicológicos e sociais para sair da situação. É aí que entram as estratégias de bloqueio e isolamento a recursos financeiros e à rede de apoio. A estratégia opressora, em geral, opera por meio da dissimulação e do acoplamento do discurso machista.[20]

Deste modo, as agressões emocionais causam um trauma na mulher, deixando marcas que configurarão o tipo penal de violência psicológica.

Assim como para a configuração do crime de lesão corporal é necessária a comprovação da materialidade que muitas vezes ocorre por meio do exame de corpo de delito e, no caso do dano psíquico, por meio de laudo psicológico que constata transtorno provocado por estresse pós-traumático (CID-10), para a configuração do crime de violência psicológica, o respectivo laudo também se faz necessário. Trata-se de crime que causa danos à saúde emocional da mulher e que, portanto, deixa vestígios e, por força do artigo 158 do Código de Processo Penal se faz necessário o exame de corpo de delito representado pelo laudo de perícia psicológica realizada para a comprovação da materialidade.[21]

Diante dessa exigência da legislação processual penal, vê-se uma possível dificuldade, que não é impossível de ser sanada, mas que pode representar a ausência da proteção integral que a Lei 14.188/21 visa resguardar, além de incorrer em provável impunidade. Tal dificuldade é evidenciada na necessidade de realização da perícia técnica que, no caso, deve ser feita por profissional devidamente habilitado, ou seja, o psicólogo.

Conforme informações do painel de dados da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos[22], até 18/06/2021, só o Estado de Santa Catarina registrava o total de 4.028 (quatro mil e vinte e oito) denúncias de violação de direitos da mulher. Considerando a alta demanda e a escassez de profissionais psicólogos vinculados aos municípios ou ao Estado, os quais

19. OLIVEIRA, Queiti Batista Moreira *et al*. **Namoro na adolescência e no Brasil**: circularidade da violência psicológica nos diferentes contextos relacionais. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/63QTNxSpgNBRJMHP55qbJ5C/abstract/?lang=pt Acesso em: 13/09/2021.

20. ROSA, Alexandre Morais; RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A criação do tipo de violência psicológica contra a mulher (Lei 14.188/21)**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/limite-penal-criacao-tipo-violencia-psicologica-mulher-lei-1418821#_ftn13 Acesso em: 14/09/2021.

21. MORAIS DA ROSA, Alexandre. RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A criação do tipo de violência psicológica contra a mulher (Lei 14.188/21)**.

22. BRASIL, Governo Federal. Ministério da Mulher, da Família, dos Direitos Humanos. Dados atuais. 2021. **Painel de dados da ouvidoria nacional de direitos humanos**. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/paineldedadosdaondh/copy_of_dados-atuais-2021. Acesso em: 14/09/2021.

prestam um relevante trabalho não só para as mulheres vítimas de violência doméstica, mas também para casos de violação de direitos de outros grupos vulneráveis, vê-se um grande obstáculo ao atendimento rápido requerido nos casos de violência psicológica contra a mulher.

Diante do que já foi explanado, tal crime exige, para a constatação da sua materialidade, ou seja, da sua própria existência, prova pericial específica que deve ser realizada em tempo hábil para o indiciamento, para a possível persecução da ação penal e para a própria manutenção da Medida Protetiva de Urgência.

Revela-se, portanto, a necessidade de habilitar os profissionais que já integram a rede de proteção à mulher para a adequação de atendimentos especializados e humanizados e da existência de profissionais da área da psicologia para a elaboração de laudos psicológicos específicos a fim de que haja a configuração do crime em comento.

O Estado de Santa Catarina, por meio da Polícia Civil tem apresentado relevante destaque nas questões de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive com a implantação de programas como o "PC Por Elas"[23] e a "Sala Lilás"[24].

Especial destaque merece o fato de que a Polícia Civil possui em seus quadros a carreira de Psicólogo Policial, profissional técnico habilitado que em muito pode contribuir nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, principalmente nos casos específicos de violência psicológica.

A partir do atendimento humanizado e prioritário na Delegacia de Polícia, iniciando-se pela escuta individualizada ao registro de boletim de ocorrência, depois levar a termo as declarações, a mulher pode ser encaminhada a atendimento previamente agendado com o psicólogo policial, o qual, após o atendimento, emitirá o laudo psicológico que constatará ou não, o transtorno provocado por estresse pós-traumático, garantindo, de forma célere, a resposta que a mulher necessita para manutenção da sua integridade emocional e a possível comprovação da materialidade do crime investigado.

Assim, a carreira de psicólogo policial civil na Polícia Civil de Santa Catarina se revela como um recurso humano e institucional que agrega especial valor à rede de proteção à mulher, sendo que os trabalhos desenvolvidos pela Polícia Civil nesta área temática podem representar a reorganização dos sistemas públicos como o Sistema de Saúde, o Sistema de Justiça e, notadamente, o próprio Sistema de Segurança Pública.[25]

23. SANTA CATARINA, Polícia Civil do Estado. **Apresentação Polícia Civil por Elas**. Disponível em: https://www.pc.sc.gov.br/servicos/pc-por-elas-intro/pc-por-elas. Acesso em: 14/09/2021.

24. O Projeto Sala Lilás, idealizado pela Diretoria de Polícia da Grande Florianópolis em oficina CANVAS com apoio da Gerência de Planejamento, ACADEPOL e DRPs de Palhoça e São José, obteve a autorização e acolhimento da Delegacia-Geral da Polícia Civil e inicialmente houve o desenvolvimento e funcionamento do piloto oportunizado pela Operação Verão Seguro SC de 2020, com sede no bairro Canasvieiras, na Capital do Estado. A Sala Lilás é um projeto da Polícia Civil, prevendo um espaço que visa proporcionar acolhimento, escuta e proteção, com conforto e ambiente reservado, estendendo o atendimento especializado e humanizado às mulheres vítimas de violência física e sexual, para comarcas e unidades que não contam com Delegacia especializada. A iniciativa pretende ajudar as vítimas a se sentirem mais à vontade para relatar e falar sobre a violência sofrida, servindo de apoio para as mulheres que estão em momentos de extrema fragilidade física e emocional. O espaço também tem por escopo recepcionar todos os grupos vulneráveis atendidos pelas DPCAMIs – mulheres, crianças, adolescentes e idosos, vítimas de violência. A unidade piloto foi uma extensão da 6ª Delegacia da Polícia da Capital – DPCAMI, localizada no prédio da 7ª Delegacia de Polícia da Capital.

25. NEVES, Sofia; NOGUEIRA, Conceição. **A psicologia feminista e a violência contra as mulheres na intimidade**: a (re)construção dos espaços terapêuticos. Disponível em: https://www.scielo.br/j/psoc/a/5j37JRGYvVw57QG9gBfxYZL/?lang=pt#. Acesso em: 13/09/2021.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico, elaborado sob o método indutivo, abordou questões relacionadas ao crime de violência psicológica praticado no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero.

Seu principal objetivo foi verificar como a materialidade de tal crime pode ser constatada de modo que a proteção da mulher almejada na criação da lei que definiu o crime de violência psicológica não passe de apenas uma previsão legal.

Num primeiro momento, foi necessário evidenciar algumas definições sobre o conceito de gênero, para então tratar as questões relativas à violência contra a mulher e, por conseguinte, à violência psicológica.

Levantou-se, brevemente, aspectos relativos aos crimes de ação penal privada, uma vez que tais crimes influem diretamente na existência da violência psicológica e, apesar disso, quando praticados isoladamente, são raros os casos em que há a instauração da ação penal. Isso significa que, nesses casos, muitas vezes, as mulheres registram os boletins de ocorrência, requerem as medidas protetivas que são deferidas com uma breve vigência, porquanto inexistente a ação principal.

Por muito tempo o legislador deixou de considerar que esses mesmos crimes, na sua maioria aqueles contra a honra, podem ser causa de lesão corporal, representando um dano concreto à saúde psíquica da mulher.

Preenchendo uma lacuna na expectativa da proteção integral dos direitos da mulher, a Lei 14.188/2021 elegeu como crime a violência psicológica conforme a própria definição que já era prevista no inciso II do artigo 7º da Lei Maria da Penha.

Ocorre que a constatação da existência de tal crime depende da comprovação material por meio de perícia psicológica que, por óbvio, só pode ser emitido por profissional capacitado.

Apesar da dificuldade observada na emissão do respectivo laudo, tendo em vista o reduzido número de profissionais que atuam na área, contatou-se que o Estado de Santa Catarina é destaque por meio da Polícia Civil que, além de atuar continuamente no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, tem implantado importantes projetos que envolvem a temática e possui nos seus quadros, a carreira de psicólogo policial que, no caso da violência psicológica contra a mulher, revela-se salutar à "rede de proteção", evitando, inclusive, a impunidade por ausência de constatação da materialidade do crime.

Assim, ao procurar pela Delegacia de Polícia, já no momento do registro de ocorrência, mediante atendimento especializado e humanizado, a mulher pode ser ouvida para o registro das suas declarações, ocasião em que pode ser solicitada a Medida Protetiva de Urgência e agendado atendimento com o psicólogo policial para a respectiva obtenção do laudo psicológico.

Esse atendimento célere permite uma conclusão mais rápida e direta do procedimento investigatório, permitindo que a autoridade policial proceda ao indiciamento e submeta o caso à apreciação do Judiciário.

Destarte, conclui-se pela relevância da atuação do profissional psicólogo policial no âmbito da polícia civil para a constatação do crime de violência psicológica sob a égide da Lei Maria da Penha.

REFERÊNCIAS

BEIRAS, Adriano. **Metodologia de grupos reflexivos de gênero**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2016.

BRASIL. Estado do Pará. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher de 09 de junho de 1994**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-61.Htm

BRASIL, Governo Federal. Ministério da Mulher, da Família, dos Direitos Humanos. Dados atuais. 2021. **Painel de dados da ouvidoria nacional de direitos humanos**. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/paineldedadosdaondh/copy_of_dados-atuais-2021.

BRASIL, Mayara de Jesus. **A mulher e a violência psicológica**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/321031/a-mulher-e-a-violencia-psicologica.htm

BRASIL, Presidência da República. **Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL, Presidência da República. **Decreto Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

BRASIL, Presidência da República. **Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

LEITE, Fabiana de Lima. **Manual de Gestão para Alternativas Penais**: Medidas Protetivas de Urgência e demais serviços de responsabilização para homens autores de violências contra as mulheres. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARINHO, Cassiano Cruz. **A incorporação do conceito de violência psicológica na dogmática civil**. Revista da Faculdade de Direito Universidade São Judas Tadeu, 2021.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Silvia Helena. **Feminismo e terapia**: a terapia feminista da família – por uma psicologia comprometida. Disponível em: https://www.scielo.br/j/pc/a/fbBkhLPfrfM4ZZGfpjBpvtc/?lang=pt&format=pdf

NERLING, Francislaine R. C. Francisco; GUSSO, Rodrigo Bueno; PEREIRA, André Luiz Bermudez. **A (des)necessidade de atuação da polícia civil na apuração dos crimes contra a honra**. ACADEPOL/SC: Florianópolis, 2020.

NEVES, Sofia; NOGUEIRA, Conceição. **A psicologia feminista e a violência contra as mulheres na intimidade**: a (re)construção dos espaços terapêuticos. Disponível em: https://www.scielo.br/j/psoc/a/5j37JRGYvVw57QG9gBfxYZL/?lang=pt#.

OLIVEIRA, Queiti Batista Moreira *et al*. **Namoro na adolescência e no Brasil**: circularidade da violência psicológica nos diferentes contextos relacionais. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/63QTNxSpgNBRJMHP55qbJ5C/abstract/?lang=pt

PASSOS, Regina Lúcia. **Da violência sexual e outras ofensas contra a mulher com deficiência**. Rio de Janeiro: Fundação Osvaldo Cruz, 2019.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt**. NUDEM entrevista Ana Luisa Schmidt Ramos, juíza do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Disponível em: http://defensoria.sc.def.br/nudem-entrevista-ana-luisa-schmidt-ramos-juiza-do-tribunal-de-justica-de-santa-catarina/#page-content

MORAIS DA ROSA, Alexandre; RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A criação do tipo de violência psicológica contra a mulher (Lei 14.188/21)**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/limite-penal-criacao-tipo-violencia-psicologica-mulher-lei-1418821#_ftn13

SANTA CATARINA, Polícia Civil do Estado. **Apresentação Polícia Civil por Elas**. Disponível em: https://www.pc.sc.gov.br/servicos/pc-por-elas-intro/pc-por-elas. Acesso em: 14/09/2021.

CARDUELI, Márcia Cristiane Nunes. **Análise discursiva de textos policiais**: situações de violência conjugal em uma Delegacia da Mulher. Linguagem e Direito: os eixos temáticos. Alidi: Recife, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional**: desigualando a desigualdade histórica. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Editoria Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

WOLFF, Cristina Scheibe; SALDANHA, Rafael Araújo. **Gênero, sexo, sexualidades. Categorias do debate contemporâneo**. Revista Retratos da Escola: Brasília, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/33666505/G%C3%AAnero_sexo_sexualidades_Categorias_do_debate_contempor%C3%A2neo

A EXECUÇÃO INVERTIDA PELA FAZENDA PÚBLICA:

ANÁLISE DE SUA EFICÁCIA E SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA

Giovanni Aguiar Zasso[1]
Nataniel Martins Manica[2]

Submetido em: 04/10/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da execução invertida pela Fazenda Pública, com um enfoque na sua constitucionalidade, eficácia e sustentabilidade econômica. O esboço inicia-se pela conceituação do cumprimento em face da Fazenda e da execução invertida. Após, passa-se ao aprofundamento da sua constitucionalidade bem como de sua eficácia, tratando-se de um instrumento capaz de garantir um processo mais célere, econômico e justo, sendo assim, economicamente sustentável. A investigação foi orientada pelo método indutivo. No tratamento dos dados, empregou-se o método analítico. As técnicas de pesquisa foram as do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. O problema foi caracterizado e a hipótese confirmada[3].

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da Execução invertida apresentada pela fazenda pública, com um enfoque na sua constitucionalidade, eficácia e sustentabilidade econômica.

Para atender os objetivos propostos, estruturou-se o presente trabalho da seguinte forma: a primeira parte está dedicada à conceituação do cumprimento em face da fazenda e a execução invertida; na segunda, destaca-se o decidido pelo STF na ADPF 219, acerca da constitucionalidade do instituto; na terceira, comentar-se-á acerca da Orientação n. 73/19 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Santa Catarina, a qual instituiu a rotina a ser adotada pelo Poder Judiciária no tocante a execução invertida; e por fim, discorre-se acerca da eficácia e sustentabilidade econômica do Instituto.

1. Procurador do Estado de Santa Catarina, atualmente lotado no Núcleo de Gestão de Execuções de Sentença - GESEN. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM (2003). Especialista em Direito Tributário, pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. E-mail: giovanni@pge.sc.gov.br,

2. Procurador do Estado de Santa Catarina, Coordenador do Núcleo de Gestão de Execuções de Sentença - GESEN. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2007). Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Penal e Processual Penal promovido pela UNIVALI em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público – ACMP (2009). Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI (2019). Máster em Territorio , Urbanismo Y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular pela Universidade de Alicante/ES (2019). E-mail: nataniel@pge.sc.gov.br.

3. O presente artigo foi elaborado de acordo com: PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica:** ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 5ª ed.rev.atual. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

O método utilizado na investigação foi o indutivo e na fase de tratamento dos dados, o analítico. As técnicas de pesquisa utilizadas foram as do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento[4].

2 CUMPRIMENTO EM FACE DA FAZENDA E A EXECUÇÃO INVERTIDA

Pode-se afirmar que a execução/cumprimento de sentença constitui uma fase do processo[5]. Importante lembrar que a execução poderá ser fundada em título executivo judicial ou extrajudicial. Se fundada em título executivo judicial, a parte utilizará do cumprimento de sentença. Caso o título executivo seja extrajudicial, será utilizada a execução comum.

Conforme preceitua Theodoro Júnior a "expressão cumprimento de sentença a que recorre o Código de 2015 é genérica, pois ao enumerar os títulos judiciais que o podem sustentar arrola não só as sentenças em sentido estrito, prevendo que também as decisões interlocutórias que reconheçam a exigibilidade de obrigação podem desempenhar a mesma função atribuída à sentença no plano da execução forçada"[6]

No que se refere ao Cumprimento de Sentença em face da Fazenda Pública Assis aponta que

> "Enquanto no CPC de 1973 a localização sistemática do procedimento especial de execução contra a Fazenda Pública indicava seu objeto, e no CPC de 1939 assunto análogo situava-se no início da execução por quantia certa (art. 918, parágrafo único, do CPC de 1939), em razão do pretexto de que, condenada a Fazenda Pública, a rigor "não se processa contra ela uma execução", o CPC de 2015 é mais explícito e direto: a designação do Capítulo V do Título II – Do Cumprimento da Sentença – do Livro I da Parte especial do CPC (arts. 534 a 535) menciona, expressamente, "obrigação de pagar quantia". Esse é o objeto do "cumprimento" da sentença conta a fazenda pública no Capítulo em questão.
>
> (...)
>
> Desse esquema legislativo chega-se à firme conclusão de que a "Execução contra a Fazenda Pública" abrange suas dívidas pecuniárias. E pouco importa o título, judicial ou extrajudicial, em que se baseará a execução para realizar crédito pecuniário. Os procedimentos mencionados, relativamente homogêneos, pois o art. 910, § 3.º, remete aos artigos 534 a 535, e, a rigor, a diferença reside na designação (embargos e impugnação) e na amplitude (plenária na execução fundada em título extrajudicial, a teor do art. 910, § 2.º) da oposição da Fazenda Pública, cuidam apenas de dívidas dessa natureza".[7]

Pois bem, as disposições gerais acerca do Cumprimento de Sentença estão previstas no art. 513, § 1º, do CPC/15[8], que prevê seu início a partir de requerimento do exequente. Logo, depende de iniciativa do credor para que seja iniciada a fase executória.

O art. 534 do CPC, que está inserido no capítulo referente ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela fazenda pública,

4. O presente artigo foi elaborado de acordo com: PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica:** ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 5.ed.rev.atual. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

5. DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda pública em juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 339

6. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Volume III**. 50ª edição. São Paulo: Forense, 2017, p 19.

7. ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 21ª ed. São Paulo: RT. 2021.

8. Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código. § 1º O cumprimento da sentença que reconhece o dever de pagar quantia, provisório ou definitivo, far-se-á a requerimento do exequente.

prevê que a execução depende da apresentação pelo autor do demonstrativo discriminado e atualizado do crédito. O dispositivo em questão ainda estabelece os demais requisitos necessários que devem integrar o demonstrativo.

Assim dispões:

> Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:
> I – o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;
> II – o índice de correção monetária adotado;
> III – os juros aplicados e as respectivas taxas;
> IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;
> V – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;
> VI – a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

Percebe-se que que cabe ao autor elaborar os cálculos que irão instruir a execução, nos moldes do art. 534, ou seja, a regra estabelece que a execução é de iniciativa do exequente.

Cita-se nesse sentindo inclusive Súmula editada pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Bahia:

> Súmula n° 6 - Não se impõe ao réu a obrigação de realizar cálculos para apuração do valor da condenação, cabendo a tarefa ao autor (ou ao contador judicial, a mando do juiz), exigindo-se daquele, apenas, que disponibilize os elementos materiais mantidos em seu poder que sejam necessários à confecção da conta

O que vem a ser a Execução Invertida?

Trata-se da situação, na qual o Ente Público, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, de forma voluntária, apresenta os cálculos devidos e postula a expedição da Requisição de Pequeno Valor ou Precatório.

De qualquer modo, a apresentação dos cálculos pela Fazenda Pública mostra-se acertada, uma vez que o ente público tem maior facilidade para tanto, uma vez que naturalmente possui toda a documentação que servirá para instruir o cálculo, ao passo que para o particular tal tarefa é complexa, bem como pela celeridade e economia processual proporcionada, o que veremos mais adiante.

Para Monteiro Neto, o termo "execução invertida", "não obstante a pertinente e acertada crítica terminológica na doutrina processual brasileira, refere-se a espécie de comparecimento espontâneo do devedor (executado) com o propósito de adimplemento. Trata-se de expressão genérica ainda utilizada pela jurisprudência para designar a hipótese de comparecimento espontâneo, em especial da Fazenda Pública, após o trânsito em julgado do título executivo judicial, mas antes da instauração da fase processual satisfativa pelo próprio credor"[9].

Dinamarco aponta que a impropriedade da expressão "execução invertida" dá-se porque

"não é uma tutela executiva a que o artigo 570 do Código de Processo Civil [de 1973] oferece ao obrigado ao legitimá-lo a tomar a iniciativa de um processo em que o credor é chamado a receber o que lhe é devido, assumindo ele, devedor, 'posição idêntica à do

9. ASSIS, MONTEIRO NETO, João Pereira. **A 'execução invertida' no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública**. CONJUR. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2021-mai-25/monteiro-neto-execucao-invertida-fazenda-publica>. Acesso em: 31 ago. 2021.

exequente'. [...] nem seria inteligente sustentar que a lei possibilitasse ao devedor a obtenção de uma tutela executiva, recebendo bens por conta de seu débito".[10]

Feitas tais considerações acerca do instituto ora debatido, passamos a analisar sua constitucionalidade.

3 CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO INVERTIDA PROPOSTA PELA FAZENDA PÚBLICA – ADPF 219/DF

A União ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF/219, questionando a juridicidade de decisões provenientes dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro que impunham à Fazenda Pública o dever de indicação prévia do crédito exequendo, ou seja, independentemente da apresentação de memória contábil inicial pelo jurisdicionado credor. Portanto, a União argumentou que o instituto da execução invertida seria inconstitucional.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a execução invertida não é inconstitucional.

Ao julgar improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 219, o STF entendeu que a denominada "execução invertida" atende aos princípios regentes do procedimento especial dos juizados especiais no âmbito das causas que envolvam a Fazenda Pública (Leis nº 10.259/2001 e 12.153/2009).

O entendimento, entre outros argumentos, se fundou à luz dos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência administrativa e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, em especial sob a óptica do acesso à Justiça. Portanto, o Supremo Tribunal Federal considerou que a denominada "execução invertida" é compatível com o procedimento especial dos Juizados Especiais de Fazenda Pública.

O Ministro Luiz Fux, relator do caso, salientou em seu voto que a regra geral do Código de Processo Civil (CPC) é que o vencedor da ação apresente os valores da execução e que, no caso das ações em Juizados Especiais, ao envolver pessoas hipossuficientes, não há vedação expressa à colaboração da parte vencida com a apuração do montante. Também destacou que os Juizados Especiais foram criados com a finalidade de ampliar o acesso à Justiça e reduzir a duração e os custos do processo, diretrizes estas trazidas pelo artigo 98 da Constituição Federal com a instituição das ações cíveis de pequeno valor, o que reforça o entendimento em torno da inversão da obrigação em análise.

Nota-se que a ADPF/219 se discutiu a compatibilidade do instituo da execução invertida nos *procedimentos especiais dos Juizados Especiais de Fazenda Pública.* De toda sorte, não vemos óbice em se aplicar nos demais procedimento.

Antes do mencionada APPF o STF já havia apreciado matéria similar no Tema de Repercussão Geral n. 597, sente o Excelso Pretório entendeu que a questão era de índole infraconstitucional. Vejamos:

Tema de Repercussão Geral nº 597: "imposição ao INSS, nos processos em que figure como parte ré, do ônus de apresentar cálculos de liquidação do seu próprio débito". Resultado do julgamento: "não há repercussão geral (questão infraconstitucional)" —

10. DINAMARCO, Cândido Rangel**. Instituições de Direito Processual Civil**. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54-5.

Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário nº 729.884/DF, Rel. Minº Dias Toffoli. Data de julgamento: 23/6/2016. Data de publicação: 1/2/2017.

Pois bem, a tese definida pelo STF na ADPF/219 foi a seguinte:

Não ofende da ordem constitucional determinação judicial de que a União proceda aos cálculos e apresente os documentos relativos à execução nos processos em tramitação nos juizados especiais cíveis federais, ressalvada a possibilidade de o exequente postular a nomeação de perito.

Apenas deve-se deixa claro, que se entende, entretanto, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que a execução invertida não é inconstitucional, tanto nos *procedimentos especiais dos Juizados Especiais de Fazenda Pública,* quantos nos demais procedimentos de rito ordinário. No entanto, ressalvamos que tal Instituto trata-se de prerrogativa da Fazenda Pública como devedora, jamais deve ser imposta como obrigação, uma vez que a tal encargo compete ao devedor.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORIENTAÇÃO N. 73/19 DA CGJ/TJSC

Demonstrada a viabilidade da execução invertida e sua reconhecida constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da ADPF/219, cabe a análise do modo que o Poder Judiciário Catarinense, através de sua Corregedoria-Geral da Justiça, buscou padronizar a atuação das unidades judiciais, no intuito de permitir a apresentação de cálculos do valor da condenação por parte do ente público.

Para tal desiderato, o Poder Judiciário, em consonância com a ordem jurídica legal e constitucionalmente estabelecida, bem como em atenção às premissas do Código de Processo Civil vigente, que permite a flexibilização do procedimento de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, VI, da lei processual), através da Corregedoria-Geral de Justiça (seguindo o dever de orientação, consoante art. 3º, I, da Resolução CM n. 1/2017), estabeleceu a Orientação n. 73, de 12 de dezembro de 2019, atualizada em 13/07/2020, em que dispõe acerca dos parâmetros e procedimentos que viabilizem que, por faculdade do ente público, seja adotada a intitulada "execução invertida", em que há a apresentação de cálculo pelo próprio devedor.

Antes, ainda, de se adentrar especificamente no atual modelo estabelecido e na rotina que as unidades judiciais devem observar, deve ser reprisado que tal prática de apresentação dos cálculos, sem a apresentação do cumprimento de sentença forçado por parte do credor, contribui para a efetividade e celeridade do processo, buscando a efetivação do conteúdo condenatória da sentença, sem oneração maior por parte do erário público, na medida em que não permite a aplicação da multa ou mesmo dos honorários advocatícios.

Seguindo, em específico em relação à Orientação n° 73/2019, tem por núcleo central a sistematização detalhada de todo o procedimento que deve ser seguido para que se confira a faculdade do ente público adotar a intitulada "execução invertida".

Precipuamente, com o trânsito em julgado da demanda, orienta-se que as unidades judiciais, expeça **ato ordinatório com intimação sobre o trânsito em julgado e a fim de viabilizar à Fazenda Pública Estadual e Municipal, bem como ao Instituto**

Nacional do Seguro Social – INSS, a faculdade de, em 30 (trinta) dias, apresentar o cálculo do valor que tente devido, dando início à chamada "execução invertida".

Indica-se que nesse ato ordinatório também deve constar a observação de que, em caso de aceitação pelo credor, não haverá nova condenação em pagamento de honorários advocatícios, conforme noticiado no Informativo n. 563 do Superior Tribunal de Justiça, tampouco a incidência de multa por descumprimento.

Assim, deve ser encaminhado o processo ao ente estatal para que possa executar a faculdade de apresentação do memorial de cálculo do valor devido, devendo ser destacado que a competência para a realização de tal procedimento é da vara em que tramita o processo de conhecimento, com exceção das comarcas em que haja unidade especializada para o processamento e julgamento das execuções contra a Fazenda Pública.

Atualmente, consta o seguinte modelo de ato ordinatório na referida orientação:

> **Ato – Cível – Intimação – Parte Passiva – Fazenda Pública – Execução Invertida**
>
> As partes ficam intimadas do trânsito em julgado da sentença. Fica intimada a parte passiva para, querendo, apresentar o cálculo da quantia devida,dentro do prazo de 30 (trinta) dias, consoante art. 526 do CPC, ciente de que ficará isenta do pagamento de honorários advocatícios caso os cálculos sejam apresentados no prazo e haja concordância da parte credora, nos moldes do art. 526, § 3º, do CPC e do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (AgRg noAREsp 641.596-RS, j. em 23.03.2015 e AgRg no AREsp 630.235-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 19.05.2015

A Orientação prevê que com o retorno dos autos, já com a apresentação do cálculo pelo devedor, deverá haver a **intimação do credor para manifestação**, de modo que deve ser expedido novo ato ordinatório para tanto, com a advertência de que eventual silêncio poderá ser interpretado como anuência. Destaca-se que tal ato ordinatório deve ressaltar que em caso de não concordância com os cálculos apresentados, que a parte deve dar início ao cumprimento de sentença (esse com instauração de novo processo no eproc, com a classe "cumprimento de sentença" e com numeração própria), nos termos do art. 534 e seguintes do Código de Processo Civil.

O modelo de ato ordinatório a ser seguido em relação ao acima disposto é o que segue, nos termos da mencionada Orientação:

> Ato – Cível – Intimação – Parte Ativa – Cálculos – Execução Invertida
>
> A parte ativa fica intimada para se manifestar, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, acerca dos cálculos apresentados pela parte devedora, ciente de que, acaso não concorde com os valores deverá propor o cumprimento de sentença, com cálculos próprios, consoante art. 534 do CPC.

Discrimina ainda a Orientação acerca dos procedimentos a serem adotados em caso de concordância e em caso de discordância do credor com os valores indicados pela Fazenda Pública.

Caso haja concordância com o valor apresentado, os autos deverão ser conclusos ou, em caso de adoção de modelo de gestão unificada, o próprio cartório judicial de imediato emite minuta de decisão determinando a expedição de Requisição de Pequeno valor ou precatório ao ente público, bem como a expedição do alvará e posterior arquivamento do processo.

Com a informação de depósito dos valores pelo ente público e notificação do pagamento, outro ato ordinatório deve ser expedido ao credor (**Ato – Cível – Intimação – Parte Ativa – Pagamento – Execução Invertida** A parte ativa fica intimada para se manifestar acerca do pagamento da dívida, bem como para informar os dados bancários (banco/agência/conta) necessários à expedição de alvará judicial e indicar qual o valor destinado a honorários e a parte, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, consoante decisão de p.) para que se manifeste quanto ao adimplemento, com a advertência que seu silêncio será interpretado como aceitação, assim como para que indique os dados bancários para transferência dos valores.

Em caso de discordância com o valor apresentado, as unidades judiciais devem adotar o procedimento que segue, percebendo que em caso de apresentação concomitante do cumprimento de sentença, esse terá continuidade (terá incidente próprio, conforme acima já detalhado). Ocorre que se a parte se limitar a discordar do valor, nessa situação se exigirá a expedição de novo ato ordinatório em que se informará que os autos permanecerão arquivados até a apresentação do cumprimento de sentença pertinente.

Segue o modelo de ato ordinatório a ser seguido:

> Ato – Cível – Intimação – Parte Ativa – Ausência de Apresentação dos Cálculos – Execução Invertida
>
> A parte ativa fica intimada do decurso do prazo para apresentação dos cálculos pela parte devedora e de que deverá, querendo, deflagrar o cumprimento de sentença, nos moldes do art. 534 do CPC.

Detalha, por final, tal orientação, que somente com a instauração da fase executiva é que o processo deve ser remetido parta a vara especializada em execuções contra a Fazenda Pública, nas comarcas onde houve tal unidade, prevendo, ainda, modelo geral de decisão a ser seguido em **"Execução - Judicial - Quantia Certa - Fazenda Pública - Invertida Requisite-se o pagamento por precatório ou requisição de pequeno valor".**

A sistematização disposta na Orientação nº 73, de 12 de dezembro de 2019, apresenta o detalhamento necessário para permitir a adequada adoção da execução invertida e seus desdobramentos seguintes, garantido ao ente estatal devedor a segurança para exercer a faculdade de apresentação dos valores condenatórios devidos, bem como ao credor os procedimentos viáveis em caso de concordância ou não com tais valores, garantindo assim a possibilidade de buscar a efetivação de seu crédito.

5 EFICÁCIA E SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA DO INSTITUTO

Como visto anteriormente, a execução invertida trata-se de uma faculdade do Ente Público, no qual, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, de forma voluntária, apresenta os cálculos devidos e postula a expedição da Requisição de Pequeno Valor ou Precatório.

A adoção da "execução invertida" termina por possibilitar a expedição mais célere do RPV, efetivando o princípio da celeridade e razoável duração do processo, sem necessidade de aguardar a citação da Fazenda Pública, para uma possível oposição dos embargos à execução (REsp 1524662, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, de 30/06/2015).

Do ponto de vista da sustentabilidade, a apresentação por parte da Fazenda Pública dos cálculos que entende devido, corrobora com a celeridade e economia processual. Ademais, o dever de colaboração imputável ao Estado decorre dos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, e do subprincípio da economicidade.

Quanto ser economicamente sustentável, acerca da dimensão econômica Freitas leciona o seguinte:

Dimensão econômica da sustentabilidade evoca, aqui, a pertinente ponderação, o adequado "trade-off" entre eficiência e equidade, isto é, o sopesamento fundamentado, em todos os empreendimentos (públicos e privados), dos benefícios e dos custos diretos e indiretos (externalidades). A economicidade, assim, não pode ser separada da medição de consequências, de longo prazo.[11]

Assim, a apresentação dos cálculos pela Fazenda Pública mostra-se acertada, pois além de o ente público ter maior facilidade para tanto, os custos processuais e a boa-fé processual se fazem presentes.

Ademais, além de possibilitar uma maior celeridade no processo, evitando que ele se alongue em discussões arrastadas pelo tempo, merece ainda destaque que na execução invertida apresentada pela fazenda Pública há a impossibilidade de condenação desta ao pagamento de honorários advocatícios.

Isso porque quando a Fazenda Pública, de forma proativa, exerce a faculdade de apresentar planilha de liquidação dos valores por ela devidos, tem-se o cumprimento espontâneo da obrigação, não se falando sequer em instauração da fase executiva do julgado.

O Superior Tribunal de Justiça vem se pronunciando sobre o tema:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. EXECUÇÃO INVERTIDA. VERBA HONORÁRIA INDEVIDA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.
>
> 1**. <u>É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual não cabe a fixação de honorários advocatícios na hipótese em que o devedor apresenta os cálculos para expedição da correspondente requisição de pequeno valor, caso o credor concorde com o valor apresentado, o que se denomina execução invertida.</u>**
>
> 2. O acórdão recorrido não está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual merece prosperar a irresignação. 3. Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.
>
> 4. Recurso Especial provido.
>
> (REsp 1742645/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 26/11/2018) (grifos nossos).

No mesmo sentido:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. "EXECUÇÃO INVERTIDA". HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. DESCABIMENTO.
> 1. É certo que este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de ser cabível a fixação de verba honorária nas execuções contra a Fazenda Pública, ainda que não

11. FREITAS, Juarez, **SUSTENTABILIDADE**: Direito ao Futuro. 2ª edição. Forum: Belo Horizonte. 2012. p. 65.

> embargadas, cujo pagamento da obrigação é feito mediante requisição de pequeno valor - RPV.
> 2. **Entretanto, a jurisprudência desta Corte ressalvou que, nos casos de "execução invertida", a apresentação espontânea dos cálculos, com o reconhecimento da dívida, afasta a condenação em honorários advocatícios**.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 630.235/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 05/06/2015). (grifos nossos).

Desse modo, caso a Fazenda Pública opte por adotar o rito da execução invertida apenas poderão ser arbitrados honorários em caso de impugnação pelo exequente que seja julgada procedente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, resta claro que a faculdade conferida ao ente público de apresentação de seus cálculos acaba sendo importante instrumento garantidor da efetividade processual do direito condenatório conferido ao credor, bem como de sustentabilidade econômica, na medida em a apresentação dos valores devidos pela Fazenda Pública implica em benefício tanto a essa quanto ao credor em relação aos custos e celeridade processual, além de comportar a sistemática processual moderna de boa-fé processual e de cooperação mútua das partes.

Nesse prisma, deve ser fixada a premissa de que tal instituto busca além da celeridade processual, evitar maiores gravames ao erário público, uma vez que na execução invertida apresentada pela Fazenda Pública não haverá aplicação de multa ou mesmo há condenação ao pagamento de honorários advocatícios, devendo ser destacado importante precedente trazido no Informativo n. 563 do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM EXECUÇÃO INVERTIDA. Não cabe a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios no caso em que o credor simplesmente anui com os cálculos apresentados em "execução invertida", ainda que se trate de hipótese de pagamento mediante Requisição de Pequeno Valor (RPV). É certo que o STJ possui entendimento de ser cabível a fixação de verba honorária nas execuções contra a Fazenda Pública, ainda que não embargadas, quando o pagamento da obrigação for feito mediante RPV. Entretanto, **a jurisprudência ressalvou que, nos casos de "execução invertida", a apresentação espontânea dos cálculos após o trânsito em julgado do processo de conhecimento, na fase de liquidação, com o reconhecimento da dívida, afasta a condenação em honorários advocatícios**. Precedentes citados: AgRg no AREsp 641.596-RS, Segunda Turma, DJe 23/3/2015; e AgRg nos EDcl no AREsp 527.295-RS, Primeira Turma, DJe 13/4/2015. AgRg no AREsp 630.235-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 19/5/2015, DJe 5/6/2015. (grifo nosso).

Ao exercer a Fazenda Pública, por sua iniciativa, a faculdade a si conferida de apresentação dos valores devidos através da planilha de cálculos, com os valores líquidos da condenação, evita instauração da fase de execução forçada do julgado, atentando ao dever de colaboração mútuo entre as partes, vindo a atender aos anseios dos princípios da celeridade e economia processual.

Reprisa-se aqui que o dever de colaboração imputável ao Estado decorre dos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, e do subprincípio da economicidade,

destacando-se que a apresentação por parte da Fazenda Pública dos cálculos que entende devido, corrobora com a celeridade e economia processual, trazendo eficiência e efetividade no processo judicial.

Não há como não se perceber tal instituto da execução invertida como instrumento de efetividade da prestação jurisdicional, que vem trazer agilidade na efetivação do conteúdo condenatório conferido ao credor, trazendo além da celeridade na prestação jurisdicional inegável economia para os cofres públicos, na medida que afasta a aplicação de multa e condenação ao pagamento de honorários advocatícios por parte do devedor.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 21ª ed. São Paulo: RT. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20mar. 2019.

DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda pública em juízo.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez, **SUSTENTABILIDADE:** Direito ao Futuro. 2ª edição. Forum: Belo Horizonte. 2012.

MONTEIRO NETO, João Pereira. **A 'execução invertida' no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.** CONJUR. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2021-mai-25/monteiro-neto-execucao-invertida-fazenda-publica>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 5ª ed. rev. atual. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 28ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Volume III. 50ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

OS DESAFIOS DA CONSTRUÇÃO E VIABILIZAÇÃO DE UM MODELO DE GOVERNANÇA SUSTENTÁVEL NA SOCIEDADE PÓS-PANDEMIA

Marcelo Adriam de Souza[1]
Maíra Martins Crespo Mazzitelli[2]

Submetido em: 05/10/2021
Aceito em: 25/10/2021

RESUMO
O presente estudo tem por objetivo analisar os desafios de se viabilizar um modelo de governança sustentável, sobretudo na sociedade pós-pandemia. Utilizando-se do método indutivo e da revisão bibliográfica para enfrentar a problemática proposta, percebe-se que a pandemia de Covid-19 intensificou as deficiências organizatórias e civilizatórias já reveladas por uma crise socioambiental, resultado do modelo de organização econômico-social centrado no crescimento econômico e na acumulação ilimitada de capital. O estudo conclui que harmonizar ações em torno de interesses comuns, como a saúde pública, exige uma nova postura ético-comportamental que priorize o humanismo, a solidariedade e a sustentabilidade, centrada na interdependência e relacionalidade com a Natureza, devendo haver um compromisso efetivo para guiar as ações em âmbito global no período pós-pandemia.

1 INTRODUÇÃO

Considerando que a criação e a subsistência de um modelo de governança realmente eficaz e sustentável já era um grande desafio antes, na sociedade pós-pandemia tornou-se um desafio ainda maior.

Isso porque as diferenças, que já eram enormes, apenas foram intensificadas, sobretudo as econômico-sociais: quem era rico, ficou ainda mais rico e quem já era pobre, hoje é miserável. A única coisa que o período pandêmico deixou bastante claro é que, quando o assunto é saúde, não há diferença: o vírus não escolhe classe social.

Governança e Sustentabilidade são temáticas intensamente debatidas na academia. A análise sincrônica resultou no seguinte problema: é possível estruturar e viabilizar um modelo de governança sustentável, sobretudo na sociedade pós-pandemia?

Para o exame da problemática, são abordados os conceitos de governança e governança global, bem assim o uso indiscriminado e respectivos contextos. Na sequência, são elaboradas as considerações acerca da sustentabilidade e suas diversas facetas, além

1. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó (2017). Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes (2006). Especialista em Direito Constitucional (2020). Graduado em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (2005). Procurador do Estado de Santa Catarina.

2. Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2015). Mestra em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho (2016). Especialista em Direito Notarial e Registral (2012). Especialista em Direito Público (2007). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Titular concursada do Tabelionato de Notas e Protesto de Jaguaruna, SC.

das conexões feitas por importantes estudiosos do tema. Após, é abordada a origem da pandemia e os hábitos da sociedade atual, correlacionando a emergência sanitária e a crise ecológico-social. Por fim, são colocados os desafios socioeconômicos no contexto de uma sociedade cada vez mais individualista e desigual, em que o "ter e mostrar" importa mais do que o "ser e viver" de verdade.

Assim, o propósito deste estudo é expor algumas das dificuldades que se apresentam na conciliação desses importantes temas no cenário global.

Quanto à Metodologia, utilizou-se o método indutivo, com as técnicas da pesquisa bibliográfica e documental.

2 GOVERNANÇA E GOVERNANÇA GLOBAL

Em um mundo cada vez mais global, o emprego do termo governança se faz gradativamente mais presente. Por toda a parte e em todos os níveis, transformou-se em uma expressão chave relacionada à excelência na gestão e organização, sobretudo de pessoas e processos. A boa governança depende da tomada de decisões assertivas que levam aos fins colimados e tais deliberações levam em consideração determinado contexto político, econômico e social, além de sofrer influência de diversos atores, seja no mundo corporativo, seja no âmbito da coisa pública.

Segundo Gonçalves[3], a expressão não é um conceito jurídico e teve sua origem em documentos oficiais do Banco Mundial no início da década de 1990, relacionando-se mais à Ciência Política e às Relações Internacionais:

> Segundo o Banco Mundial, em seu documento *Governance and Development*, de 1992, a definição geral de governança é "o exercício da autoridade, controle, administração, poder de governo". Precisando melhor, "é a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento", implicando ainda "a capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir funções".

A expressão governança vem sendo utilizada de modo irrestrito, sem precisão científica e com sentidos diferentes: governança corporativa, governança pública, governança ambiental, governança social, governança participativa, governança multinível, dentre tantos outros. Contudo, para o escopo deste trabalho, interessa a problemática da governança em âmbito internacional e sua contextualização em nível global, levando-se em conta aspectos políticos, jurídicos e sociais.

A globalização vem implicando a redefinição de conceitos e a remodelagem do exercício da governança. Na prática, o poder não é mais exercido só pelos tradicionais Estados-nação, mas cada vez mais por outros *players* do cenário global, tais como ONGs e empresas transnacionais, criando um terreno fértil à transição para um plano de governança global. Conforme Staffen[4]:

> Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um território mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite circulação de pessoas, ideologias, capitais, mercadorias, bens e serviços, o qual demonstra a redução (crise) do Es-

3. GONÇALVES, Alcindo. **O conceito de governança.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf

4. STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 9-10,

> tado e institui instrumentos de governança global. Nas palavras de Armin von Bogdandy, a internacionalização se tornou um modo de vida.

Nesse contexto, o conceito de governança tem sido utilizado para o estudo dessa intensa transformação no cenário global, com a crescente participação da sociedade civil e de outros atores não estatais. Surge aí a celeuma da ausência de personalidade jurídica e da legitimidade dessas organizações. Contudo, a práxis revela que a não personalidade jurídica internacional desses entes não impede sua ação, ao contrário, são cada vez mais participativos:

> No âmbito da Organização das Nações Unidas, há a resolução 31/1996 do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), estabelecendo as bases para as relações de consulta entre as Nações Unidas e as organizações não-governamentais. Entre os princípios que devem nortear essas relações de consulta destaca-se o número 5:
>
> Relações de consulta podem ser estabelecidas com organizações nacionais, subregionais, regionais ou internacionais, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios e critérios estabelecidos na presente resolução. A Comissão, ao considerar solicitações de status consultivo, deve assegurar, na medida do possível, a participação de organizações não governamentais de todas as regiões, e particularmente dos países em desenvolvimento, a fim de permitir que se alcance o envolvimento genuíno, efetivo, balanceado e justo das organizações não-governamentais de todas as regiões e áreas do mundo. A Comissão deve também ter especial atenção a organizações não-governamentais que tenham especial competência técnica ou experiencia sobre questões que a Comissão deseje estabelecer.
>
> Também na Organização Mundial do Comercio (OMC) tem havido gradativa abertura para a participação de atores não-estatais, especialmente a partir do final da década de 90.[5]

Assim, os fatos revelam o surgimento de uma nova ordem, decorrente do processo de globalização. A governança global é uma realidade posta, mas ainda sem contornos bem definidos. A articulação entre público e privado para a gestão e a definição das políticas futuras em nível planetário vem se revelando cada vez mais presente no cenário internacional.

Resta saber se o resultado atenderá aos anseios da sociedade, já tão fragilizada e sofrida por conta da pandemia. Resta saber se é factível a governança global com sustentabilidade e eficiência. Resta saber se o foco dessa governança estará voltado aos interesses coletivos e não meramente individuais. Resta saber se a governança global será uma mera repetição em escala macro daquilo que se tem visto intramuros, ou seja, dentro dos Estados-nação.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUSTENTABILIDADE

De modo bastante simples e objetivo, poderíamos definir sustentabilidade como o ponto de ajuste equânime entre a exploração de recursos da Natureza para a satisfação das necessidades humanas e a preservação desses mesmos recursos, para as presentes e futuras gerações.

Atualmente tratar de sustentabilidade não se resume à questão verde, muito embora essa tenha sido a origem desse complexo tema.

5. GONÇALVES, Alcindo. **O conceito de governança.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf

Isso porque, durante o processo evolutivo da sociedade moderna, sobretudo após a Revolução Industrial, houve uma exploração desenfreada dos recursos naturais – sabidamente finitos –, dando início a uma equação sempre em desfavor do meio ambiente, que não encontrava tempo hábil de se regenerar, tamanha a intensidade de degradação da Terra.

Em face da realidade devastadora que se apresentou sem disfarces, emergiu o senso comum de responsabilidade em relação ao meio ambiente, como uma consequência natural do instinto de autopreservação da vida humana.

Segundo Pilau Sobrinho[6]:

> Diante deste processo de evolução da sociedade, observa-se que as maiores transformações ocorridas na natureza perpassam pela atuação humana, que ao longo dos anos vem degradando de forma assustadora o planeta. A partir do estabelecimento do relatório de Brundtland é que veio a se estabelecer o termo sustentabilidade.

Ao contrário do que se pensa comumente, a questão ambiental é apenas parte da estrutura edificante que viabiliza uma sociedade sustentável. Tratar de sustentabilidade é mais do que atentar à questão verde ou ecológica: envolve também questões econômicas, sociais, jurídicas e também políticas.

Segundo Nascimento[7]:

> Sustentabilidade tem hoje muitas definições. No geral elas remetem à dimensão ambiental (nesse caso nasce do conceito da biologia de resiliência) ou à articulação entre a economia e o meio ambiente (ecoeficiência, economia verde) ou, finalmente, à equidade social. No fundo trata-se de construir um modelo de desenvolvimento que permita conservar a natureza de forma que as futuras gerações possam gozar de um meio ambiente equilibrado e, ao mesmo tempo, garantir que todos os homens e mulheres possam usufruir de uma vida minimamente digna. O conceito remete, portanto, a durabilidade do gênero humano em condições de justiça social, em que todos os seus membros possam desenvolver suas potencialidades.

A questão vai mais além para Boff"[8], que relaciona o universo com a sustentabilidade:

> Em primeiro lugar, somos todos parte do universo e todos feitos do mesmo pó cósmico que se originou com a explosão das grandes estrelas vermelhas. Somos construídos com os mesmos elementos que também construíram as galáxias e as estrelas. Por isso vigora um parentesco íntimo com o universo, constituído por 125 bilhões de galáxias que encerram mais de cem trilhões de estrelas, com um diâmetro de 30 bilhões de anos-luz. Em todos funciona o que chamamos de matriz relacional (Relational Matrix), ligando todos com todos.
>
> Em segundo lugar, o universo e nós somos sustentados pela Energia de Fundo que nos mantém existentes e unidos.
>
> Em terceiro lugar, as quatro energias fundamentais - a gravitacional, a eletromagnética, a nuclear forte e a fraca - estão incessantemente em ação, produzindo e equilibrando nossa existência. Como observava Niels Bohr, um dos fundadores da mecânica quântica: "Se deixo cair uma caneta, afeto a galáxia mais distante, pois a mesma energia gravitacional que fez cair a caneta está regulando a velocidade da galáxia".

6. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica:** (im)probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente. UNIVALI: Itajaí, Santa Catarina, 2017, p. 29.

7. LÉNA, Philippe; Nascimento, Elimar Pinheiro do (Orgs.). **Enfrentando os limites do crescimento**: sustentabilidade, decrescimento e prosperidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012, p. 415.

8. BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é, o que não é. 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 111.

Além do incentivo às já conhecidas práticas de reciclagem, reaproveitamento de recursos e do consumo consciente, muitas são as propostas para se atingir a tão desejada sustentabilidade. Tais propostas envolvem desde a descentralização das infraestruturas para a construção de uma sociedade decrescentista, migração das populações das cidades para o campo, passando pelo campesinato, reforma agrária, agroecologia, chegando até a propositura do "Estado Ecológico" e da Bionação. Todas ideias respeitáveis, porém, de difícil e vagarosa implementação, visto que envolve uma verdadeira virada comportamental e estrutural, demandando décadas e o empenho de gerações (presente e futuras).

Ademais, como veremos adiante, contrariando o esperado como consequência de um período crítico de emergência sanitária, repleto de restrições das mais diversas ordens, as diferenças foram intensificadas, sobretudo as diferenças sociais.

Infelizmente, as dificuldades advindas da pandemia não foram capazes de trazer à tona o melhor do ser humano. O sonho de uma sociedade mais consciente, justa e solidária restou adiado. O período pandêmico nos fez conhecer um mundo ainda mais dividido, individualista e marcado por intensas diferenças.

Intensificadas as diferenças, restam ainda mais evidentes as dificuldades já existentes para a viabilização de um modelo de governança eficaz e sustentável.

A realidade desnudada pela pandemia foi dura. Nua e crua.

4 COVID-19[9]: ORIGEM DA PANDEMIA[10] E A SUSTENTABILIDADE.

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde reconheceu o surto de Covid-19 como situação de pandemia global. Esse quadro, que perdura até os dias atuais, converteu o mundo em um verdadeiro laboratório de práticas sociais, políticas e econômicas. Algumas, por exemplo, viram seu protagonismo comprometido, outras tiveram sua consolidação intensificada. Muitas, porém, emergem como oportunidades para se pensar formas de organização social e política sustentáveis em uma sociedade pós-pandemia.

A investigação destinada a apurar a origem do fenômeno pandêmico pode fornecer um profícuo caminho para se analisar algumas dessas dinâmicas. Nesse caminho, cabe-nos indagar: o que tem a ver a origem da pandemia de covid-19 com a sustentabilidade e a governança global? Estaria a crise sanitária, que atualmente ameaça a vida humana, de algum modo associada ao modelo de organização social e econômica e sua relação com os recursos da Natureza?

Embora o inquérito científico ainda não tenha sido concluído, as primeiras pistas parecem nos apontar respostas afirmativas para os questionamentos, tanto em mate-

9. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Covid-19 pode ser definida como uma doença infecciosa causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) e caracteriza-se por um quadro sintomático comum que vai desde sintomas leves, como febre, cansaço e tosse seca; outros mais graves, como febre alta, congestão nasal, dor de cabeça, confusão mental, dor de garganta, diarreia, perda de paladar ou olfato; e, até gravíssimos, como perda de consciência, convulsões, complicações neurológicas, acidentes neuro-vasculares, inflamação do cérebro e lesões neurais, podendo causar a morte. Disponível em: https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19 Acesso em: 16.07.2021.

10. Segundo a Organização Mundial da Saúde, a classificação de uma crise sanitária como pandemia não se deve à gravidade da doença, e sim à rápida propagação que determinada doença infecciosa atinge por diferentes regiões do planeta. Leva em conta, portanto, o número de casos, o número de infectados a quantidade de mortes bem como o número de países afetados. Conforme declarou Tedros Adhanom, Diretor-Geral da OMS, durante conferência de imprensa em 11 de março de 2020: "Nas últimas duas semanas, o número de casos de Covid-19 [doença provocada pelo vírus] fora da China aumentou 13 vezes e a quantidade de países afetados triplicou. Temos mais de 118 mil infecções em 114 nações, sendo que 4.291 pessoas morreram. [...] Portanto, avaliamos que a Covid-19 pode ser caracterizada como uma pandemia". In: World Health Organization (WHO) 11 de mar de 2020. Media briefing on #COVID19 with @DrTedros #coronavirus. Disponível em: <https://twitter.com/WHO/status/1237777021742338049?s=20> Acesso em: 07.07.2021.

rialidade como em autoria. Contudo, para se avançar nessas constatações preliminares faz-se necessário verificar a trajetória investigativa acerca da possível origem do fenômeno pandêmico.

Percorrendo esse caminho, podemos verificar que, em 30 de dezembro de 2019, um surto de pneumonia grave foi detectado na cidade de Wuhan, na China, tendo como agente causador um novo coronavírus[11], o qual restou posteriormente denominado Sars-Cov-2[12]. Os primeiros casos de contaminação apurados levaram as autoridades sanitárias locais e internacionais ao Mercado de Frutos do Mar de Huanan, localizado em Wuhan, onde amostras ambientais ali coletadas confirmaram a presença do Sars-Cov-2.

Embora considerada menos provável, ainda não está descartada a hipótese de que o coronavírus Sars-Cov-2 tenha surgido de um possível vazamento de laboratório do Instituto de Virologia de Wuhan, especializado em pesquisas de coronavírus. Nesse caso, uma pessoa em contato com o vírus no laboratório pode ter sido acidental ou deliberadamente infectada, espalhando-o e contaminando outras pessoas, desencadeando a pandemia[13].

Malgrado não se tenha chegado a uma conclusão, as suspeitas sobre o marco zero da pandemia são reforçadas por outros elementos. Baseado em estudos de surtos virais precedentes como os da SARS e da gripe aviária, acredita-se que o surgimento e a disseminação dos coronavírus podem ser relacionados com mercados úmidos junto a práticas de consumo de animais silvestres ali desenvolvidas, onde são comumente vendidos vivos[14].

Analisando o surgimento e a disseminação de coronavírus e sua possível ligação com a prática alimentar e comercial de animais selvagens nos mercados públicos chineses, colhemos o estudo conduzido por Patrick Woo, Suzanna Lau e Kwok-Yung Yuen, segundo os quais:

> Na China, a comida é considerada mais nutritiva e deliciosa se for preparada na hora com animais vivos, enquanto a carne congelada é considerada inferior. Portanto, os mercados úmidos estão localizados nas proximidades de áreas residenciais na maior parte da China, o que permite contatos frequentes entre humanos e animais vivos. [...] Devido à predileção do sul da China por iguarias especiais, seus mercados úmidos são adicionalmente preenchidos com uma grande variedade de animais selvagens" [15].

Tais constatações fortalecem a hipótese de que a contaminação humana tenha sido causada por um "salto zoonótico". Ou seja, os estudos sugerem que, em algum momento

11. Conforme a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), os coronavírus são a segunda principal causa do resfriado comum. "Ao todo, sete coronavírus humanos (HCovs) já foram identificados: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa síndrome respiratória do Oriente Médio) e o, mais recente, novo coronavírus (que no início foi temporariamente nomeado 2019-nCoV e, em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). Esse novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19." Organização Pan-Americana da Saúde. **Histórico da Pandemia de Covid-19**. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19 Acesso em: 17.07.2021.

12. Conforme a Organização Mundial da Saúde, inicialmente denominado como "2019 n-Cov" (em Inglês: 2019 novel coronavirus) o Sars-Cov-2 ou Coronavírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave 2. World Health Organization. (‍ 2020)‍ . Surveillance case definitions for human infection with novel coronavirus (‍ nCoV)‍ : interim guidance, 11 January 2020. World Health Organization. https://apps.who.int/iris/handle/10665/330376 . Acesso em: 17.07.2021.

13. MAXMEN, Amy; MALLAPATY, Smriti. The COVID lab-leak hypothesis: what scientists do and don't know. Revista Nature, Vol. 594, p. 313-315, 17 de junho de 2021. Disponível em https://www.nature.com/articles/d41586-021-01529-3 Acesso em: 17.07.2021.

14. Para uma análise acerca das evidências científicas entre o papel dos mercados úmidos e sua ligação com o surgimento de doenças infecciosas como a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS) e a Gripe Aviária, vide WOO, Patrick CY; et al. (2006). "Infectious diseases emerging from Chinese wet-markets: zoonotic origins of severe respiratory viral infections". Public Health Emergency Collection. **Opinião Atual em Doenças Infecciosas**. 19 (5): 401–407. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7141584/ Acesso em: 18.07.2021

15. WOO, Patrick CY; et al. "Infectious diseases emerging from Chinese wet-markets: zoonotic origins of severe respiratory viral infections". Public Health Emergency Collection. **Opinião Atual em Doenças Infecciosas**. 2006, 19 (5): 401–407. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7141584/ Acesso em: 18.07.2021

e por algum modo, permitiu-se que o novo coronavírus lograsse passar de um hospedeiro intermediário aos humanos. Uma das hipóteses estudadas é que o pangolim[16] seja o possível hospedeiro intermediário, situação que fortalece a necessidade de se apurar a legitimidade de tais práticas.[17]

É aqui que os pontos parecem se ligar. Isso porque o pangolim é considerado uma das espécies de mamíferos mais atingidas pelo tráfico ilegal de animais silvestres no mundo, seja para consumo alimentar, seja pelas suas escamas valorizadas pela medicina tradicional chinesa[18]. Logo, o estudo sugere que os pangolins podem fornecer uma resposta para a origem da pandemia de Covid-19, recomendando, além da proibição de sua venda em mercados úmidos, uma premente mudança ético-comportamental como uma das medidas a serem implementadas para se evitar futuras emergências sanitárias.[19]

Seja como for, ainda que o inquérito científico da Covid-19 esteja em andamento, os elementos informativos disponíveis alertam para a necessidade de mudanças práticas, éticas e institucionais. Essas transformações demandam a percepção dos desafios que se interpõem no curso desse processo, os quais parecem estar intimamente ligados ao modo como nos relacionamos com a Natureza e perpetuamos nosso sistema produtivo em torno da acumulação do capital.

A análise dessas questões permitirá identificarmos alguns elementos que devem ser integrados ao processo de investigação do fenômeno pandêmico e, ao mesmo tempo, a dimensão das transformações a implementar, seja em âmbito epistemológico, seja no aspecto pragmático. Essas percepções servirão para aferirmos quais dinâmicas teremos que impulsionar e quais capacidades devem ser desabilitadas para concretização de uma sustentabilidade efetiva.

5 IDENTIFICANDO NOVAS VARIÁVEIS: INTERFACES ENTRE A EMERGÊNCIA SANITÁRIA E A CRISE ECOLÓGICO-SOCIAL

Os primeiros resultados investigativos sobre a pandemia de Covid-19 sinalizam o quanto se há de avançar em termos de sustentabilidade e governança. Determinadas práticas ecologicamente predatórias e vinculadas a interesses econômicos parecem desafiar a construção de respostas globais eficazes ao fenômeno pandêmico. A análise dessas conexões pode revelar caminhos para se responder tanto à emergência de saúde pública ora enfrentada, como ao perecimento por outras ameaças já anunciadas.

16. Mamíferos da ordem *Pholidota* que vivem em zonas tropicais da Ásia e África. Também chamado de tamanduá escamoso por sua pele escamosa e dietas similares ao tamanduá. O nome Pangolim deriva da expressão 'penggulung', palavra malaia para rolo - a ação que um pangolim realiza em autodefesa quando ameaçado. Existem oito espécies atualmente identificadas. Quatro espécies vivem na África: pangolim de barriga preta (Phataginus tetradactyla), pangolim de barriga branca (Phataginus tricuspis), pangolim gigante de terra (Smutsia gigantea) e pangolim de terra de Temminck (Smutsia temminckii). As quatro espécies encontradas na Ásia: pangolim indiano (Manis crassicaudata), pangolim filipino (Manis culionensis), pangolim sunda (Manis javanica) e o pangolim chinês (Manis pentadactyla). Disponível em: https://www.worldwildlife.org/species/pangolin Acesso em: 17.07.2021.

17. LAM, T.TY., JIA, N., ZHANG, YW. et al. Identifying SARS-CoV-2-related coronaviruses in Malayan pangolins. **Nature** 583, 282–285 (2020). Disponível em: https://doi.org/10.1038/s41586-020-2169-0 Acesso em: 16.07.2021.

18. Segundo a organização *World Wildlife Fund*, os pangolins "certamente são um dos mamíferos mais traficados na Ásia e, cada vez mais, na África[..].Com base nas apreensões relatadas entre 2011 e 2013, estima-se que 116.990-233.980 pangolins foram mortos, o que representa apenas a ponta do comércio. Os especialistas acreditam que as apreensões representam apenas 10% do volume real de pangolins no comércio ilegal de animais selvagens" *In*: WWF. World Wildlife Fund. **Espécies**. **Pangolin.** Disponível em: https://www.worldwildlife.org/species/pangolin Acesso em: 17.07.2021.

19. LAM, T.TY., JIA, N., ZHANG, YW. et al. Identifying SARS-CoV-2-related coronaviruses in Malayan pangolins. **Nature** 583, (2020). Disponível em: https://doi.org/10.1038/s41586-020-2169-0 Acesso em: 16.07.2021. p. 285.

Essa análise nos permitirá indagar como construir padrões ético-normativos capazes de reposicionar as ações humanas em relação aos recursos naturais do planeta, ou seja, como desviarmo-nos da possível autodestruição da espécie ou, ao menos, desacelerar o movimento nessa direção, afastando-nos de novas ameaças de caráter global, seja de ordem sanitária ou não.

Conforme até aqui apurado, o surgimento do novo coronavírus estaria ligado a dinâmicas comerciais e de consumo envolvendo a captura, manipulação e tráfico de animais silvestres. Ou seja, a perpetuação desse modo de organização produtiva, com as implicações culturais e políticas a ele inerentes, fomenta o surgimento de novas patologias zoonóticas[20], com alto potencial pandêmico para os humanos, como as síndromes respiratórias (Síndrome Respiratória Aguda Grave, Influenza aviária, Covid-19, entre outras).

Nesse sentido, o alerta dos pesquisadores Patrick Woo, Suzanna Lau e Kwok-Yung Yuen[21]:

> A prevenção de infecções virais respiratórias graves relacionadas aos mercados úmidos chineses não é apenas uma questão científica, mas também envolve considerações políticas e culturais. Teoricamente, a estratégia mais adequada é proibir todos os tipos de animais vivos em mercados úmidos, com a fiscalização do abate central. Mudar a cultura de um enorme grupo étnico estabelecido há milhares de anos não é, no entanto, uma tarefa fácil.

Essas constatações levantam ao menos uma evidência e um questionamento, que permitem problematizar a relação entre sustentabilidade e desenvolvimento. Primeiro, porquanto deixa claro que as práticas desenvolvidas pelo homem para satisfazer a produção e consumo ilimitado, expõem a própria espécie ao risco de morte e, por que não dizer, de extinção. Assim, qual a lógica dessa postura autodestrutiva que insiste em não considerar que a perseguição e matança de outras espécies pode comprometer a sobrevivência da própria "superespécie"?

Um ponto a ser considerado nesse processo é a relação estabelecida pela coletividade humana com a natureza, em que a capacidade destrutiva das fontes ecológicas assume potencial de uma força geológica (antropoceno)[22]. A partir do momento em que decidimos estabelecer uma relação de dominação e conquista da – e na – Natureza, apropriando-nos dos recursos naturais para os transformar em bens livres e excessivamente postos à disposição, comprometemos o equilíbrio biológico e a saúde de todos os seres vivos do Planeta.

Nesse sentido, se no período precedente ao Sars-Cov-2 encontrávamo-nos inseridos em um cenário de reordenação e hierarquização dos espaços pelas dinâmicas da globalização, provocado em grande parte pela desarticulação entre as evoluções técnicas e a lenta transformação das instituições, com uma esfera econômica mundial sem controle

20. Segundo o Ministério da Saúde do Brasil, "a definição clássica de zoonoses é a de doenças que são transmitidas de animais para humanos, ou de humanos para os animais. A transmissão pode ocorrer de forma direta, principalmente através do contato com secreções (saliva, sangue, urina, fezes) ou contato físico, como arranhaduras ou mordeduras. De forma indireta, pode acontecer por meio de vetores como mosquitos e pulgas, por contato indireto com secreções, pelo consumo de alimento contaminado com o agente (viral, bacteriano, fúngico ou parasitário), entre outras." In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Biblioteca Virtual em Saúde.** Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/06-7-dia-mundial-das-zoonoses/ Acesso em: 18.07.2021.

21. WOO, Patrick CY; et al. "Infectious diseases emerging from Chinese wet-markets: zoonotic origins of severe respiratory viral infections". Public Health Emergency Collection. **Opinião Atual em Doenças Infecciosas**. 2006, 19 (5): 401–407.

22. Trata-se de expressão proposta para designar uma nova era geológica, na qual a humanidade emerge com a capacidade de controlar e manipular os próprios processos fundamentais da biosfera. REICHMANN, Jorge; REYES, Luis González; HERRERO, Yago; MADORRÁN, Carmen. **Que hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la ameaza de uma crisis mayor que la económica**: la ecológica. Madrid: Akal, 2012. p. 7.

e regulação (DOWBOR; 2002, p. 29;)[23], a superveniência do fenômeno pandêmico serviu para confirmar esse processo.

Em um contexto de progressiva transnacionalização[24], sobretudo dos fluxos econômicos, com a produção e a circulação acelerada de bens e serviços em cadeias desterritorializadas[25], avultou-se a demanda por recursos naturais a ponto de superar a própria capacidade da biosfera. A pegada ecológica, ou seja, a quantidade de terra e água necessários para produzir os recursos e assimilar os resíduos produzidos nesse processo assume constantemente proporções insustentáveis.

Para dar conta das exigências de produção e consumo em nossas sociedades altamente industrializadas, logramos desenvolver a conquista ilimitada de recursos naturais sem considerar a finitude da biosfera. O resultado dessa guerra contra os ecossistemas é a grave crise ecológico-social, com efeitos irreversíveis, tais como o buraco na camada de ozônio, a extinção de espécies, a profusão de agrotóxicos no meio ambiente, o desmatamento e a contaminação das águas, dentre muitos outros.[26]

O consumo mundial de matérias e energia e a produção de resíduos tem aumentado constantemente, rompendo a capacidade regenerativa do planeta.[27] Estima-se que, atualmente, a humanidade esteja usando o equivalente a 1,6 planetas Terra para fornecer os recursos e absorver os resíduos. Em termos cronológicos, nosso planeta levaria um ano e oito meses para recuperar os recursos que consumimos em um ano. Contudo, o ímpeto de exploração não dá chances a ciclos regenerativos.[28]

Seja como for, uma vez confirmada a tese inicial acerca da origem da pandemia, é certo que o pangolim ou o morcego não serão culpados ao final da investigação. Todos os subsídios informativos disponíveis indicam que é a ação humana, cada vez mais predatória, que compromete a vida das demais espécies da Natureza, pondo em perigo a diversidade biológica do planeta e, agora, também a espécie humana.

Nesse sentido, além de corroborar a ligação da emergência global de Sars-cov-2 à grave crise ecológico-social, a investigação do fenômeno pandêmico, mais que legitimar a imputação da responsabilidade pelos eventos ocorridos aos seus verdadeiros titulares,

23. "Na ausência de governo mundial, formaram segmentos bem mais globais do que os outros: trata-se de uma globalização hierarquizada. Navegam com confiança neste espaço as cerca de 500 a 600 grandes empresas transnacionais que comandam 25% das atividades econômicas mundiais e controlam cerca de 80 a 90% das inovações tecnológicas. Estas empresas pertencem aos Estados Unidos, Japão, Alemanha, Grã-Bretanha e pouco mais, e constituem um poderoso instrumento de elitização da economia mundial. No dizer de um economista, neste sistema, "quem não faz parte do rolo compressor, faz parte da estrada". A verdade é que uma ampla maioria das populações do mundo hoje faz parte da 'estrada'". DOWBOR, Ladislau. **A reprodução social.** Tecnologia, globalização e governabilidade. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1. p. 30.

24. Por transnacionalização compreende-se o fenômeno que representa os fluxos que transpassam as fronteiras nacionais. Surge a partir da intensificação das operações econômico-comerciais do período pós-guerra e caracteriza-se pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de um ordenamento jurídico à margem do Estado. A desterritorialização da cadeia produtiva é a dinâmica que permite distribuir a fabricação de determinado bem em vários centros produtivos pelo mundo, ampliando ao máximo o lucro ao menor custo possível. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26-28.

25. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26-27.

26. REICHMANN, Jorge; REYES, Luis González; HERRERO, Yago; MADORRÁN, Carmen. **Que hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la ameaza de uma crisis mayor que la económica**: la ecológica. Madrid: Akal, 2012. p. 7-13.

27. Se todos consumirmos, por exemplo, o que em média consome um cidadão norte-americano, em 2030 REICHMANN, Jorge; REYES, Luis González; HERRERO, Yago; MADORRÁN, Carmen. **Que hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la ameaza de uma crisis mayor que la económica**: la ecológica. Madrid: Akal, 2012. p. 10.

28. GLOBAL Footprint Network. Advancing the Science of Sustainability. Disponível em: https://www.footprintnetwork.org/our-work/ecological-footprint/ Acesso em: 15.07.2021.

confirma o alerta de guerra contra a natureza explicitado por Carson[29], em 1962, quando da publicação de *Silent Spring*:

> A natureza introduziu grande variedade na paisagem, mas o Homem vem acusando inclinação para simplificá-la. Assim, o Homem desfaz os controles e equilíbrios intrínsecos, por meio dos quais a Natureza mantém espécies dentro de determinados limites.

O fenômeno pandêmico, portanto, serve para demonstrar que somos terráqueos interdependentes e ecodependentes, mas nos comportamos como predadores, vivendo no planeta como se estivéssemos acampando temporariamente para usar e extrair[30]. Alimenta-se uma guerra contra nosso planeta, talvez na vã expectativa de que logo possamos trocar de "Casa", sem, contudo, refletir que esse evento dificilmente irá se concretizar, sobretudo com o advento de novas pandemias.

É preciso, pois, agir com a maior brevidade possível, antes que as práticas predatórias perpetuadas pelo homem, sobretudo nos últimos duzentos anos, sejam contrapostas pelos principais demais atingidos. Há de se buscar meios para se estancar o crescimento produtivo que, como apontado alhures, se converte em crescimento da dívida com a biosfera, antes que a Mãe Terra venha nos cobrar a conta, seja por si, ou mediante o concurso de forças com outras instâncias do universo.

Este parece ser o primeiro desafio para um novo modelo de governança ambiental e sustentável que possa ser efetivamente influenciado por múltiplos atores com capacidade de ação transnacional. Estimular um novo modelo de organização social que impeça o surgimento de novas crises de ordem global, como a de ordem sanitária, causada pelo Coronavírus, passa a ser um enorme desafio, porém não o único.

6 DESAFIOS SOCIOECONÔMICOS: UMA DESIGUALDADE PANDÊMICA

Se o cenário pandêmico revelado pelas práticas socioambientais parece nos golpear vigorosamente contra a prevenção de novas emergências sanitárias, no campo socioeconômico as evidências são ainda mais intrigantes. Isso porque o fenômeno pandêmico parece haver acentuado as diferenças e hierarquizações sociais, complicando ainda mais a coordenação de respostas eficazes na direção de uma proteção social ampla e sincrônica.

Apesar da imagem uniforme causada pela capacidade de contágio da Covid-19, influenciada por visões enviesadas de meios de comunicação social, mormente as ocultadas pelos filtros[31] em mensagens de que a pandemia não conhece raça, sexo ou classe social, a análise de algumas dinâmicas nos indica outras perspectivas. É justamente ao se analisar as disparidades socioeconômicas que o fenômeno pandêmico parece intensificar seus impactos.

29. CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa.** Tradução de Raul de Polillo. 2ª ed. São Paulo, SP: Melhoramentos, 1962.P. 20.

30. REICHMANN, Jorge; REYES, Luis González; HERRERO, Yago; MADORRÁN, Carmen. **Que hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la ameaza de uma crisis mayor que la económica**: la ecológica. Madrid: Akal, 2012. p. 9.

31. Por filtros, compreende-se os mecanismos pelos quais os meios de comunicação determinam o que é notícia e o que não é. Por meio deles recordamos que não existe neutralidade nem imparcialidade informativa, pois possibilitam a configuração de uma suposta realidade mediante a seleção prévia e interessada de temas, impulsionada pelo poder dos financiadores da mídia. SERRANO, Pascual. **Desinformación Cómo los médios ocultan el mundo.** Barcelona: Ediciones Península, 2009. p. 17.

É oportuna, a esse respeito, a reflexão crítica segundo a qual o fenômeno pandêmico não é algo homogêneo, revelando-se como intensificador dos demarcadores sociais e econômicos preexistentes:

> Se pensarmos em uma imagem alegórica podemos contrapor a ideia, muitas vezes difundida em meios de comunicação social, de que "estamos todos no mesmo barco", à percepção mais realista de que estamos, na verdade, no mesmo mar revolto, mas os barcos em que cada um está são muito diferentes: alguns são iates preparados para o mar revolto, outros são simples canoas, e há indivíduos não estão em qualquer tipo de barco, mas à deriva e solitários no mar hostil.[32]

Um olhar sobre esses indicadores revela que, mesmo em um momento de várias incertezas e suspensão de certas atividades econômicas, as maiores fortunas do planeta aumentaram como nunca. No curso de 2020, por exemplo, em plena pandemia, a lista dos bilionários do planeta atingiu a marca histórica de 2.775 pessoas, 660 pessoas a mais que no ano anterior, consolidando um total de US$ 13,1 trilhões, valor bem acima dos US$ 8 trilhões da lista de 2020.[33]

Como se pode perceber, trata-se de uma disputa contra os recursos naturais do planeta e contra a igualdade de oportunidades. Percebe-se uma competição pela riqueza e abundância, da qual somente pouquíssimos 'atletas' podem participar e apenas dois ou três competidores conquistam o 'direito' de chegar ao pódio. Os números dessa corrida parecem confirmar a descrição feita por Dowbor[34], segundo a qual alguns são os rolos compressores, os demais são apenas estradas.

Esse aumento observado nas principais fortunas globais não é obra do acaso. O consumismo exacerbado atingiu níveis ainda mais expressivos durante a pandemia, sobretudo em se tratando de produtos supérfluos. O consumo de bens e artigos de luxo, além de imune ao coronavírus, parece estar passando bem durante a crise sanitária. Nesse sentido, segundo pesquisa da consultoria Bain & Company, as vendas on-line de produtos como bolsas, joias, vinhos e sapatos estão em alta e podem representar 30% do mercado até 2025.[35]

Como se pode perceber, em plena emergência sanitária global, as maiores riquezas são geradas pelas práticas de consumo de bens não essenciais, catapultados por uma ética individualista que restou exacerbada durante a pandemia. O isolamento social, o medo de contágio e as carências advindas das restrições sanitárias fizeram com que os consumidores tivessem de remodelar seus desejos e estilos de vida em intensidade e

32. MATTA, Gustavo C. Et al (Org.). **Os impactos sociais da Covid-19 no Brasil:** populações vulnerabilizadas e respostas à pandemia. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz: 2021. p. 16-17. Disponível em: http://books.scielo.org/id/r3hc2/pdf/matta-9786557080320.pdf Acesso em: 11.07.2021.

33. Segundo o quadro da Forbes, o topo da lista ficou com Jeff Bezos, ex-ceo da Amazon, 1º no mundo pelo quarto ano consecutivo, com uma fortuna estimada em US$ 177 bilhões, seguido por Elon Musk, com uma fortuna de US$ 151 bilhões. Curiosamente, a terceira posição é ocupada por Bernard Arnault, magnata francês de luxo, cuja fortuna quase dobrou: foi de US$ 76 bilhões para US$ 150 bilhões graças ao aumento de 86% nas ações da LVMH, conglomerado que inclui marcas como Louis Vuitton, Christian Dior e a varejista de cosméticos Sephora. Para análise completa da vide: DOLAN, Kerry A. **Os 25 maiores bilionários do mundo em 2021.** Forbes. 06 abr 2021. Disponível em: https://forbes.com.br/forbes-money/2021/04/os-25-maiores-bilionarios-do-mundo-em-2021/ Acesso em: 23.07.2021.

34. DOWBOR, Ladislau. **A reprodução social.** Tecnologia, globalização e governabilidade. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1, p. 30.

35. OLIVEIRA, Bruno. TALIS, Mauricio. **Vendas online de produtos de luxo crescem durante a pandemia.** CNN Brasil. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/23/vendas-online-de-produtos-de-luxo-crescem-durante-a-pandemia. Acesso em: 23.07.2021.

espaço, comprando mais para expor para si próprios as provas de seu excesso, gerando novos símbolos como proteção e imunidade[36]

Para capturar essas práticas, mais que uma inofensiva disputa de egos, a corrida pelo topo financeiro global esconde verdadeira guerra de estratégias de marketing e táticas comerciais de alavancamento de lucros. Nesse ponto, valores como a solidariedade e o humanismo são convertidos em meros símbolos de ações comerciais – com forte inserção midiática – destinados a ocultar o enriquecimento de grupos empresariais e a multivalorização de ativos nas bolsas internacionais.

No Brasil, a título de exemplo, recentemente veiculou-se em rede nacional e, em horário nobre de determinada rede de televisão, a campanha nomeada "Solidariedade S/A", destacando iniciativas de empresas supostamente empenhadas em ajudar o Brasil a enfrentar a crise da Covid-19. O programa contou com a duração de 11 minutos em uma faixa de horário em que um comercial de apenas 30 segundos custa 850 mil reais, não havendo indícios de eventual caráter não lucrativo.[37]

Um dos pontos que chama a atenção é que dita manobra publicitária sequer dedicou espaço para as ações pouco solidárias de aludidos grupos empresariais. Para se ter uma ideia, o lucro do Banco Itaú, proposto a doar 1 bilhão de reais, foi de 28,4 bilhões em 2019; ao passo que o faturamento da Nestlé, disposta a doar 55 milhões de reais, atingiu 4,6 bilhões de reais em 2019; e, por fim, o grupo JBS embolsara um lucro líquido de 6,06 bilhões de reais no mesmo ano.

Como não seria diferente, aludida campanha não dedicou nenhuma visibilidade a situações violatórias dos direitos e interesses dos trabalhadores ou do meio ambiente do trabalho. Ficaram, assim, esquecidas – devendo aqui serem lembradas com ênfase – práticas como a manutenção de funcionários sob risco de contágio, desrespeito às normas de prevenção sanitárias, interdição de unidades devido a surtos de Covid-19 na cadeia de produtiva etc. Tais eventos provavelmente foram ocultados pela pronta ativação de mecanismos privados de governança corporativa.

Essas evidências, se não nos oferecem soluções para a neutralizar alguns dos efeitos da pandemia de Covid-19, servem para, ao menos, percebermos o quanto alguns atores amplificam seu poder de ação global, utilizando-se do giro da máquina econômica em torno do qual se organiza nossa sociedade. Nesse cenário, as principais empresas transnacionais parecem navegar livremente e com cada vez mais velocidade, capazes de ostentar um poderio econômico muito superior inclusive em relação a alguns Estados-nação.

Como nos adverte Dowbor[38]:

36. Concordamos com Baudrillard, segundo o qual a sociedade de consumo, centrada na lógica da acumulação e práticas guiadas, não pela necessidade de determinado bem ou serviço para a sobrevivência, mas pelo significado (signo) que a experiência proporciona para o indivíduo perante os demais atores que o cercam. Temos a impressão, contudo, que a pandemia e as medidas de distanciamento social, adicionaram novos significados perante o próprio consumidor, nutrindo-o com falsos símbolos representados por sensações de autoproteção, imunidade e bem-estar. BAUDRILLARD, Jean. **La Sociedade de Consumo**. Sus mitos, sus estructuras. Madrid: Siglo XXI, 2007. p. 30-31.

37. "Empresas e empresários estão unindo esforços para ajudar o Brasil na crise. A indústria de alimentos JBS vai doar 400 milhões de reais para o combate à pandemia no Brasil. O dinheiro vai ser usado para construir hospitais, ampliar leitos e comprar equipamentos médicos. Uma parte vai para entidades de pesquisa e tecnologia focadas na área da saúde […] A empresa já doou mais 200 toneladas de alimentos, itens de higiene e proteção." MERLINO, Tatiana. **Hipocrisia S/A: o que a Globo não mostra sobre as empresas "solidárias" na pandemia.** Jornal Nacional exibe "solidariedade" dos empresários brasileiros, mas omite desrespeito à legislação trabalhista. Brasil de Fato. O joio e o trigo. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/06/17/hipocrisia-s-a-o-que-a-globo-nao-mostra-sobre-as-empresas-solidarias-na-pandemia Acesso em: 21.07.2021.

38. DOWBOR, Ladislau. **A reprodução social.** Tecnologia, globalização e governabilidade. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1, p. 30.

> Na ausência de governo mundial, formaram-se segmentos bem mais globais do que os outros: trata-se de uma globalização hierarquizada. Navegam com confiança neste espaço as cerca de 500 a 600 grandes empresas transnacionais que comandam 25% das atividades econômicas mundiais e controlam cerca de 80 a 90% das inovações tecnológicas. Estas empresas [...], e constituem um poderoso instrumento de elitização da economia mundial**.**

Não por acaso, recente apuração revelou que o 'tesouro' da Apple, com 159 bilhões em caixa, ou seja, equivalente a 4,4 vezes ao da Itália, pode ser considerada a maior economia do mundo em termos de liquidez. Para se ter uma ideia mais ampla, as cinco maiores empresas transnacionais em reservas de caixa nos Estados Unidos, a saber a Apple, Microsoft, Google, Verizon Communications e Pfizer, totalizaram uma reserva de caixa de 404 bilhões de dólares, maior do que a Zona Euro, que chega a 221 bilhões.[39]

Por outro lado, a renda do trabalhador brasileiro parece não ter tido a mesma sorte. Segundo dados da pesquisa por amostra de domicílios do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) para o ano de 2020, houve queda generalizada da massa de rendimentos habituais em 6,9% (somando R$ 211,4 bilhões) e a queda da massa efetiva foi de 11,1%, em comparação com o ano anterior, totalizando R$ 228,4 bilhões.[40]

Enquanto isso, alguns poucos milionários parecem passar imunes aos efeitos negativos do fenômeno pandêmico. A última façanha, a esse respeito, foi registrada em 10 de julho de 2021, quando o magnata Jeff Bezos, fundador da Amazon, realizou a primeira viagem espacial em voo pilotado por computador e com tripulação totalmente civil a bordo de uma espaçonave de sua própria empresa (a Blue Origin). Contudo, ele não está só nessa aventura. Poucos dias antes o bilionário Richard Branson também havia logrado feito semelhante com um foguete particular da Virgin Galactic e também pelos objetivos e progressos de outro mega bilionário, Elon Musk e sua recente Space-X.[41]

Ou seja, a pandemia revelou o que já sabíamos: vivemos em um mundo cada vez mais individualista, egoísta e produtor de desigualdades. O véu da inocência – ou da ignorância – se foi. O fato de vermos o consumismo crescer cada vez mais em um momento de tantas incertezas parece revelar a quase utopia de uma sociedade sustentável, baseada no decrescimento, no reaproveitamento de recursos e, sobretudo, no consumo consciente de bens essenciais.

Essas considerações reforçam a impressão de que medidas sanitárias como o distanciamento físico, isolamento social e uso de máscaras, como as defendidas pela Organização Mundial da Saúde, são insuficientes para guiar o planeta contra novas catástrofes sanitárias. Há de haver transformações fundacionais no sistema econômico e ético que possam afastar a humanidade da lógica consumista e da acumulação ilimitada de capital. No entanto, essa ainda permanece uma via a ser trilhada.

39. Para uma análise completa do ranking das 50 maiores empresas transnacionais em reservas de caixa em com algumas economias nacionais, vide: DINI, Antonio. La classifica**. La cassa di Apple vale quattro volte quella dell'Italia.** Network Digital 360. Disponível em: https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/la-cassa-di-apple-vale-quattro-volte-quella-dell-italia/ Acesso em: 23.07.2021.

40. CARVALHO, Sandro Sacchet de. **Carta de Conjuntura**. Retrato dos rendimentos e horas trabalhadas durante a pandemia – Resultados da PNAD Contínua em 2020. IPEA. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2021/06/retrato-dos-rendimentos-e-horas-trabalhadas-durante-a-pandemia-resultados-da-pnad-continua-do-primeiro-trimestre-de-2021/

41. EL PAÍS. Turismo espacial. **Jeff Bezos chega ao espaço e conclui com sucesso o voo com a tripulação da nave Blue Origin.** O magnata pousa no Texas com seu irmão Mark, a pioneira Wally Funk e o jovem Oliver Daemen, depois de um voo de menos de 15 minutos. Disponível em: https://brasil.elpais.com/ciencia/2021-07-20/o-voo-ao-espaco-de-jeff-bezos-a-bordo-da-nave-blue-origin-ao-vivo.html Acesso em: 20.07.2021.

Afinal, de que adianta o uso de máscaras ou mesmo a corrida por vacinas contra um novo coronavírus se nosso sistema econômico predatório e desigual favorece a disseminação de outras doenças com potencial devastador, tais como a da insegurança alimentar, da violência, da degradação ecológica e humanitária? Sem a inclusão de medidas de sustentabilidade no contexto da agenda de respostas à pandemia pelos atores com poder comando global, dificilmente chegaremos a um horizonte possível de sustentabilidade capaz de nos guiar para a sobrevivência por mais alguns séculos.

7 ENFRENTADO AS VARIÁVEIS. EXISTEM ALTERNATIVAS POSSÍVEIS?

A onda de contaminação por Covid-19 que atingiu o planeta seria acompanhada de ressonância capaz de despertar na sociedade global princípios de solidariedade, humanismo e sustentabilidade? Ou, ao contrário, prestar-se-ia meramente para intensificar as características de uma sociedade atomizada e cada vez mais individualista, expondo as desigualdades que parecem atingir a sociedade contemporânea?

Se antes da pandemia já era difícil estabelecer diretrizes para problemas de abrangência transnacional como mudanças climáticas, ações violatórias a direitos humanos, terrorismo, dentre outros, com a emergência da Covid-19 essa percepção ficou ainda mais clara. Estabelecer a coordenação de respostas minimamente gerais para uma sociedade globalizada e atomizada tornou-se mais desafiador, deixando as decisões ainda mais dissonantes[42].

A investigação sobre a Covid-19 demonstra que os caminhos dependem muito mais da assunção de responsabilidades e de mudanças ético-comportamentais do que de medidas de caráter terapêutico. Com isso, não se está a retirar a relevância das medidas sanitárias orientadas em evidências científicas. Todavia, entendemos que, sem a inclusão das variáveis socioeconômicas e socioecológicas na abordagem do fenômeno pandêmico, dificilmente sobreviveremos a novas catástrofes.

Todavia, o reposicionar da ação humana no epicentro do fenômeno pandêmico e sua conexão com a crise ecológico-social já representam um pequeno e, ao mesmo tempo, um grande passo. Pequeno, porque simboliza uma viragem compreensiva, mas que não prescinde de ações práticas; grande, porque, historicamente, temos renegado e nos situado fora desses fenômenos, o que parece significar uma mudança paradigmática, haja vista que "as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias", como nos adverte Kuhn[43].

Dentro desse contexto, a subordinação da economia aos limites da Natureza pode representar uma via a ser seguida. Ora, se o modo de organização econômica baseado no crescimento ilimitado vem sendo tido como um dos principais responsáveis pela atual crise ecológico-social – e, como demonstrado supra, conectado à origem da pandemia

42. As decisões envolvendo obtenção e distribuição de vacinas para combate à Covid-19 exemplifica essas dissonâncias. Estudo divulgado pelo *Our World in Data*, demonstra, em 15 de julho de 2021, a quantidade de doses de vacina aplicadas por continente demonstra que apenas 1,65% da população africana teria sido vacinada, enquanto que 16,23% da população na Europa e 6,27% da América do Sul. MATHIEU, E., RITHIE, H., ORTIZ-OSPINA, E. et al. A global database of COVID-19 vaccinations. Nat Hum Behav (2021). **Our World in Data**. Disponível em: https://ourworldindata.org/covid-vaccinations Acesso em: 16.07.2021.

43. KUHN, Thomas S.. **A estrutura das revoluções científicas.** Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira (Trad). 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 103-105.

de Sars-Cov-2 –, devemos considerar seriamente o decrescimento como possibilidade de novas práticas produtivas e sociais[44].

Além disso, é indispensável conceber novas formas de criação de riqueza, ressignificando a própria noção de riqueza em suas múltiplas manifestações, especialmente as de âmbito espiritual e ecológico. Nessa medida, poder-se-á conjugar a criatividade e a espiritualidade humanas com a riqueza natural da Terra e seus processos biofísicos, reposicionando o ser humano como integrante do universo natural, e não como mero manipulador dos seus recursos.

Nesse sentido, a concepção de que a vida realmente afortunada não necessariamente depende da destruição dos nossos recursos naturais parece-nos indispensável. Ao contrário, as fontes naturais constituem nosso verdadeiro 'tesouro', cuja proteção, além de garantir os recursos para satisfazer nossas demandas vitais, pode livrar nossas gerações atuais e futuras de novas catástrofes.

A investigação acerca da pandemia de Sars-Cov-2 parece reforçar a exigência de uma nova racionalidade ambiental, que deixe de priorizar a racionalidade do crescimento econômico e da acumulação de riqueza com suas consequências de apropriação da natureza. Pensar estratégias aptas a redefinir as prioridades de desenvolvimento humano, centrado em uma compreensão interdependente e harmônica em relação a todos os seres que habitam o planeta.

Como nos alerta Acosta[45] "A natureza não está aqui para nos servir, até porque nós, humanos, também somos natureza e, sendo natureza, quando nos desligamos dela e lhe fazemos mal, estamos fazendo mal a nós mesmos".

Contudo, a ausência de coordenação global efetiva parece dificultar a ampliação das dinâmicas em torno da formação dessa consciência, podendo deixá-las dispersas e compartimentadas. Poder-se-ia, a partir de um centro de coordenação global como a ONU, por exemplo, implementar ações e implementar normas ecológicas e econômicas vitais de interesse planetário.[46]

Os caminhos demandam a compreensão de uma comunidade política estruturada, não em prol da lógica comercial, mas também da ecológica. Toma corpo a ideia de ordenamento jurídico global que organize as matérias que tocam a todos os seres humanos. Por exemplo, as relativas à proteção da natureza e à sobrevivência dos seres humanos, informadas pelos princípios da subsidiariedade e da solidariedade.[47]

Por outro lado, a reconstrução dos espaços públicos, cujo esvaziamento parece ter sido acentuado pelas medidas de isolamento e distanciamento social, deve ser novamente buscada. Devemos propor e reforçar os canais de participação coletiva nas discussões

44. O modelo bioeconômico, por exemplo, considera a economia como um subsistema dentro de um sistema maior que é a Natureza. A humanidade conta para sua reprodução material com duas fontes básicas: o fluxo solar (de limitada captação) e os estoques terrestres de minerais (limitados). A questão, portanto, é considerar que o processo econômico, enquanto transformador de recursos da natureza em bens e serviços e produtor de resíduos, deve se subordinar aos limites biofísicos naturais, haja vista a finitude, tanto do estoque terrestre de recursos, como do espaço necessário para depósito dos resíduos (lixo, resíduos tóxicos, CO2, etc). CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia:** a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora Senac São Paulo/Edusp, 2010. p. 84-90.

45. ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, 2016. p. 15.

46. MORIN, Edgar. **La vía**. Para el futuro de la humanidad. Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011. p. 36-41.

47. STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. XII-XIII.

em torno de uma pauta axiológica comum[48], intermediadas por consultas públicas, observatórios sociais e ambientais, espaços comunitários de discussão de práticas locais, seja de forma presencial, híbrida ou virtual.

No campo da solidariedade, ganham força ideias como a de uma renda básica universal, destinada a servir como plataforma mínima para a construção de oportunidades de cidadania, funcionando como rede de proteção social global[49]. Tal iniciativa poderia minimizar os efeitos das desigualdades econômicas e mitigar o poder do mercado, prevenindo ou contendo os efeitos de novas emergências globais, sanitárias ou não.

Em última análise, é preciso compreender a catástrofe instalada e a complexidade das respostas que ela suscita não como meras soluções pontuais, ainda que necessárias, tais como isolamento social, uso máscaras, proibição de aglomerações etc. Faz-se urgente o levantamento do véu da ingenuidade, enxergando que não estamos no mesmo barco, embora estejamos no mesmo oceano, prestes a nos afogar.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao que tudo indica, encontramo-nos em um daqueles pontos de inflexão capazes de determinar o surgimento de novas lógicas organizativas ou ao menos de preparar as condições para seu surgimento. Talvez estejamos em um daqueles pontos traçados ou mesmo ocultos, porém sensíveis, no mapa histórico da vida humana na Terra, nos quais, ou definimos novas trajetórias a serem percorridas ou prostramo-nos submissos ao tempo e ao abismo.

Se os problemas no período pré-pandemia já tornavam clara a necessidade de mudanças nas posturas individuais e coletivas, é, sobretudo com a eclosão da crise sanitária causada pela Covid-19, que as deficiências organizatórias e civilizatórias parecem se intensificar. Se a crise ambiental é resultado da negação das bases sobre as quais o processo econômico é sustentado, a crise sanitária intensificada pela pandemia de Covid-19 parece potencializar esse processo, na medida em que as desigualdades sociais, econômicas e as cisões políticas são intensificadas.

Assim, a pandemia revelou que harmonizar ações em torno de interesses comuns, como a saúde pública, constitui uma missão cada vez mais complexa, demandando soluções transformadoras. Essa percepção se acentua sobretudo considerando nosso modelo de organização econômico-social pleno de desigualdades, centrado em torno do crescimento econômico e da acumulação ilimitada de capital e que confronta os limites da Terra.

Com mãos no presente e olhos no devir, é oportuno prestarmos atenção em outras dinâmicas que, se não completamente reveladas com o curso da sua eclosão, com ela tiveram suas consequências ampliadas. Devido às dificuldades de ativação dos mecanismos institucionais e normativos de resposta à crise sanitária, tornaram-se ainda mais evidentes os efeitos de outras crises, especialmente a ecológico-social.

48. Compreendemos por pauta axiológica comum, assim como defendido por Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, a categoria abrangente de valores comuns à sustentabilidade das sociedades contemporâneas, como direitos humanos, proteção do meio ambiente, paz mundial, regulação econômico e financeira. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. Revista Eletrônica do CEJUR. Curitiba, v.1, n. 4, 2009. p. 9-10 Disponível em: https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054/11488.

49. STIGLITZ, Joseph E. **Capitalismo progresista**: La respuesta a la era del malestar. Traducción de Jaime Collyer. Madrid: Taurus, 2020. p. 214.

Nesse sentido, ousamos reforçar a exigência de uma nova racionalidade socioambiental, que deixe de priorizar a racionalidade do crescimento econômico e da acumulação de riqueza com suas consequências de apropriação da natureza. É preciso pensar estratégias aptas a redefinir as prioridades de desenvolvimento humano, centrado em uma interdependência e relacionalidade com a Natureza.

A esperança e a euforia com a possibilidade de superação da crise sanitária pontualmente demarcada pelo vírus SARS-COV 2 devem ser imediatamente convertidas em ação e em mudança de comportamento. Nesse sentido, uma nova postura ética, que priorize o humanismo, a solidariedade e a sustentabilidade, pode e deve ser um compromisso efetivo para guiar as ações em âmbito global no período pós-pandemia.

Se antes da pandemia a cultura da atomização e do individualismo já se faziam muito presentes, é com a sua eclosão que essas práticas são postas ainda mais em evidência. O fenômeno pandêmico serviu para intensificar o esvaziamento dos espaços comunitários. Assim, a (re)construção dos espaços públicos, comunitários e globais, parece ser uma das necessidades para o fomento da conscientização da natureza e da gravidade dos problemas.

Resta saber se, passadas as principais consequências da pandemia, recuperados os fôlegos com a estabilização e o controle dos casos, serão postas em prática iniciativas destinadas a incluir essas questões na agenda política global. Ou, ao contrário, se a sociedade global seguirá "tocando a vida no mesmo barco", mesmo sabendo que os barcos podem estar "fazendo água", em mares não somente revoltos, mas sob tempestades capazes de destruir nossa espécie.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, 2016.

BAUDRILLARD, Jean. **La Sociedade de Consumo**. Sus mitos, sus estructuras. Madrid: Siglo XXI, 2007.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é, o que não é. 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Biblioteca Virtual em Saúde.** Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/06-7-dia-mundial-das-zoonoses/ Acesso em: 18.07.2021.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa.** Tradução de Raul de Polillo. 2ª ed. São Paulo, SP: Melhoramentos, 1962.

CARVALHO, Sandro Sacchet de. **Carta de Conjuntura**. Retrato dos rendimentos e horas trabalhadas durante a pandemia – Resultados da PNAD Contínua em 2020. IPEA. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2021/06/retrato-dos-rendimentos-e-horas-trabalhadas-durante-a-pandemia-resultados-da-pnad-continua-do-primeiro-trimestre-de-2021/

CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia:** a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora Senac São Paulo/Edusp, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**. Curitiba, v.1, n. 4, 2009. p. 9-10 Disponível em: https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054/11488.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26-28.

DINI, Antonio. La classifica**. La cassa di Apple vale quattro volte quella dell'Italia.** Network Digital 360. Disponível em: https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/la-cassa-di-apple-vale-quattro-volte-quella-dell-italia/ Acesso em: 23.07.2021.

DOLAN, Kerry A. **Os 25 maiores bilionários do mundo em 2021.** Forbes. 06 abr 2021. Disponível em: https://forbes.com.br/forbes-money/2021/04/os-25-maiores-bilionarios-do-mundo-em-2021/ Acesso em: 23.07.2021.

DOWBOR, Ladislau. **A reprodução social.** Tecnologia, globalização e governabilidade. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1.

EL PAÍS. Turismo espacial. Jeff Bezos chega ao espaço e conclui com sucesso o voo com a tripulação da nave Blue Origin. Disponível em: https://brasil.elpais.com/ciencia/2021-07-20/o-voo-ao-espaco-de-jeff-bezos-a-bordo-da-nave-blue-origin-ao-vivo.html Acesso em: 20.07.2021.

GLOBAL Footprint Network. Advancing the Science of Sustainability. Disponível em: https://www.footprintnetwork.org/our-work/ecological-footprint/ Acesso em: 15.07.2021.

GONÇALVES, Alcindo. **O conceito de governança.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf

KUHN, Thomas S.. **A estrutura das revoluções científicas.** Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira (Trad). 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LAM, T.TY., JIA, N., ZHANG, YW. et al. Identifying SARS-CoV-2-related coronaviruses in Malayan pangolins. **Nature** 583, 282–285 (2020). Disponível em: https://doi.org/10.1038/s41586-020-2169-0 Acesso em: 16.07.2021.

LÉNA, Philippe; Nascimento, Elimar Pinheiro do (Orgs.). **Enfrentando os limites do crescimento**: sustentabilidade, decrescimento e prosperidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

MATHIEU, E., RITHIE, H., ORTIZ-OSPINA, E. et al. A global database of COVID-19 vaccinations. Nat Hum Behav (2021). **Our World in Data**. Disponível em:

MATTA, Gustavo C. Et al (Org.). **Os impactos sociais da Covid-19 no Brasil:** populações vulnerabilizadas e respostas à pandemia. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz: 2021. Disponível em: http://books.scielo.org/id/r3hc2/pdf/matta-9786557080320.pdf Acesso em: 11.07.2021.

MAXMEN, Amy; MALLAPATY, Smriti. The COVID lab-leak hypothesis: what scientists do and don't know. Revista Nature, Vol. 594, p. 313-315, 17 de junho de 2021. Disponível em https://www.nature.com/articles/d41586-021-01529-3 Acesso em 17.07.2021.

MERLINO, Tatiana. Hipocrisia S/A: o que a Globo não mostra sobre as empresas "solidárias" na pandemia. Jornal Nacional exibe "solidariedade" dos empresários brasileiros, mas omite desrespeito à legislação trabalhista. Brasil de Fato. O joio e o trigo. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/06/17/hipocrisia-s-a-o-que-a-globo-nao-mostra-sobre-as-empresas-solidarias-na-pandemia Acesso em: 21.07.2021.

MORIN, Edgar. **La vía**. Para el futuro de la humanidad. Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.

OLIVEIRA, Bruno. TALIS, Mauricio. **Vendas online de produtos de luxo crescem durante a pandemia.** CNN Brasil. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/23/vendas-online-de-produtos-de-luxo-crescem-durante-a-pandemia. Acesso em: 23.07.2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Histórico da Pandemia de Covid-19**. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19 Acesso em: 17.07.2021.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica:** (im)probabilidade comunicacional e seus impactos na saúde e meio ambiente. UNIVALI: Itajaí, Santa Catarina, 2017.

PUBLIC HEALTH EMERGENCY COLLECTION. **Opinião Atual em Doenças Infecciosas**. 19 (5): 401–407. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7141584/ Acesso em: 18.07.2021

REICHMANN, Jorge; REYES, Luis González; HERRERO, Yago; MADORRÁN, Carmen. **Que hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la ameaza de uma crisis mayor que la económica**: la ecológica. Madrid: Akal, 2012.

SERRANO, Pascual. **Desinformación Cómo los médios ocultan el mundo.** Barcelona: Ediciones Península, 2009.

STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STIGLITZ, Joseph E. **Capitalismo progresista**: La respuesta a la era del malestar. Traducción de Jaime Collyer. Madrid: Taurus, 2020.

WOO, Patrick CY; et al. "Infectious diseases emerging from Chinese wet-markets: zoonotic origins of severe respiratory viral infections". Public Health Emergency Collection. **Opinião Atual em Doenças Infecciosas**. 2006, 19 (5): 401–407. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7141584/ Acesso em: 18.07.2021

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO) 11 de mar de 2020. Media briefing on #COVID19 with @DrTedros #coronavirus. Disponível em: <https://twitter.com/WHO/status/1237777021742338049?s=20> Acesso em 07.07.2021.

WWF. World Wildlife Fund. **Espécies**. Pangolin. Disponível em: https://www.worldwildlife.org/species/pangolin Acesso em: 17.07.2021.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE HETEROCOMPOSIÇÃO:
UMA NOVA VISÃO NA LEI FEDERAL Nº 14.133, DE 01 DE ABRIL DE 2021

Marcos Alberto Titão[1]

Submetido em: 05/10/2021
Aceito em: 27/10/2021

RESUMO
O artigo propõe-se a uma breve abordagem dos meios alternativos de resolução de disputas, e, à inovação promovida pela Nova Lei de Licitações, com foco, em específico, nos meios heterocompositivos (Arbitragem e *Dispute Boards).* Inicialmente, será feita a devida ponderação entre o conflito aparente entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a adoção da arbitragem pelos entes federados. Em seguida, procedeu-se à análise da evolução legislativa, a fim de traçar o panorama do emprego dos meios alternativos de heterocomposição na resolução de conflitos nos contratos administrativos. O artigo aborda os aspectos gerais do Decreto Federal n. 10.025/2019, enquanto instrumento capaz de delinear a instituição da normativa específica no âmbito dos entes federados. Por fim, o trabalho analisa a Lei Federal n. 14.133, de 01 de abril de 2021, a qual consolida a viabilidade de utilização dos meios alternativos de resolução de disputas nos conflitos contratuais, ao prever, de forma expressa, a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intuito abordar a tendência de consolidação da incidência dos meios alternativos de heterocomposição dos litígios nos contratos administrativos, com especial destaque à arbitragem.

Para o Professor Egon Bockmann Moreira, a arbitragem e a mediação são técnicas de solução de controvérsias cujas características e qualidades (rapidez, especialidade técnica dos participantes, menores custos, potencial estímulo à autocomposição etc.) criam condições apropriadas para alguns dos desafios da administração pública contemporânea.[2] Segundo se afirma – não sem controvérsia – os meios alternativos permitem que determinados conflitos sejam resolvidos com maior eficiência.

Neste sentido, serão abordados, inicialmente, os aspectos gerais atinentes à utilização dos meios alternativos de resolução de disputas que envolvam a Administração Pública,

1. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Administrativo e Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Atualmente em exercício no Núcleo de Atendimento Jurídico aos Órgãos Setoriais e Seccionais do Sistema Administrativo de Serviços Jurídicos (NUAJ) da Consultoria Jurídica (COJUR). E-mail: marcostitao@pge.sc.gov.br

2. MOREIRA, Egon Bockmann. Contratação de árbitros e mediadores: inexigibilidade. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 132.

com especial destaque ao emprego da arbitragem e dos comitês de resolução de disputas no âmbito dos contratos administrativos.

Em seguida, será traçado um breve panorama da evolução legislativa, a fim de compreender o caminho percorrido até o atual contexto do emprego dos meios alternativos de heterocomposição no ordenamento jurídico nacional.

A busca pela consensualidade na resolução de conflitos tem se revelado um verdadeiro norte à satisfação de direitos de maneira célere e efetiva. Não é novidade que o Poder Judiciário se encontra sobrecarregado. Segundo o Relatório Justiça em Números 2021, do Conselho Nacional de Justiça, em dezembro de 2020 havia cerca de 75,4 milhões de processos pendentes. No período de 12 (doze) meses ingressaram no âmbito judicial 25,8 milhões de novas demandas.[3]

O emprego de meios alternativos de resolução de disputas exsurge enquanto via alternativa ao Poder Judiciário, capaz de possibilitar a composição de conflitos em tempo célere, e, de maneira efetiva.

Com o advento da Nova Lei de Licitações, os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias poderão ser empregados nos contratos administrativos, em geral, tornando-se descabida qualquer celeuma quanto ao eventual malferimento ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Preliminarmente, faz-se necessário delimitar o âmbito de incidência da convenção de arbitragem, em atenção à definição do conceito de direito patrimonial disponível.

2 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO *VERSUS* DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS

O princípio da indisponibilidade do interesse público revela-se enquanto um dos pilares do regime jurídico de Direito Público, em compasso com o princípio da supremacia do interesse público.

A Administração Pública gere bens e interesses pertencentes à coletividade, cabendo-lhe conservar e administrar em nome de terceiros. Ou seja, os gestores públicos não podem dispor, livremente, dos interesses pelos quais zelam, eis que devem obediência à lei, a qual se expressa através de decisões do Poder Legislativo.[4]

Segundo Carvalho Filho, o princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por esse motivo é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser, e, os contratos administrativos reclamam, como regra, a realização de licitação para a execução de obras públicas e serviços de modo mais vantajoso para a Administração.[5]

Não se pode confundir a indisponibilidade do interesse público com uma suposta indisponibilidade de direitos patrimoniais. Os direitos patrimoniais estão diretamente

3. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf. Acesso em: 30/09/2021.

4. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos.** Revista de Direito Administrativo, São Paulo, Atlas.

5. FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017. P. 36.

relacionados à contratualidade, em específico, à possibilidade de transferência ou disposição dos bens.

Por sua vez, a indisponibilidade do interesse público revela a proteção ao interesse público primário, enquanto realização dos interesses da coletividade. O Estado, nesta condição, reveste-se do seu Poder de Império, através das prerrogativas legitimamente outorgadas pelo Legislador para a consecução de suas finalidades.

Diversamente, a transação de direitos patrimoniais não implica na disposição do interesse público, ao revés, concretiza-o. Observe-se quando o Estado objetiva a aquisição de bens, ou a contratação de obra pública, a transação ou disposição de bens e valores ocorre com a finalidade precípua do atingimento do interesse público.

Nesta via, no magistério de Eros Roberto Grau, sempre que o Estado puder contratar, o que revela disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso importe disposição do interesse público.[6]

Sobre o ponto, é pertinente proceder a devida distinção entre arbitrabilidade objetiva e subjetiva.

3 ARBITRABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA: DISTINÇÕES

Convém ressaltar que nem todos os conflitos poderão ser dirimidos através da arbitragem. Há matérias específicas nas quais existe uma competência exclusiva da jurisdição estatal.

A arbitrabilidade subjetiva pertine à definição de quais sujeitos poderão se submeter à arbitragem. A Lei nº 9.307/1996 aduz que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Com a inclusão do § 1º no art. 1º da Lei de Arbitragem, não restaram mais dúvidas de que as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias) podem firmar convenções de arbitragem e resolver seus conflitos na via arbitral.[7] Consoante será tratado mais adiante, havia muita celeuma quanto à possibilidade de utilização da arbitragem nos conflitos envolvendo entes públicos.

De outra banda, a arbitrabilidade objetiva diz respeito a quais matérias podem ser objeto de arbitragem. Conforme mencionado alhures, os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis estão sujeitos à arbitragem. No âmbito da Administração Pública, significa dizer, consoante já mencionado, que quando contrata uma obra ou serviço, por exemplo, ela pratica atos de disposição de seu patrimônio, na busca pela satisfação do interesse público primário.

Segundo Schmidt, o objetivo existencial do Estado não se realiza pela aquisição de um terreno, construção de um prédio ou pela contratação de pessoal terceirizado, senão traduz-se no instrumental necessário para que o interesse finalístico estatal, de caráter primário, seja atendido.[8]

O interesse público primário materializa-se pela concretização da saúde pública, mobilidade urbana, educação, segurança pública, proteção do patrimônio cultural, sendo

6. GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, março/2002.

7. *Ibidem*. P. 52.

8. SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na administração pública.** Curitiba: Juruá, 2018. P. 55.

que é dever do Estado viabilizar tais políticas públicas, inclusive, com atos de disposição patrimonial (interesse público secundário).

Não é admitido, porém, dispor do dever estatal de garantir tais direitos, o que sugere a vedação da arbitragem nessa seara. A limitação do Poder Público à disposição é plenamente aplicável, em estrita obediência ao princípio da legalidade. Por exemplo, não é válido que a Administração Pública pretenda instituir a aplicação da arbitragem sobre bens de uso comum do povo, afetados a uma finalidade pública específica.

4 PREVISÕES LEGAIS

A viabilidade de utilização da arbitragem na composição dos conflitos contratuais, no ordenamento jurídico brasileiro, não se traduz em novidade, em absoluto.

No âmbito federal, a arbitragem há muito vem prevista como mecanismo de solução de controvérsias. Neste aspecto, o art. 93, inc. XV da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997)[9] definia a obrigatoriedade de que o contrato de concessão indicasse o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais. Outrossim, a Lei Federal nº 9.478/1997 (ANP) defende como cláusulas essenciais as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.[10] No âmbito da ANTAQ (Agência Nacional de Transportes) e da ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), os contratos de concessão têm como cláusula essencial a instituição de regras sobre solução de controvérsias, inclusive a conciliação e a arbitragem (art. 35, inc. XVI, da Lei Federal nº 10.233/2001).[11]

Neste compasso, a Lei Federal nº 11.079/2004 (art. 11, inc. III), de maneira expressa, previu a possibilidade de instituição, no instrumento convocatório, do emprego da arbitragem nas parcerias público-privadas, desde que realizada no Brasil e em língua portuguesa, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

O art. 23-A da Lei Geral de Concessões, incluído pela Lei nº 11.196, de 2005, definiu a possibilidade do emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Da mesma forma, o art. 44-A da Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a qual instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), admite o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, desde que realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Mais recentemente, a Lei Federal nº 12.815, de 5 de junho de 2013 (Lei Geral dos Portos) estabeleceu a utilização da via arbitral nos litígios relativos a débitos decorrentes do inadimplemento pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a ANTAQ (art. 62).[12]

9. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 25/09/2021.

10. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478compilado.htm. Acesso em: 25/09/2021.

11. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10233.htmcompilado.htm. Acesso em: 25/09/2021.

12. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 25/09/2021.

Por sua vez, a Lei de Arbitragem definia, tão somente, que as pessoas capazes de contratar poderiam se valer da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A omissão expressa, quanto à Administração Pública, na visão de alguns estudiosos, impossibilitava o Poder Público de valer-se desse relevante instrumento de composição extrajudicial de litígios.

Nesta trilha, conjugava-se, de forma indevida, a indisponibilidade do interesse público à vedação de transação, ou ao à ideia de que a Administração estaria abrindo mão de parte de seus direitos ou da obediência à lei, em violação ao princípio da legalidade estrita.[13]

Outro obstáculo defendido era a ausência expressa, na Lei Federal nº 8.666/93, da previsão da arbitragem enquanto mecanismo de solução extrajudicial de conflitos, inclusive, ao prever no art. 55, § 2º, como cláusula obrigatória, a fixação do foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual. Ou seja, a Administração Pública estaria jungida ao controle judicial das práticas administrativas, entendido como foro único à resolução das controvérsias.

Com a inclusão do parágrafo primeiro no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, o Legislador, de maneira clara, admitiu a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta voltada a dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A competência para a celebração da convenção de arbitragem, à luz da Lei nº 13.129/2015, é da autoridade ou órgão detentor do poder de realizar acordos ou transações (§ 2º), sendo que será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade (art. 2º, § 3º).

Para Schmidt[14], é inquestionável que a falta de regulamentação, no âmbito do Poder Executivo, tenderia a inibir a utilização do juízo arbitral pelo setor público, gerando indesejável insegurança jurídica na atuação nos procedimentos arbitrais. Veja-se que muitas são as decisões a serem tomadas (arbitragem *ad hoc* ou arbitragem institucional; escolha da câmara de arbitragem; nomeação e impugnação de árbitro; possibilidade de antecipar custos da arbitragem, definição das regras e do cronograma do procedimento, entre outras), sem que exista qualquer parâmetro decisório para a atuação do servidor público.

Neste contexto, sobreveio o Decreto Federal nº 8.465/2015, no intuito de regulamentar o §1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do Setor Portuário. A norma adveio em um contexto no qual a Lei Geral de Arbitragem havia sido reformada, através da Lei nº 13.129, de 2015, ao prever, de forma expressa, a utilização da arbitragem na Administração Pública.

Observe-se que o aludido decreto estabeleceu a definição exemplificativa do que se compreenderia por direito patrimonial disponível, a exemplo, de litígios sobre inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes, questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e, outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a ANTAQ (art. 1º).

O Decreto-Federal nº 8.465/2015 foi de extrema relevância na definição de questões carentes de detalhamento, a respeito do procedimento arbitral, escolha dos árbitros,

13. Cf. SUNDFELD, *op., cit.,* p. 118.

14. Cf. SCHMIDT, *op., cit.*, p. 76.

adiantamento das despesas com a realização da arbitragem pelo contratado, viabilidade da instituição da arbitragem *ad hoc* ou institucional, requisitos para o exercício da função de árbitro, cláusulas obrigatórias do compromisso arbitral, entre outras.

Um ponto curioso era a redação, atualmente revogada, constante do § 2º do art. 6º do referido decreto, o qual excluía da abrangência da cláusula compromissória as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ressalvando a viabilidade de posterior celebração de compromisso arbitral para a solução de litígios dessa natureza.[15]

Neste contexto, Schmidt[16] refere que:

> Não há qualquer justificativa, sob o ponto de vista jurídico, para excluir do alcance da cláusula compromissória os pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Só o receio (ou cautela, diriam alguns) do Poder Executivo de ser, sucessivamente, condenado a recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados no âmbito do setor portuário explica a decisão tomada. Eis aqui um excelente exemplo do fenômeno de que tratei no capítulo 3, qual seja, a resistência à introdução de mudanças institucionais, de inovações, tão característica das organizações públicas no Brasil.

Incontinenti, o Decreto Federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019 revogou o antigo regramento, ao dispor sobre a arbitragem nos litígios que envolvessem a Administração Pública Federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Nesta trilha, não mais subsiste a exclusão do âmbito da cláusula compromissória das questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, as quais não mais ficam reservadas ao compromisso arbitral.

Por fim, mais recentemente, sobreveio a Lei Federal nº 14.133, de 01 de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações), a qual trouxe relevantes contribuições na temática, e será objeto de estudo em capítulo futuro.

5 REGRAS GERAIS PASSÍVEIS DE INSTITUIÇÃO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL: ANÁLISE DO DECRETO FEDERAL Nº 10.025, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

Com a edição do Decreto Federal nº 10.025/2019, que revogou o antigo Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015, houve a ampliação da regulamentação da via arbitral, no âmbito federal, a qual passou a prever os litígios que envolvessem a União ou as entidades da Administração Pública Federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário (art. 1º, Decreto nº 10.025/2019).

Fato é que, segundo parcela da doutrina, a arbitragem requer uma regulamentação específica, como meio necessário à garantia de sua plena aplicabilidade. Diversos aspectos de relevo merecem ser regulamentados, atinentes ao procedimento arbitral, aos requisitos mínimos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, os prazos do procedimento, custos da arbitragem, formas de credenciamento e da escolha da câmara

15. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8465.htm. Acesso em 25/09/2021.
16. Cf. SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *op., cit.,* p. 79.

arbitral, escolha dos árbitros, representação dos entes federados na arbitragem, e, outros atinentes à sentença arbitral.

Neste trabalho, a abordagem do Decreto Federal nº 10.025/2019 se dará enquanto normativa geral passível de ser adotada como parâmetro a ser utilizado para a edição de normativa específica pelos entes federados, que objetivem garantir a instituição e aplicabilidade da arbitragem nos conflitos pertinentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Os conflitos passíveis de arbitrabilidade (direitos patrimoniais disponíveis) dizem respeito às questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ao cálculo das indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria e ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo (art. 2º).

Observe-se que, consoante destacado, não mais subsiste a vedação de instituição da cláusula compromissória a respeito de questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, conforme o revogado art. 6º, § 2º, inc. II do Decreto nº 8.465/2015[17].

Tal circunstância era objeto de crítica pelos especialistas, na medida em que, tornava-se necessário socorrer-se do Poder Judiciário a fim de viabilizar o compromisso arbitral sempre que houvesse divergências quanto à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

O procedimento arbitral deverá ser, exclusivamente, de direito, vedada a arbitragem por equidade. Além do mais, o Decreto nº 10.025/2019 refere que as regras de direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as da legislação brasileira, a qual deverá ser realizada na República Federativa do Brasil e em língua portuguesa (art. 3º).

Outros aspectos de relevo foram, igualmente, disciplinados. Quanto à publicidade, o aludido decreto refere que as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira. A norma resguarda o princípio da publicidade (art. 37, *caput,* da CF/1988), nos moldes semelhantes aos atos processuais (art. 5º, inc. LX, CF/1988)[18], ao prever a necessária publicidade das arbitragens realizadas pela Administração Pública Federal, sem olvidar da necessária proteção do segredo industrial ou comercial do particular.

No Estado de São Paulo, o Decreto Estadual nº 64.356/2019[19] menciona que os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. O § 1º do art. 12 da norma em voga menciona quais atos serão públicos (petições, laudos arbitrais, Termo de arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos

17. Art. 6º Os contratos de concessão, arrendamento e autorização de que trata a Lei nº 12.815, de 2013 , poderão conter cláusula compromissória de arbitragem, desde que observadas as normas deste Decreto
(...)
§ 2º A cláusula compromissória de arbitragem, quando estipulada:
I - constará de forma destacada no edital de licitação e no instrumento de contrato; e
II - excluirá de sua abrangência as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem prejuízo de posterior celebração de compromisso arbitral para a solução de litígios dessa natureza, observados os requisitos do art. 9º.
§ 3º A ausência de cláusula compromissória de arbitragem no contrato não obsta que seja firmado compromisso arbitral para dirimir eventuais litígios abrangidos no art. 2º, observadas as condições estabelecidas no art. 9º.

18. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26/09/2021.

19. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html. Acesso em: 26/09/2021.

árbitros). Compete à Procuradoria Geral do Estado disponibilizar os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores (§ 2º).[20]

O Decreto Federal não obsta a utilização da arbitragem *ad hoc,* desde que devidamente justificada[21], contudo, ressalta que a arbitragem será preferencialmente institucional.

A câmara arbitral escolhida para compor o litígio deverá ser previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União, o que restou regulamentado, recentemente, através da Portaria Normativa AGU nº 21, de 22 de julho de 2021 (*Dispõe sobre o credenciamento de câmaras arbitrais na Advocacia-Geral da União, na forma em que especifica, e dá outras providências).*[22]

Há a especificação do prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, prorrogável uma vez, desde que acordado entre as partes, e, que não exceda a quarenta e oito meses, contado da data de celebração do termo de arbitragem (art. 8º, inc. II, Decreto nº 10.025/2019), o que estimula a adoção da via arbitral, através da garantia de uma análise técnica especializada e célere do litígio.

As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado, e, quando for o caso, restituídas consoante deliberação final em instância arbitral (custas da instituição arbitral e o adiantamento dos honorários arbitrais), conforme o art. 9º. Sobre o ponto, destaca-se que, na ausência de cláusula compromissória, deve a administração pública federal avaliar, previamente, as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto (art. 6º). Por evidente, o procedimento arbitral detém elevados custos a serem antecipados pelo particular, o que restringe sua aplicação a conflitos específicos.

Neste aspecto, andou bem o revogado Decreto nº 8.465/2015, quando estabeleceu, no § 1º do art. 9º, que:

> § 1º No caso de celebração de compromissos arbitrais na situação de que trata o **caput**, a administração pública deverá avaliar previamente as vantagens e desvantagens da arbitragem no caso concreto quanto ao prazo para a solução do litígio, ao custo do procedimento e à natureza da questão litigiosa.

Para Schmidt, deve a Administração Pública justificar, fundamentadamente, a opção pela celebração do compromisso arbitral, quando for o caso, demonstrando sempre a presença do interesse público, sob pena de incorrer em violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Descabe ao gestor público, por capricho ou preferência pessoal, firmar a convenção de arbitragem com determinada particular e denegar o mesmo pedido a outros em situação idêntica. E, conclui que o princípio da igualdade assegura a todos aqueles que se encontrem em situação idêntica que recebam tratamento igualitário pelo Poder Público.[23]

20. No Estado de São Paulo, é possível proceder à consulta no seguinte endereço: http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/. Acesso em: 29/09/2021.
Já no âmbito da União, foi criado o Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA), com menção aos casos de Arbitragem, onde é possível encontrar o Termo de Arbitragem, Sentença Arbitral e Decisão em Pedido de Esclarecimentos, por exemplo. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/nucleo-especializado-em-arbitragem/casos-de-arbitragem-2/caso-fundos-petrobras. Acesso em: 29/09/2021.

21. Art. 3º. (*omissis).*
§ 3º Observado o disposto no inciso V do **caput**, será admitida a opção pela arbitragem **ad hoc**, desde que devidamente justificada.

22. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-agu-n-21-de-22-de-julho-de-2021-334055608. Acesso em: 26/09/2021.

23. Cf. SCHMIDT, *op., cit*., p. 80.

Conforme será melhor detalhado adiante, havia no substitutivo do Projeto de Lei nº 1.292, de 1995 e apensos a previsão de que "A utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias deverá ser justificada mediante análise prévia dos custos envolvidos e dos benefícios sociais e econômicos resultantes da sua adoção", o que culminou por ser suprimido da redação final, convertida na Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021). Hodiernamente, inexiste disposição tão nítida quanto à necessária justificativa a ser utilizada pela administração para a aplicabilidade da arbitragem no conflito em específico, o que não nos parece a melhor solução.

Conforme supramencionado, o credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União, e dependerá do atendimento de requisitos mínimos, entre os quais a comprovação de funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos, reconhecida idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais, e, regulamento próprio da câmara, disponível em língua portuguesa (art. 10, Decreto 10.025/2019). Inexiste caracterização de vínculo contratual entre o Poder Público e a câmaras arbitrais credenciadas, ao que compete à AGU disciplinar a forma de comprovação dos requisitos estabelecidos, além de facultar estabelecer outros para o credenciamento (§§ 1º e 2º).

Um ponto de relevo é a forma de contratação das câmaras arbitrais. O revogado Decreto nº 8.465/2015 referia que a escolha do árbitro ou de instituição arbitral era considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo observância às normas pertinentes (art. 7º, § 3º).

O novo Decreto não refere, expressamente, sobre a forma de contratação das câmaras arbitrais, exceto, o fato de que será feito um credenciamento, observados requisitos mínimos, de acordo com o art. 10 supra referido. Neste caso, a convenção de arbitragem pode estipular que a indicação da câmara arbitral será feita pelo contratado, dentre as credenciadas, ressalvada a manifestação de objeção pela administração pública federal, no prazo de 15 (quinze) dias, hipótese que implicará na indicação de outra câmara credenciada (§ 1º, art. 11).

A escolha dos árbitros se dará nos termos definidos na convenção de arbitragem, observados requisitos mínimos, dentre os quais, estar no gozo de plena capacidade civil, deter conhecimento compatível com a natureza do litígio e não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem as hipóteses de impedimento ou suspeição de juízes, nos termos da legislação processual civil, ou outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida (art. 12).

Sobre o ponto, Garcia[24] refere que a forma mais tradicional e conhecida no processo de escolha dos árbitros é a indicação de um árbitro por cada parte e, em seguida, os dois eleitos e aceitos sem objeção escolhem o terceiro. Há nítida incompatibilidade da escolha com a realização do procedimento licitatório, eis que o processo de escolha do árbitro deverá levar em consideração uma avaliação com inegável dose de discricionariedade e

24. GARCIA, Flávio Amaral. A escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 119-128. ISBN 978-85-450-0747-0.

subjetividade. Para Garcia, ainda que discricionária, deve a escolha ser motivada, a partir, preferencialmente, de parâmetros previamente fixados nos respectivos atos normativos dos entes públicos, com a indicação das razões de qualificação daquele profissional e da conexão das suas características com o perfil e natureza do litígio instaurado.[25]

A representação da União e das entidades da Administração Pública Federal, perante o juízo arbitral, é prerrogativa dos membros dos órgãos da Advocacia-Geral da União, consoante as competências constitucionais e legais, devendo-se assegurar a ciência inequívoca das comunicações processuais (art. 13, § 1º).

Em geral, a representação dos entes federados, no âmbito da arbitragem, traduz-se em atribuição da respectiva Procuradoria, bem como a atuação em todas as etapas do procedimento arbitral, consoante se infere de outros regramentos específicos, como o Decreto nº 55.996/2021[26], no Rio Grande do Sul, Decreto nº 46.245/2018[27], no Estado do Rio de Janeiro, e, o Decreto nº 64.356/2019 em São Paulo.[28]

Por fim, a sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativas a custas e despesas com procedimento arbitral, implicará no pagamento por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso. Neste caso, compete à parte vencedora iniciar o cumprimento da sentença perante o juízo competente (art. 15, § 1º).

6 DISPUTE BOARDS: CONCEITO E APLICABILIDADE

Consoante a doutrina de Oliveira, além dos métodos tradicionais de resolução de conflitos, é possível mencionar, ainda, os *dispute boards,* utilizados, de forma pioneira, nos Estados Unidos na década de 1970, durante a construção do *Eisenhower Tunnel* no Colorado.[29] Menciona, ainda, o Professor, ao citar a doutrina de Arnoldo Wald, que:

> O *dispute board*, também conhecido como Comitê de Resolução de Conflitos, pode ser considerado órgão colegiado, geralmente formado por três experts, indicados pelas partes no momento da celebração do contrato, que tem por objetivo acompanhar a sua execução, com poderes para emitir recomendações e/ou decisões, conforme o caso.

Na definição do Professor Flávio Amaral Garcia[30]:

> Os contratos administrativos de infraestrutura (exemplos: concessões comuns e parcerias público-privada) são arranjos complexos que demandam uma elevada sofistificação

25. *Ibidem*, P. 123.

26. Art. 8º Cabe à Procuradoria-Geral do Estado a representação da Administração Pública nas arbitragens estabelecidas com base neste Decreto, devendo atuar em todas as etapas do procedimento arbitral. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=71872&hTexto=&Hid_IDNorma=71872. Acesso em: 26/09/2021.

27. Art. 18 - O Estado do Rio de Janeiro será sempre representado no procedimento arbitral pela Procuradoria Geral do Estado, consoante as suas competências constitucionais e legais.
Parágrafo Único - Caberá ao Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro indicar o(s) Procurador(es) que atuarão em cada arbitragem. Disponível em: https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=Mzc0MQ%2C%2C. Acesso em: 26/09/2021.

28. **Artigo 5º -** Cabe à Procuradoria Geral do Estado, por meio de sua Assistência de Arbitragens, atuar em todas as etapas do procedimento arbitral.
Parágrafo único - A designação de árbitros pela Administração Pública direta e suas autarquias será precedida de aprovação pelo Procurador Geral do Estado. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html. Acesso em: 26/09/2021.

29. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. P. 508.

30. GARCIA, Flávio Amaral. Dispute boards e os contratos de concessão. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 99-111. ISBN 978-85-450-0747-0. P. 99.

> na sua concepção, modelagem e gestão. Costumeiramente, grandes empreendimentos públicos envolvem contratos coligados, financiamentos via projeto e uma teia de relações jurídicas, técnicas, econômicas e financeiras interdependentes. A governança e a gestão de contratos desse porte são fundamentais para o êxito na sua consecução. Isso porque, entre outras razões, é a alta probabilidade de ocorrerem conflitos entre as partes contratantes, em especial no que se refere às questões técnicas que podem irromper durante a sua execução.

Na forma do regulamento da *International Chamber of Commerce (ICC),* existem três tipos de *dispute boards: a) Dispute Review Boards (DRBs):* emitem recomendações sobre determinada controvérsia, sem caráter vinculante imediato; b) *Dispute Adjudication Boards (DABs):* decidem as controvérsias contratuais, com caráter vinculante; e c) *Combined Dispute Boards (CDBs*): emitem recomendações e, em determinados casos, decidem disputas contratuais.[31]

O objeto do comitê de solução de controvérsia, formado por técnicos especializados, consiste em oferecer um julgamento com independência, imparcialidade e proatividade. Segundo Garcia, é recomendável uma postura ativa desde o início do contrato, o que permite uma melhor compreensão de todas as etapas de execução do objeto, e, em consequência, repercute na percepção, avaliação e resolução dos conflitos que dele decorram[32]. E, conclui que o *dispute board* é, sem dúvida, uma ferramenta de antecipação e prevenção, cuja utilização é muito tímida no direito público pátrio, ainda que consista em um instrumento bem alinhado com os paradigmas de um direito administrativo mais consensual, flexível, transparente, eficiente e cooperativo.

Ocorre que, até o advento da Nova Lei de Licitações, inexistia dispositivo expresso quanto à incidência dos *dispute board* nos contratos administrativos. A Lei Geral de Concessões, no art. 23-A, afirmava a possibilidade do emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem. Nada afirmava, contudo, quanto à instituição dos comitês de resolução de controvérsias. Nesse mesmo sentido, era a redação do art. 11, inc. III da Lei Federal nº 11.079/2004, nas Parcerias Público-Privadas.[33]

O Conselho da Justiça Federal, no Enunciado nº 49, reconheceu os Comitês de Resolução de Disputa (*Dispute Boards)* como método de solução consensual de conflitos, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.[34]

Neste aspecto, o Novo Código de Processo Civil institui um verdadeiro dever a juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público de estimularem a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, ainda que no curso de processo judicial.

Por sua vez, o Enunciado nº 76, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF, aduz que as decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas

31. Cf. OLIVEIRA, *op., cit.,* p. 508

32. Cf. GARCIA, *op., cit.,* p. 100.

33. Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

34. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/912. Acesso em: 28/09/2021.

(*Dispute Board)*, quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.[35]

Neste aspecto, o aludido enunciado é passível de ponderação, na medida em que os *dispute boards* não são e não devem ser considerados uma etapa pré-arbitral. Segundo o magistério de Augusto Barros de Figueiredo e Silva Neto, o instituto não pode ser mal compreendido, sob pena de mitigação de sua eficácia, *in verbis:*

> *Os dispute boards* não são e não devem ser considerados uma etapa pré-arbitral. Ainda que a sua adoção esteja usualmente associada à previsão da arbitragem como forma definitiva de solução de disputas- e ao Poder Judiciário em menor proporção-, não se pretende que as decisões do comitê funcionem como uma "primeira instância" da arbitragem. Essa é uma premissa falha, rechaçada pelo relato dos praticantes e por estudos sobre o assunto. Sua grande vocação é, exatamente, evitar disputas posteriores, e não servir como uma espécie de preparação para elas, ainda que de certa forma este venha a ser um efeito secundário da sua atuação. Por esse motivo, nos *dispute boards* permanentes a atuação inicia-se simultaneamente ao início da execução do contrato[36].

Quanto à finalidade, o Enunciado nº 80 do CJF enuncia que a utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos[37].

Segundo Neto[38] "Os *dispute boards* são comitês de acompanhamento permanente da execução dos contratos, cuja função precípua é defender esse contrato dos interesses individuais das partes, favorecendo a sua marcha ao cumprimento do projeto". Para o referido autor, é na vontade das partes que se encontram a base da sua legitimidade e os limites da sua atuação, sendo justamente por isso que o método permite grande flexibilidade na sua estruturação, podendo se adaptar aos mais diversos tipos de projetos em função da conveniência e criatividade das partes envolvidas.

Quanto à formação, podem ter uma natureza permanente, quando serão constituídos no momento da celebração do contrato, ou imediatamente após, e, persistirá ativo durante toda a vigência do ajuste, independente do surgimento de um conflito. Por sua vez, o comitê *ad hoc* é aquele formado somente quando da ocorrência de uma controvérsia formalmente submetida pelas partes, e, permanecerá ativo até a prolação da decisão e término do procedimento.

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, há uma verdadeira tendência de consolidação quanto à aplicabilidade do referido instituto na prevenção e resolução de conflitos surgidos na execução dos contratos administrativos, não mais restrita aos contratos de concessão e às parcerias público-privadas. Resta saber qual será a sua efetiva incidência, enquanto instrumento autônomo de prevenção e resolução de disputas, ou, como meio

35. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/937. Acesso em: 28/09/2021.

36. SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, jul./dez. 2019. P. 75.

37. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/938. Acesso em: 28/09/2021.

38. Cf. SILVA NETO, *op., cit*., p. 72-73.

preparatório à submissão do conflito à arbitragem, ou mesmo, ao Poder Judiciário, de acordo com o Enunciado nº 76, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF.

7 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE HETEROCOMPOSIÇÃO

A Lei Federal nº 14.133, de 01 de abril de 2021 trouxe relevantes contribuições no contexto da utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias surgidas nas contratações efetuadas pela Administração Pública.

Conforme destacado, a aplicabilidade dos meios alternativos de heterocomposição não se constitui em novidade no ordenamento jurídico nacional, o qual apregoava, em diversas leis específicas, a instituição da via arbitral.

Ocorre que, até o advento da Lei Federal nº 13.129/2015, a qual modificou a Lei Geral de Arbitragem, e, deixou expressa a viabilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública direta e indireta, alguns doutrinadores ainda defendiam a impossibilidade pela afronta à indisponibilidade do interesse público.

A Lei nº 8.666/1993 foi omissa no ponto, o que se constituía em argumentação favorável aos defensores da tese da inaplicabilidade da arbitragem nas contratações envolvendo o Poder Público.

Com o advento da Nova Lei de Licitações, não mais subsiste qualquer celeuma no ponto, consoante se passará a destacar.

O art. 138 da Lei Federal nº 14.133/2021 define que a extinção do contrato poderá ser consensual, por acordo entre as partes, através de conciliação, mediação ou por comitê de resolução de disputas (*dispute boards)*, desde que haja interesse da Administração (inc. II).

Da mesma forma, poderá ocorrer a extinção do contrato determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral (inc.II), não mais limitada a contratos de parceria ou concessão, o que nos parece ser bastante salutar.

A Nova Lei de Licitações, no Capítulo XII[39], disciplina os meios alternativos de resolução de controvérsias, plenamente aplicável nas contratações regidas pela lei. Poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem (art. 151). O parágrafo único delimita a incidência do dispositivo aos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Ratifica a premissa de que a arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade (art. 152).

A Lei permite, ainda, a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias nos contratos já em vigência, através de aditamento (art. 153).

39. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 27/09/2021.

Por fim, o art. 154 refere que o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Neste aspecto, o Decreto Estadual nº 64.356, de 31 de julho de 2019, do Estado de São Paulo, andou bem ao exigir a solicitação ao árbitro indicado quanto à informação sobre eventual prestação de serviços que possa colocá-lo em conflito de interesses com a Administração Pública, que atue em outras atividades profissionais, a fim de aferir sua independência e imparcialidade, (art. 11). De acordo com o parágrafo único será solicitado ao árbitro indicado que exerce advocacia informação sobre a existência de demanda por ele patrocinada, ou por escritório do qual seja associado, contra a Administração Pública, bem como a existência de demanda por ele patrocinada ou por escritório do qual seja associado, na qual se discuta tema correlato àquele submetido ao respectivo procedimento arbitral.[40]

Observa-se que a Nova Lei de Licitações consolida uma nova visão, já apregoada por parte da doutrina, no sentido da plena aplicabilidade dos meios alternativos de solução de controvérsias, no âmbito dos contratos administrativos firmados pela Administração Pública.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, parece consolidar a viabilidade de aplicação dos meios alternativos de solução de controvérsias, em contraposição à vetusta ideia de vedação em consequência da indisponibilidade do interesse público.

O *dispute board* transparece enquanto instrumento capaz de resguardar a confiança das partes e pode evitar o surgimento de controvérsias na execução do contrato, através de uma análise técnica e imparcial. A aplicabilidade, enquanto instrumento de prevenção de litígios, na execução dos contratos administrativos, fundamentado na consensualidade, legitima a sua adoção. Resta aguardar se o comitê de resolução de disputas conseguirá se firmar como meio alternativo de solução de controvérsias, insuscetível de revisão, em geral, pela arbitragem ou mesmo pelo Poder Judiciário.

Já o emprego da arbitragem, no âmbito dos contratos administrativos, através da escolha de árbitros com o emprego de critérios isonômicos, técnicos e transparentes, tende a diminuir a judicialização de conflitos advindos no transcurso da execução contratual.

O Decreto Federal nº 10.025/2019 pode servir como um verdadeiro norte à elaboração das regras gerais atinentes ao procedimento arbitral pelos demais entes federados, o qual não prescinde do resguardo do princípio da publicidade, ainda que de forma ponderada.

Neste compasso, com o advento da Nova Lei de Licitações, parece preponderar a visão de que a utilização dos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias

40. O Decreto gaúcho nº 55.996, de 14 de julho de 2021, recentemente editado, reproduziu o teor da normativa paulistana, consoante se infere do art. 13, *in verbis:*
Art. 13. Será solicitado ao árbitro indicado que atua em outras atividades profissionais, para a aferição de sua independência e imparcialidade, e sem prejuízo das demais obrigações inerentes ao dever de revelação previsto na Lei Federal nº 9.307/1996, informação sobre eventual prestação de serviços que possa colocá-lo em conflito de interesses com a Administração Pública.
Parágrafo único. Na hipótese de o árbitro indicado exercer a advocacia, ser-lhe-á solicitada informação sobre a existência de demanda por ele patrocinada, ou por escritório do qual seja associado, contra a Administração Pública ou em qualquer caso em que discuta tema correlato àquele submetido ao respectivo procedimento arbitral.

poderá, finalmente, se consolidar na resolução de conflitos contratuais de forma célere, e, efetiva.

REFERÊNCIAS

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratação de árbitros e mediadores: inexigibilidade. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 129-139. ISBN 978-85-450-0747-0.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf. Acesso em: 30/09/2021.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, p. 141-148, 2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. **A escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais**. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 119-128. ISBN 978-85-450-0747-0.

GARCIA, Flávio Amaral. **Dispute boards e os contratos de concessão.** In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 99-111. ISBN 978-85-450-0747-0. P. 99.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na administração pública.** Curitiba: Juruá, 2018.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras.** Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/09/2021

BRASIL. **Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 04/10/2021.

BRASIL. **Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 04/10/2021.

BRASIL. **Lei Federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm. Acesso em: 04/10/2021.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 04/10/2021.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478compilado.htm>. Acesso em: 04/10/2021.

BRASIL. **Lei Federal n. 10.233, de 5 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10233.htmcompilado.htm>. Acesso em: 04/10/2021.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.815, de 5 de junho de 2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 04/10/2021.

BRASIL. **Lei Federal n. 14.133, de 01 de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. **Decreto n. 8.465, de 8 de junho de 2015.** Regulamenta o §1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8465.htm>. Acesso em: 04/10/2021.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Portaria Normativa AGU nº 21, de 22 de julho de 2021.** Dispõe sobre o credenciamento de câmaras arbitrais na Advocacia-Geral da União, na forma em que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/arquivos/210722PORTARIANORMATIVAAGUN.21DE22DEJULHODE-2021CREDENCIAMENTODECMARASARBITRAIS.pdf>. Acesso em: 04/10/2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Prevenção e Resolução Extrajudicial de Litígios**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>. Acesso em: 28/09/2021.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Decreto n. 55.996, de 14 de julho de 2021.** Dispõe sobre a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta no Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=71872&hTexto=&Hid_IDNorma=71872>. Acesso em: 04/10/2021.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Decreto n. 46.245, de 19 de fevereiro de 2018.** REGULAMENTA A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM PARA DIRIMIR OS CONFLITOS QUE ENVOLVAM O ESTADO DO RIO DE JANEIRO OU SUAS ENTIDADES. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=Mzc0MQ%2C%2C>. Acesso em: 04/10/2021.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto n. 64.356, de 31 de julho de 2019.** Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html>. Acesso em: 04/10/2021.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD E LEI GERAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO - LAI. ANÁLISE ACERCA DOS DADOS DE PRODUTORES RURAIS CAPTADOS PELAS ENTIDADES DE DEFESA AGROPECUÁRIA E SUA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL NA EMISSÃO DE GUIAS DE TRÂNSITO ANIMAL - GTA.

Marcos Antonio Cesar Sanches[1]

Submetido em: 03/09/2021
Aceito em: 19/10/2021

RESUMO
A Lei nº 13.079/2018 (Lei Geral De Proteção de Dados Pessoais – LGPD) entrou em vigor com o objetivo de regular o tratamento dos dados pessoais, tendo forte ligação com o Princípio da Intimidade e Privacidade. A Lei nº 12.527/2011 (Lei Geral De Acesso à Informação), por sua vez, visa regular o Princípio da Publicidade e Transparência da Administração Pública. As entidades estatais de defesa agropecuária, no caso da Bahia, a ADAB, no âmbito de suas atribuições de controle sanitário de animais, realiza o cadastro de produtores de animais, captando informações de cunho patrimonial destas pessoas, que despertam interesse de terceiros. Tais dados devem sofrer a influência de diversos comandos da LGPD e LAI, classificando-se como informações pessoais, de acesso restrito. Por outro lado, a emissão de Guia de Trânsito Animal – GTA, instrumento da atuação dessas entidades, e ligadas ao cadastro dos produtores, caracterizam-se como informações sobre a atividade exercida pelo órgão estatal, sem a classificação de informações pessoais, a importar serem de acesso público.

1 INTRODUÇÃO

Após longo período de *vacatio legis*, em agosto de 2020 entrou em vigor a Lei nº 13.079/2018, nominada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, a qual

> dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Surge então o desafio à Administração Pública de promover a implementação de seus comandos, em harmonia com o previsto na Lei nº 12.527/2011, nominada de Lei Geral de Acesso à Informação – LAI, a qual tem como objetivo explícito garantir a transparência e publicidade dos atos da Administração Pública.

1. Procurador do Estado da Bahia com atuação no consultivo das entidades da Administração Indireta. Foi Procurador do Município de São Paulo e Analista Processual do Ministério Público Federal. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Pós-Graduado em Processo Civil pela LFG.

O conflito aparente pode ser medido através dos dados de pessoas captados e administrados pelas entidades de defesa agropecuária dos estados, no âmbito de suas atuações institucionais, em específico dos dados de produtores pecuários, reveladores, em grande medida, de patrimônio, assim como dos dados gerados pelo próprio agir administrativo destas entidades, como ocorre com a emissão da Guia de Trânsito Animal – GTAs.

A análise que se apresenta se dará a partir do exemplo da Agência de Defesa Agropecuária da Bahia – ADAB, com estudo referendado na legislação federal e estadual que rege a referida instituição, mas que, na essência, vale para todas as demais entidades estaduais integrantes do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária – SUASA (Decreto Federal nº 5.741/2006), que atuam de forma similar.

2 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE. DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Observa-se que a LGPD veio com a finalidade de estabelecer diretrizes para o tratamento dos dados pessoais, com vistas à proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade do cidadão.

Seus comandos estão nitidamente ligados ao direito à intimidade e privacidade, previsto no art. 5º, X, da CF/88 ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação").

Acerca do direito à intimidade e privacidade, o Ministro Gilmar Pereira Mendes e e Paulo Gustavo Gonet Branco, assim lecionam[2]:

> Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações - de privacidade e de intimidade -, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo.
> O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.
> O direito à privacidade é proclamado como resultado da sentida exigência de o indivíduo "encontrar na solidão aquela paz e aquele equilibrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna".
> A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranqüilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.
> [...]
> Não obstante a relevância do tema, verificam-se hesitações quando se trata de definir o que seja exatamente o direito à privacidade. Mesmo os diplomas legais ou as convenções

2. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

> internacionais não cuidam de precisar o conceito, que tampouco parece encontrar univocidade no acervo de jurisprudência do direito comparado.
> Tércio Sampaio Ferraz entende que esse direito é "um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular".
> [...]
> A propósito, um antigo presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos apontou que, na expressão, estaria abarcada a proteção contra "ataques à integridade física, moral e sobre a liberdade intelectual e moral [do indivíduo] e contra o uso impróprio do nome e da imagem de alguém, contra atividades de espionagem ou de controle ou de perturbação da tranquilidade da pessoa e contra a divulgação de informações cobertas pelo segredo profissional."
> De modo geral, há consenso em que o direito à privacidade tem por característica básica a pretensão de estar separado de grupos, mantendo-se o indivíduo livre da observação de outras pessoas. Confunde-se com o direito de fruir o anonimato - que será respeitado quando o indivíduo estiver livre de identificação e de fiscalização.
> [...]
> **O direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral.**" G.n.

Por outro lado, a LAI regulamenta o princípio da publicidade, o direito de informação e o dever de transparência da Administração Pública, visando declaradamente garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, dispositivos assim dispostos:

> Art. 5º 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, nos termos seguintes:
> (...)
> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]
> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> [...]
> § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Sobre o princípio da publicidade na Administração Pública, os mesmos autores acima citados assim se manifestam:

> **O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático, e pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de**

participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CP/ 88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, caput, e artigos seguintes da CF/ 88).

[...]

Ao mesmo tempo, os novos processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a ser divulgados na Internet, não só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços.

A criação dos Portais de Transparência dos diversos entes estatais, nos diferentes níveis de governo, tem proporcionado a experimentação social da relação cidadão-Estado e o exercício do controle social dos gastos públicos em novas perspectivas.

[...]

No âmbito federal, o Decreto n. 5.482, de 30 de junho de 2005, dispôs sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da Administração Federal, por meio da Rede Mundial de Computadores - Internet, incumbindo à Controladoria-Geral da União a função de gestora do Portal da Transparência (federal).

Dessa forma, determinou-se no Decreto (art. l) a criação de Páginas de Transparência Pública dos diversos órgãos, em que seja possível o acompanhamento de: I – gastos efetuados por órgãos e entidades da administração pública federal; II - repasses de recursos federais aos Estados, Distrito Federal e Municípios; III - operações de descentralização de recursos orçamentários em favor de pessoas naturais ou de organizações não governamentais de qualquer natureza; IV - operações de crédito realizadas por instituições financeiras oficiais de fomento.

A despeito desse avanço positivo, não se olvida que o tratamento dos dados e informações públicos e a sua divulgação devem ter como meta a transmissão de uma informação de interesse público ao cidadão (individual ou coletivamente), desde que inexista vedação constitucional ou legal. Assim, veda-se a divulgação de informação inútil e sem relevância, que deturpe informações e dados públicos em favor de uma devassa, de uma curiosidade ou de uma exposição ilícitas de dados pessoais, para mero deleite de quem a acessa.

Em outros termos, o art. 5º, XXXIII, da Constituição condiciona a divulgação de informações de interesse público individual, coletivo ou geral à segurança da sociedade e do Estado. Nesse sentido, o Decreto federal mencionado assegurou que "não se aplicam aos dados e às informações de que trata o art. JE, cujo sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação.

Também por meio da interpretação do art. 5º, X, da Constituição apreende-se que a divulgação pública de informações e dados de domínio estatal está condicionada à preservação da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Ressalte-se que o dever de transparência com os atos estatais deve se pautar pela maior exatidão e esclarecimento possíveis, pois, conforme a doutrina de Rafaelle de Giorgi, uma característica marcante da sociedade moderna está relacionada à sua paradoxal capacidade tanto de controlar quanto de produzir indeterminações.

Contudo, a forma como a concretização do princípio da publicidade, do direito de informação e do dever de transparência será satisfeita constitui tarefa dos órgãos estatais, nos diferentes níveis federativos, que dispõem de liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais, sobretudo aqueles que se vinculam à divulgação de dados pessoais do cidadão em geral e de informações e dados públicos que podem estar justapostos a dados pessoais ou individualmente identificados de servidores públicos que, a depender da forma de organização e divulgação, podem atingir a sua esfera da vida privada, da intimidade, da honra, da imagem e da segurança pessoal.

Assim, diante do dinamismo da atuação administrativa para reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a persecução do interesse público, segundo novos insumos e manifestações dos servidores, do controle social e do controle oficial, por exemplo, deve

> o poder público perseguir diuturnamente o aperfeiçoamento do modo de divulgação dos dados e informações, bem como a sua exatidão e seu maior esclarecimento possível. [...]
> A sociedade de massas, ou sociedade midiática, permite que o conhecimento dos atos praticados possa se dar por outros meios, principalmente os meios cibernéticos, e experiências desta natureza têm se tornado eficientes, como o Portal da Transparência no âmbito da Administração Pública Federal.
> Nesse mesmo sentido, em 2011 entrou em vigor a denominada Lei de Acesso à Informação (Lei n. 1 2.527 / 20 1 1), que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos entes federativos com a finalidade de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º, do art. 216 da Constituição Federal. Trata-se de importante marco para a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, por meio de medidas que devem ser executadas de acordo com os princípios básicos da Administração Pública e por diretrizes que zelam e incentivam a ampla transparência. G.n.

A partir de tais elementos principiológicos, encaminha-se a análise dos dados administrados e produzidos pela Administração Pública, no caso específico das entidades de defesa agropecuária dos estados, ligados à individualidade das pessoas físicas com quem se relacionam, bem como ao seu próprio agir estatal.

3 DO TRATAMENTO DE DADOS DE PRODUTORES RURAIS PELAS ENTIDADES ESTATAIS DE DEFESA AGROPECUÁRIA.

O Decreto Federal nº 5.741/2006 ("Regulamenta os arts. 27-A, 28-A e 29-A da Lei no 8.171, de 17 de janeiro de 1991, organiza o Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária, e dá outras providências") instituiu o Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária.

Nos termos do art. 9º do aludido decreto, o sistema em apreço é constituído pelas instâncias central, intermediárias e locais. O § 2º do dispositivo estabelece que

> as Instâncias Intermediárias serão responsáveis pela execução das atividades de natureza estratégica, normativa, reguladora, coordenadora e operativa de interesse da União, e também as privativas dos Estados ou do Distrito Federal, em seus respectivos âmbitos de atuação e nos termos das regulamentações federal, estadual ou distrital pertinentes.

Como estabelecido no art. 19 do mesmo decreto, "as atividades das Instâncias Intermediárias serão exercidas, em cada unidade da Federação, pelo órgão com mandato ou com atribuição para execução de atividades relativas à defesa agropecuária", sendo certo concluir que, no Estado da Bahia, é a ADAB a entidade com atribuição para executar as ações dispostas na norma, assim como cada Estado da Federação tem um órgão/entidade com finalidade semelhante.

Consoante disposto no art. 1º da Lei Estadual nº 7.439/1999 ("Dispõe sobre a criação da Agência Estadual de Defesa Agropecuária da Bahia - ADAB e dá outras providências"), a ADAB tem "por finalidade promover e executar a defesa sanitária animal e vegetal, o controle e a inspeção de produtos de origem agropecuária", competindo-lhe uma série de atividades voltadas à garantia da sanidade agropecuária, destacando-se, para os fins ora tratados, a atividade de "fiscalizar a entrada, o trânsito, o comércio e o beneficiamento

de produtos, subprodutos e derivados agropecuários no território baiano", conforme disposto no inciso II do dispositivo em referência.

Especificamente com relação à **defesa sanitária animal**, prevêem os artigos 1º e 2º do Decreto Estadual nº 7.854/2000 ("Aprova o Regulamento da Lei nº 7.597, de 07 de fevereiro de 2000, que dispõe sobre Defesa Sanitária Animal no Estado da Bahia e dá outras providências"):

> Art. 1º - A defesa sanitária animal no Estado da Bahia compreende a elaboração e execução de programas de profilaxia, controle, combate e erradicação de afecções ou doenças de animais, sem prejuízo das medidas sanitárias destinadas à inspeção de produtos de origem animal, necessárias à promoção do desenvolvimento do setor pecuário e à proteção e defesa da saúde pública.
> Art. 2º - Ficam sujeitas a este regulamento as pessoas físicas ou jurídicas que explorem atividades pecuárias, ou que produzam, transportem e comercializem produtos, subprodutos, derivados, dejetos ou despojos animais, ou para uso animal, inclusive produtos para uso veterinário.

A partir dos capítulos dispostos no aludido Decreto Estadual nº 7.854/2000, observa-se que os instrumentos para a fiscalização sanitária animal estão ligados, em específico, ao trânsito e comércio de animais ou de produtos destes derivados (capítulo III); **ao registro e licenciamento de produtores (capítulo IV)**; à fixação de deveres sanitários aos proprietários de animais (capítulo V); à fiscalização do comércio de produtos veterinários (capítulo VI); e à fiscalização de vacinações e exames animais (capítulo VII).

É exatamente para o fim de possibilitar a atuação fiscalizatória da entidade, que a legislação de regência determina às pessoas físicas ou jurídicas que explorem atividades pecuárias a sujeição ao **licenciamento e registro perante à ADAB**, conforme exige o art. 18 do Decreto Estadual nº 7.854/2000[3].

Não por outro motivo, a norma determina ainda aos proprietários de animais uma série de obrigações dispostas nos incisos do art. 20 do mesmo Decreto, como a 1) obrigação de vacinar os animais; 2) de comunicar a ocorrência de doença de notificação compulsória; e, em especial, 3) de **declarar, junto ao escritório mais próximo do órgão de defesa sanitária animal, a quantidade, espécie, sexo, faixa etária dos seus animais e dos que estejam sob sua guarda, a fim de manter o cadastro atualizado, indicando o número de nascidos, adquiridos, comercializados e de óbitos.**

Assim, a ADAB, para o desempenho de suas atividades, e por força de obrigações legais impostas aos criadores de animais, acaba por administrar uma enorme quantidade de dados sensíveis destes criadores, **que revelam inclusive cunho patrimonial** e, por tal razão, devem possuir proteção legal com vistas à preservação da intimidade e privacidade.

No cotidiano da Agência, não é rara a existência de petições visando o acesso aos referidos dados de produtores animais, já que no banco de dados encontram-se informações da quantidade, espécie, sexo, e faixa etária de animais de suas propriedades, reveladores do patrimônio dos indivíduos – por vezes alto patrimônio, e que podem interessar elevado número de pessoas em conflitos contratuais, familiares, de crédito, dentre outros.

3. Art. 18- As pessoas físicas ou jurídicas que explorem atividades pecuárias, ou que produzam, comercializem e utilizem produtos, subprodutos e derivados animais, ou para uso animal, inclusive veterinário, ficam obrigadas ao licenciamento e registro na Agência Estadual de Defesa Agropecuária da Bahia - ADAB, sob pena de interdição das respectivas atividades.
Parágrafo único - O procedimento de licenciamento e registro será fixado em ato interno da ADAB, sendo requisito obrigatório a apresentação do Certificado de Regularidade emitido pelo Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado da Bahia.

Adverte-se aqui que a Agência não tem nenhuma atribuição de controle ou registro **patrimonial** dos criadores. A atribuição da Autarquia limita-se ao controle sanitário e, assim, a obtenção dos dados tem a nítida característica de **cadastro**, para o fim de que a rastreabilidade dos animais seja possível, assim como todas as demais medidas ligadas à garantia de saúde animal.

Toda a atividade de obtenção dos dados referidos no presente, por parte da ADAB, enquadra-se como **tratamento de dados** que, na definição do art. 5º, X, da Lei nº 13.709/2018 (LGPA), *é*

> toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Nessa linha, guarda necessária observância ao contido nos artigos 6º, I, II e III, e 7º, II e III, da mesma Lei nº 13.709/2018:

> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
> I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
> II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
> III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
> [...]
> Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
> [...]
> II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
> III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
> [...]

Uma vez que se trata de Administração Pública, incide ainda o art. 23 da mesma lei, o qual adverte que

> o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), **deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público** [...].

Sendo certo, portanto, que a ADAB realiza, de forma legítima, para a persecução de suas finalidades, a obtenção e o tratamento dos dados dos produtores rurais, conforme determinação do Decreto Estadual nº 7.854/2000 e de acordo com o regramento disposto na Lei nº 13.709/2018, por **se tratarem de dados sensíveis, indicadores de patrimônio dos administrados,** deve guardar observância aos comandos dos artigos 2º, I e IV, e 17 da multicitada lei de proteção de dados:

> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
> I - o respeito à privacidade;
> [...]
> IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
> [...]
> Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

Além disso, entende-se que os dados em apreço caracterizam-se como **informação pessoal** que, na definição do art. 4º, IV, da Lei nº 12.527/2011 (LAI), é "aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável", referindo-se à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Conforme prevê o art. 31 da LAI:

> Art. 31. O tratamento das **informações pessoais** deve ser feito de forma transparente e com **respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.**
> § 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:
> I - **terão seu acesso restrito**, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e
> II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.
> § 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.
> § 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:
> I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;
> II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;
> III - ao cumprimento de ordem judicial;
> IV - à defesa de direitos humanos; ou
> V - à proteção do interesse público e geral preponderante.
> § 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.
> § 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

Desta forma, conclui-se que os dados recebidos pela ADAB e demais entidades de defesa agropecuária dos estados, relacionados, em especial, ao licenciamento e registro de pessoas que exploram atividades pecuárias, e atividades correlatas como a quantidade, espécie, sexo, faixa etária e vacinação dos animais, reveladoras, em grande medida, de patrimônio destas pessoas, devem ser protegidas, classificando-se como informações pessoais, com fundamento no art. 5º, X, da CF/88, e Lei nº 13.709/2018, tendo acesso restrito, nos termos do art. 31 da Lei nº 12.527/2011, salvo nas exceções previstas no mesmo dispositivo.

4 DOS DADOS RELATIVOS À EMISSÃO DE GUIAS DE TRÂNSITO ANIMAL – GTA.

No que tange especificamente às GTAs, a previsão legal encontra-se no art. 13 do Decreto Estadual nº 7.854/2000, *verbis*:

> Art. 13 - São condições essenciais para a entrada ou o trânsito, por qualquer via, de animais, a apresentação da Guia de Trânsito de Animais - GTA ou documento oficial equivalente e fundamentado em documento sanitário emitido por autoridade competente, e, no caso do comércio de animais, seus produtos e subprodutos, despojos, forragens, ou qualquer outro material destes derivados, e de abate de animais, a apresentação de documentos sanitários e do Certificado de Inspeção Sanitária CIS modelo E ou documento similar substituto.

Trata-se de documento emitido pela ADAB e demais entidades estaduais de defesa agropecuária, a partir de seus escritórios, ou pelo próprio produtor através de seu cadastro, ou ainda por médicos veterinários credenciados, operacionalizado por sistema, o mesmo onde são armazenados todos os demais dados dos criadores de animais, como destacado acima.

Em termos de regulamentação das GTAs, pode-se mencionar a Instrução Normativa nº 19/2011 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA; o Manual de Procedimentos para o Trânsito de Bovinos e Bubalinos, de 4/8/2020, também do MAPA; a Portaria ADAB nº 176/2014; e a Portaria ADAB nº 2011/2015.

Para os fins ora propostos, da indicada regulamentação, destaca-se o conteúdo do art. 1º, §3º, da IN nº 19/2011 do MAPA, o qual determina que a GTA, na sua versão digital (é a regra atual e mais usada), conterá as seguintes informações:

> I - espécie; II - origem (código do estabelecimento, nome do estabelecimento, código da exploração pecuária, CPF/CNPJ do produtor rural, nome do produtor rural, município e Unidade da Federação - UF) III - destino (código do estabelecimento, nome do estabelecimento, código da exploração pecuária, CPF/CNPJ do produtor rural, nome do produtor rural, município e Unidade da Federação - UF); IV - quantidade por sexo e faixa etária, ou categoria, aptidão e produto, quando couber; V - finalidade do trânsito, observações e código de barras; e VI - a identificação do emitente e do local de emissão e as datas de emissão e validade.

O art. 2º da mesma norma diz ainda que "a emissão e impressão da e-GTA deverá ser autorizada com base nos registros sobre o estabelecimento de procedência da carga e no cumprimento das exigências de ordem sanitária estabelecidas para cada espécie", a evidenciar um aspecto fundamental do instrumento GTA no controle sanitário, que é justamente permitir a rastreabilidade dos animais.

Uma vez que as GTAs são documentos emitidos pela Agência (ainda que através do próprio produtor ou médico veterinário autorizado, por meio do sistema), sua emissão caracteriza-se como **atuação administrativa**, atraindo os comandos previstos na Lei nº 12.527/2011 (LAI), derivada do art. 37, §3º, II, da CF/88 ("Art. 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (...) II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII").

Nos termos do art. 6º, I e II, da LAI, "cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, **propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação**; II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; (...)"

O art. 7º da mesma lei dispõe:

> Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:
> I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;
> **II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;**
> [...]
> V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;
> VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e
> **VII - informação relativa:**
> **a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;**
> **b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.**
>
> **[...]**

Dúvidas não restam de que os dados ora tratados (GTAs) referem-se à "informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços" (art. 7º, V, da LAI), e / ou informação relativa "à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos" (art. 7º, VII, "b" da LAI), logo, estão compreendidos no regramento que determina o acesso público às informações.

Entende-se que os dados referentes à atuação da Agência na emissão de GTAs, não obstante, em alguma medida, revelarem também informações patrimoniais de produtores, não podem ser compreendidos como informações pessoais (art. 4º, IV, da Lei nº 12.527/2011), fugindo-se do conceito de cadastro (meio), para alcançar o próprio fim do agir estatal no controle sanitário que, em última análise, importa em ação de controle de saúde pública.

Realmente, tais dados espelham, como já dito, a própria atuação da Agência no que concerne especificamente no controle do trânsito e rastreabilidade de animais, não sendo difícil vislumbrar interesse direto de diversas entidades da sociedade civil organizada ligadas ao agronegócio (como exemplo: sindicatos rurais, associações de criadores, associações de frigoríficos, associações de veterinários, exportadores, etc.), na análise das informações, além de entidades ligadas ao meio ambiente, não obstante a discussão sobre o caráter (primário) ambiental ou não da matéria.

Logo, ausente o status de informação pessoal, bem como qualquer outro indicativo, disposto na LAI, LGPA, ou demais normas regentes, que advogue para a restrição de acesso, os dados relativos à emissão de GTAs pela ADAB e demais

entidades estaduais de defesa agropecuária, reveladores de suas atuações institucionais, devem ser de acesso público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível concluir que:

a) os dados recebidos pela ADAB (entidade estadual de defesa agropecuária), relacionados, em especial, ao licenciamento e registro de pessoas que exploram atividades pecuárias, e atividades correlatas como a quantidade, espécie, sexo, faixa etária e vacinação dos animais, que demonstram, em grande medida, o patrimônio destas pessoas, devem ser protegidas, classificando-se como informações pessoais (art. 4º, IV, da Lei nº 12.527/2011), com fundamento no art. 5º, X, da CF/88, e Lei nº 13.709/2018, tendo acesso restrito, nos termos do art. 31 da Lei nº 12.527/2011, salvo nas exceções previstas no mesmo dispositivo;

b) os dados relativos à emissão de GTAs realizadas pela ADAB (entidade estadual de defesa agropecuária), indicativo da atuação administrativa da instituição, não são classificados como informações pessoais (art. 4º, IV, da Lei nº 12.527/2011), devendo assim ser de acesso público, com fulcro no princípio da publicidade e transparência da Administração Pública, art. 5º, XXXIII, e 37, §3º, II, da CF/88, e artigos 6º, I e II e 7º, V e VII, "a", da Lei nº 12.527/2011.

REFERÊNCIA

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PAPEL DAS *BIG TECHS*

Mariana Mostagi Aranda[1]
Leonardo Navarro Thomaz de Aquino[2]

Submetido em: 05/10/2021
Aceito em: 22/10/2021

RESUMO
Com o advento da "revolução digital", a internet tornou-se um dos principais meios de comunicação e obtenção de informações. Objetiva-se analisar o papel das *big techs*, detentoras das redes sociais, que bloqueiam conteúdo e banem usuários. Considera a hipótese de que tais medidas não estão em consonância com o ordenamento jurídico. Adota-se o método exploratório descritivo, qualitativo com dados secundários. Assim, conclui-se que esse controle realizado pelas redes sociais, bloqueando e suspendendo postagens e usuários, está em desacordo com o ordenamento jurídico vigente, principalmente, ao direito fundamental da liberdade de expressão, essência do estado democrático de direito.

1 INTRODUÇÃO

A última década, palco da chamada "revolução digital", trouxe novas formas de comunicação e interação social, a exemplo das plataformas *Facebook, Google, Instagram, Twitter* e *WhatsApp,* sendo os principais meios utilizados para busca e troca de informações, opiniões e comunicação entre pessoas e instituições no ambiente virtual.

A Internet tem o índice de penetração mais veloz que qualquer outro meio de comunicação na história. Nos EUA, o rádio levou 30 anos para chegar a 60 milhões de pessoas; a TV alcançou esse nível em 15 anos; a Internet o fez em apenas três anos.[3]

Tais plataformas integram grupos de grandes empresas de tecnologia, denominadas *Big Techs*, dominadoras do mercado nos últimos anos, na medida em que seus produtos passaram a fazer parte do dia a dia da sociedade global. Em 2021, a agência global de criação *We Are Social*[4], em parceria com a plataforma de monitoramento e gerenciamento de mídias sociais *Hootsuite*[5], apresentou o relatório de Visão Geral Global Digital[6], demonstrando a existência de 4,20 bilhões de usuários de mídias sociais ao redor do mundo, número equivalente a mais de 53% da população mundial.

1. Mestranda no Programa de Mestrado em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Especialista em Direito Constitucional pela Anhanguera. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora e Advogada. E-mail: mariarandamari@gmail.com. ORCID - 0000-0003-0344-5614.

2. Especialista em Direito Empresarial e Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade do Norte do Paraná. Procurador do Estado de Santa Catarina. E-mail: navarro@pge.sc.gov.br

3. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v.1, p. 439.

4. https://wearesocial.com/

5. https://www.hootsuite.com/

6. https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report

Considerando tais números e as frequentes censuras de postagens, alertas e banimentos de usuários, inclusive de autoridades e órgãos públicos, surge a preocupação de como esse controle é realizado e o questionamento sobre a legitimidade das plataformas em fazê-lo, sobretudo, quando atacado o próprio conteúdo da mensagem.

Como exemplo, em janeiro de 2021, a rede social *Twitter,* "suspendeu permanentemente" a conta do ex-presidente dos Estados Unidos da América, Donald John Trump, em razão do teor de suas postagens, interpretadas pela plataforma como incitadoras de violência.[7] De forma semelhante e recorrente, várias plataformas removem ou editam com alertas as postagens realizadas pelo atual presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro[8], bem como do Ministério da Saúde[9], sob o argumento de propagação de notícias supostamente falsas relacionadas à prevenção e tratamento da COVID-19. Em 2019, o humorista Danilo Gentili foi suspenso do *Facebook* por, supostamente, ter violado os "padrões da comunidade" em uma postagem do ano de 2016[10].

Dentro deste contexto, esta pesquisa foi elaborada com a seguinte problemática: as *Big Techs*, detentoras das redes sociais, ao bloquear, editar postagens e banir usuários, atuam em consonância com o ordenamento jurídico, em especial, ao direito fundamental da liberdade de expressão e com o estado democrático de direito?

O objetivo da pesquisa é avaliar se a forma que o controle realizado por essas grandes empresas, ao bloquear ou editar postagens e banir usuários, está em consonância com o ordenamento jurídico, sobretudo, com a liberdade de expressão e a democracia.

Como hipótese inicial, levando-se em consideração os dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema, refletidas nos casos práticos que dão sustentação ao presente estudo, percebe-se que as *Big Techs* exercem controle arbitrário sobre o que é divulgado em suas plataformas, fundamentado em análises unilaterais sobre as supostas violações a "padrões de comunidade" e "políticas de uso".

Para tanto, adota-se o método exploratório descritivo, qualitativo com dados secundários, quais sejam notícias, artigos científicos, doutrinas e legislações.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

A liberdade de expressão e comunicação configura-se um Direito Fundamental garantido internacionalmanete por tratados e convenções de direitos humanos, bem como as constituições que regem as democracias atuais.

Para um conceito de liberdade de expressão, inicia-se com a análise do artigo XX da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ratificada pelo Brasil, segundo o qual "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

7. https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension

8. https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/03/30/facebook-e-instagram-removem-video-de-jair-bolsonaro-por-violacao-de-regras.ghtml

9. https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/01/16/twitter-faz-alerta-em-post-do-ministerio-da-saude-de-informacao-enganosa.ghtml

10. https://istoe.com.br/danilo-gentili-e-suspenso-temporariamente-do-facebook-por-publicacao-de-2016/

O dispositivo explica que a liberdade de expressão compreende a de expressão em sentido estrito e a liberdade de informação. A liberdade de expressão em sentido estrito é o direito das pessoas se expressarem livremente, divulgar pensamentos e opiniões de qualquer natureza sob qualquer forma. Enquanto a liberdade de informação e comunicação é o direito de conhecer e publicar fatos conhecidos, dados, notícias e informações sobre o cotidiano de pessoas e comunidades nacionais e internacionais.[11]

Nesse sentido, a liberdade de expressão foi consagrada no artigo 19.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Nacional Geral das Nações Unidas, de 19 de dezembro de 1996, que estabelece:

> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
>
> 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Na mesma direção, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 10.1:

> Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

A Corte Europeia de Direitos Humanos[12], inclusive, afirma que a liberdade de expressão constitui um dos pilares essenciais de qualquer sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Sem prejuízo do disposto[13] no n.º 2 do artigo 10º, a liberdade de expressão vale não só para as informações ou ideias acolhidas com favor ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que ferem, chocam ou inquietam. Assim o exigem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe sociedade democrática.

Conforme Edilsom Pereira de Farias:

> A liberdade de expressão e comunicação alude a um direito fundamental de dimensão subjetiva, garantia da autonomia pessoal e institucional, garantia da formação da opinião pública, da participação ativa de todos no debate público, do pluralismo político e do bom funcionamento da democracia assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão, bem como na faculdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações. Desta forma, para a concretização de uma socieda-

11. RIGAMONTE, Paulo Arthur Germano. SILVEIRA, Daniel Barile da Silveira. **Liberdade de expressão e humor:** O exercício livre da comédia e a escalada judicial de processos na visão do STF. Curitiba: Juruá, 2018, p. 21.

12. ECHR, Caso Alves da Silva v. Portugal, Queixa 41.665/2007, J. 20 de outubro de 2009

13. 10.2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

> de democrática autêntica e a preservação da dignidade da pessoa humana é necessário assegurar a livre expressão do pensamento e a ampla comunicação das informações.[14]

Com efeito, a ordem constitucional brasileira adota parâmetros jurídicos semelhantes aos traçados pela comunidade internacional, assegurando a liberdade de expressão. Destaca-se a ênfase dada ao fato de que a República Federativa do Brasil se rege pelo Princípio da Democracia, intimamente ligado à liberdade de expressão quando esta atua guarnecendo o regime democrático e seus fundamentos.[15]

A Magna Carta protege expressamente a liberdade de manifestação do pensamento, acesso à informação e comunicação, vedando qualquer tipo de censura de natureza política, ideológica ou artística. (art. 5º, incisos IV, IX e XIV e art. 220 da CF)

José Afonso da Silva[16] trata a liberdade de opinião como a liberdade primária de expressão, aquela que o indivíduo adota a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de uma posição pública; liberdade de pensar e de dizer o que se crê verdadeiro.

Nesse sentido, Thomas Emerson ensina:

> Muitos dos mais significativos avanços no conhecimento humano, de Copérnico à Einstein, resultaram de suposições desafiadoras até então inquestionáveis. Nenhuma opinião está imune de contestação. O processo também se aplica independentemente de quão falsa ou perniciosa a nova opinião parece ser. Pois a opinião não aceita pode ser verdadeira ou parcialmente verdadeira. E não há como suprimir o falso sem suprimir o verdadeiro. Além disso, mesmo que a nova opinião seja totalmente falsa, sua apresentação e discussão aberta servem a um propósito social vital. Isso obriga a repensar e retestar a opinião aceita. Isso resulta em uma compreensão mais profunda das razões para manter a opinião e uma apreciação mais completa de seu significado.[17]

Portanto, a liberdade expressão é substancial para a formação da opinião pública, para que as pessoas potencializem seus ideais de maneira plena e tenham conhecimento sobre as decisões dos seus representantes.

Uma das mais evidentes razões de proteção da liberdade de expressão consiste em promover o funcionamento do modelo democrático de governo.

Nas palavras de João dos Passos Martins Neto:

> A liberdade de expressão cumpre funções cruciais ao permitir que os eleitores façam escolhas informadas a partir de ampla discussão entre candidatos; que as autoridades públicas sejam submetidas a críticas que possam levar a sua substituição, que o abuso de poder e os atos de corrupção sejam denunciados ou prevenidos; que aspirações contraditórias na comunidade sejam identificadas e os respectivos interesses acomodados em favor da estabilidade social, que indivíduos e minorias, à medida que podem abertamente dissentir, aliviem frustações e não precisem recorrer a violência para alcançar o poder, combater ações do governo ou obter atenção para pretensões reformistas; que melhores deliberações sejam tomadas com a audiência de todos os lados do debate.[18]

14. FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. p. 290. 2001p. 45. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 abr. 2021.

15. SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 498.

16. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 241.

17. EMERSON, Thomas I. Toward a General Theory of the First Amendment. Series Paper 2796, Faculty Scholarship Series: 1963, p. 882.

18. MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 49.

Com o advento da chamada "revolução digital", a internet tornou-se um dos principais meios de comunicação e obtenção de informações. Assim, o uso da internet, no Brasil é disciplinado pela *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada "*Marco Civil da Internet – MCI". A referida lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres e traz como principal fundamento o respeito à liberdade de expressão e outros como proteção aos direitos humanos, desenvolvimento da personalidade, exercício da cidadania, pluralidade e diversidade. (art. 2º)

Dentre os princípios pertinentes ao presente estudo, destacam-se a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação ao pensamento, ressalvando tratar-se de rol exemplificativo, referindo-se, expressamente a vários outros princípios relativos à matéria, inclusive em tratados internacionais. (art. 3º)

A referida lei estabelece que o uso da internet no Brasil tem como objetivo a promoção do acesso à internet a todas as pessoas, bem como garantia de acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos. (art. 4°). Também determina a lei, que "a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet". (art. 8º)

Ressalta-se que todas as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, internas ou externas, sujeitam-se às normas do MCI, lhe sendo asseguradas as garantias acima mencionadas, não podendo sofrer censura, de qualquer origem. Por outro lado, a lei também impõe diversos deveres, sobretudo, em relação à prestação dos serviços, privacidade, guarda e sigilo de dados.

A preocupação constitucional com a censura é explicável pelo fato de esta ter sido, com frequência, usada como instrumento de repressão política e ideológica durante vários períodos históricos anteriores à promulgação da Carta Federal de 1988. Pessoas e grupos sociais eram reprimidos e censurados porque ostentavam concepções políticas e ideológicas diversas daqueles que estavam no poder.[19]

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

> A Constituição brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. [...]. Nesta nova ordem, a garantia da liberdade de expressão, em suas múltiplas formas, foi uma preocupação constante do constituinte, que a ela dedicou um conjunto amplo de dispositivos, alguns deles superpostos. Rejeitava-se, da forma mais explícita possível, o modelo anterior [...]. É possível constatar que vige no País ampla liberdade de expressão, estando proibida a censura sob qualquer forma.[20]

A Internet não é imune à incidência de normas constitucionais que estabelecem, claramente, a proteção da liberdade de expressão, mas também, e em igual medida, de outros direitos fundamentais, tais como intimidade, vida privada, honra e imagem. A rigor,

19. FARIAS, *op. cit.*

20. BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988**. *In*: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 354.

nenhum direito fundamental é absoluto e, em caso de conflito, é necessária a aplicação da ponderação e princípio da proporcionalidade.[21]

Contudo, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que a liberdade de expressão e comunicação gozam de uma posição privilegiada no ordenamento constitucional. (ADPF n.º e 130[22] e na ADI n.° 2.404[23])

Nestes julgados, a Suprema Corte estabeleceu a posição preferencial da liberdade de expressão em eventuais conflitos com direitos fundamentais com ela colidentes e a vedação de qualquer forma de censura, inclusive judicial, de natureza política, ideológica e artística, nos termos do art. 220, § 2º, da CF. Caso haja abusos na liberdade de expressão, nosso ordenamento jurídico contempla o direito de resposta e as e as responsabilizações civis, penais e administrativas posteriores à lesão.

Desta forma, a liberdade de expressão é peça fundamental em qualquer regime democrático de direito, permitindo que a vontade coletiva seja formada por meio de confronto de ideias difundidas por todos os cidadãos.

3 *BIG TECHS*, REDES SOCIAIS E FACEBOOK

Em virtude da quantidade de redes e comunidades sociais existentes, delimita-se o escopo deste artigo apenas às maiores e mais conhecidas, no caso, as integrantes do grupo *Facebook Inc.*

A referida empresa, controladora das plataformas *Facebook, Instagram* e *Whatsapp*, é o maior conglomerado de redes sociais da internet, alcançando, no primeiro semestre de 2021, 12,85 bilhões de usuários ativos.[24] Atualmente, é um dos meios mais utilizados entre aqueles que acessam a internet para se conectarem com outras pessoas e buscar informações.

De acordo com recente análise de marcas elaborada pela *Brand Finance Global 500 2021 Ranking*[25], a empresa *Facebook Inc.* está entre as mais valiosas do mundo*, ocupando o sétimo lugar do ranking de valor de mercado, estimado em 81,4 bilhões de dólares americanos.*

Esta rede social tem em sua essência uma "curadoria de conteúdo" que customiza o conteúdo a ser exibido ao usuário através de filtragem algorítmica, que opera pelo binômio visível/invisível. Vale ressaltar que algoritmos nunca são neutros, ou seja, determinam entre a torrente interminável de conteúdos publicados, quais serão aqueles que serão exibidos para cada usuário, inclusive, em qual ordem ou com qual destaque.[26]

O algoritmo é um procedimento criado para cumprir uma tarefa específica. Desta forma, o *Facebook*, através do seu algoritmo, promove maior ou menor visibilidade a determinados conteúdos, ampliando ou reduzindo o alcance, podendo chegar a praticamente ocultar, o que entende por indesejável.

21. SCHEREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **DIREITO E MÍDIA:** tecnologia e liberdade de expressão. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 8-9.

22. https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259339

23. https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259339

24. https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/

25. https://brandirectory.com/rankings/global/table

26. NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais:** o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 66.

Essa descrição de nova governança privada de discursos pelas redes sociais traz novas lógicas, processos, dinâmicas e, literalmente, novas engenharias, que impactam diretamente a liberdade de expressão na internet para centenas de milhões ou bilhões de usuários.[27]

De acordo com Galloway:

> Nenhuma outra empresa de mídia da história conseguiu combinar a escala do Facebook com sua capacidade de se direcionar a indivíduos específicos [...] O Facebook coleta dados sobre o comportamento vinculado à identidade de seus usuários e possibilita aos anunciantes se direcionar a um indivíduo. [...] Com seu aplicativo de celular, hoje o Facebook é o maior vendedor de publicidade (*display advertising*) do mundo.[28]

Além do mais, as grandes redes, detentoras de uma quantidade infindável de dados pessoais, com auxílio de algoritmos, podem influenciar coletivamente ou individualmente, sobrepondo-se a desenvolvimento de valores, descobrimento de emoções e, inclusive, conduzindo comportamento social, político e eleitoral, conforme o caso da utilização de *bots* em 2016 na campanha para o referendo sobre a retirada do Reino Unido da União Europeia.

Evgeny Morozov[29] aponta que plataformas digitais são cada vez mais percebidas como um bloco poderoso, com interesses mercantis ocultos, lobistas e projetos de dominação do mundo.

Segundo Owen Fiss, "os ricos podem, por exemplo, dominar o espaço de propaganda de tal modo na mídia e em outros domínios públicos que o público irá, na verdade, ouvir apenas as suas mensagens; em consequência, a voz dos menos abastados pode simplesmente ser abafada".[30]

*No Brasil, redes sociais como Facebook, Instagram e Whatsapp sujeitam-se à legislação específica da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada "*Marco Civil da Internet – MCI" que estabelece a atividade por elas desenvolvida como mera intermediação, afastando a responsabilização civil das plataformas por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Ao se cadastrarem nestas redes sociais, de uso gratuito, os usuários obrigatoriamente precisam concordar com "Termos de Uso"[31] e "Termos de Serviço"[32]/[33], devendo observar "Padrões de Comunidade" e "Políticas de Uso".

Com a concordância expressa ao contrato de adesão, seu conteúdo torna-se lei entre as partes, obrigando o usuário e o fornecedor à observância de todos os seus termos.

Nas plataformas *Facebook* e *Instagram*, os termos de uso autorizam a "remoção de conteúdo e desativação ou encerramento de sua conta" se a empresa acreditar que de-

27. *Ibidem*, p. 72.
28. GALLOWAY, Scott. **Os Quatro**: Apple, Amazon, Facebook e Google. Trad.: Cristina Yamagami. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 98.
29. MOROZOV, E. **Big Tech**: a ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu, 2018, p. 7.
30. Citado por MARTINS NETO, *op. cit*., p. 50
31. https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511/?helpref=hc_fnav
32. https://www.facebook.com/legal/terms/update
33. https://www.whatsapp.com/legal/terms-of-service/?lang=pt_br

terminado conteúdo viola "Diretrizes da Comunidade" e "Políticas de Uso", ou quando estiver autorizado ou obrigado por lei a assim proceder.[34]

As atividades e condutas comumente consideradas impróprias incluem, dentre outras, discursos de ódio, discriminação, *bullying*, assédio e desinformação que contribuam para o risco de violência iminente ou dano físico. Recentemente, mensagens relacionadas à COVID-19 como tratamentos, vacinas, medicamentos, efeitos colaterais, dentre outros, passaram a integrar o rol de condutas sensíveis às plataformas mencionadas[35]/[36].

Com base em diversas diretrizes, objeto de referência dos contratos de adesão para uso, estas plataformas alegam reservarem-se no direito de remover certos conteúdos, inclusive desativar, encerrar contas e orientar politicamente[37], quando entender por necessário.

Neste sentido, Marvin Ammori, destaca:

> Advogados nas empresas privadas de tecnologia possuem um enorme impacto na liberdade de expressão global, ao adotarem políticas aplicáveis para seus milhões de usuários – mais significativamente os 'termos de uso'. A redação dessas políticas costuma assumir uma forma similar a das regras jurídicas tradicionais [e.g leis e regulamentos administrativos]; dentro do 'Facebooquistão' e da Twitterlândia, [aliás], possuem praticamente a mesma validade.[38]

Nota-se uma incongruência na medida em que tais plataformas, com status de intermediários entre os usuários, unilateralmente, editam e excluem postagens e usuários.

Outrossim, inexistem limites objetivos daquilo que se pode considerar violação de termos de uso, desinformação, difamatório ou discriminatório, orientações políticas, dentre outras definições imprecisas.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO X REDES SOCIAIS

Na medida em que as empresas do grupo *Facebook Inc*. são as plataformas mais utilizadas do mundo, o seu uso para obtenção de informações e comunicação entre pessoas torna-se praticamente essencial.

Como dito anteriormente, a*s redes sociais mencionadas enquadram-se na legislação específica da Lei n. 12.965/2014* com a denominação de "provedores de aplicações de internet". (Art. 5º, VII e Art. 19).

Merece atenção o teor do o Art. 19, *caput*, do MCI:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do

34. LEONARDI, Marcel. **Fundamentos do Direito Digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

35. https://help.instagram.com/477434105621119

36. https://www.facebook.com/communitystandards/coordinating_harm_publicizing_crime

37. "Também forneceremos orientações adicionais sobre políticas, quando adequado, para manter a segurança dos membros da nossa comunidade durante esta crise." https://help.instagram.com/477434105621119

38. No original: First, lawyers at private technology companies have an enormous impact on free expression globally through the policies they adopt for their millions of users — most significantly, terms of use. The terms of these policies often take the form of traditional legal rules and standards; within "Facebookistan" and Twitterland, they have just as much validity. AMMORI, Marvin. The 'New' New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter. Harvard Law Review, v. 127, pp. 2259-2295, 2014, p. 2263. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wpcontent/uploads/2014/06/vol127_Ammori.pdf. Acesso em: 01 jul. 2021.

> prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Destaca-se que, ao tratar da responsabilização civil das redes sociais, o MCI, "com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e a censura", as considera como plataformas intermediárias de comunicação, garantindo-lhes significativa isenção de responsabilidade pelo teor do conteúdo de terceiros.[39] Como se vê apenas na hipótese de recebimento de "ordem judicial específica", as redes sociais (provedores de aplicações de internet) estão autorizadas e obrigadas a "tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente".

Referida lei, em seu art. 21, permite a exclusão extrajudicial de conteúdo pela própria rede social somente quando se tratar de cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado.

O MCI elenca, em diversos momentos, como fundamentos, princípios e garantias dos usuários, a liberdade de expressão, manifestação do pensamento e vedação à censura (arts. 2º, 3º, 8º e 19).

Desta forma, salvo a exceção contida no art. 21, não há disposição legal que permita às redes sociais a exclusão ou edição de conteúdo sem prévia autorização judicial, sendo inadmissível que "termos de uso" e "políticas da comunidade" sobressaiam-se sobre o ordenamento jurídico.

Nesse contexto Schereiber adverte:

> Se uma decisão judicial que ordena a retirada de certo conteúdo de uma rede social devesse ser tratada como censura, o que se deveria dizer da ação da própria sociedade empresária gestora de rede social que suprime certo conteúdo publicado por um usuário com base em regras ou termos de uso criados por si própria? Uma decisão judicial, ao menos em tese, precisa estar amparada em normas jurídicas, emitidas democraticamente e ser fundamentada em razões jurídicas controláveis por diferentes graus de jurisdição a que se pode recorrer, no âmbito de procedimentos que asseguram à vítima a ampla defesa e o contraditório, enquanto a supressão de conteúdo promovido por uma companhia privada em um universo que fosse eventualmente imune ao direito estaria baseada somente em suas regras internas, cuja emissão não é necessariamente democrática ou aberta a participação dos usuários.[40]

Para exemplificar a atuação arbitrária das redes sociais, destaca-se o ocorrido em 2018, quando o pré-candidato à campanha presidencial, Geraldo Alckmin, ingressou com uma ação judicial[41] contra o *Facebook*, requerendo, em caráter liminar, a retirada de um vídeo da mencionada rede social e a identificação do responsável pela postagem, visando uma eventual indenização por danos a imagem e a honra. O referido vídeo continha montagens que, supostamente, identificavam o pré-candidato como apoiador do movimento LGBT. A liminar requerida foi negada em primeira instância, pois a juíza considerou que "somente em situações excepcionais poderia haver a retirada do conteúdo do ar, sob pena de ofensa aos princípios democráticos e caracterização de censura".

Mesmo diante de um claro posicionamento do judiciário sobre o caso concreto, ainda assim, o *Facebook*, por conta própria, excluiu o vídeo ar, sob o fundamento que o material violava seus "termos de uso".

39. LEONARDI, *op cit.*, p. 85.

40. SCHEREIBER; MORAES; TEFFÉ, *op. cit.*, p. 3.

41. Tribunal de Justiça de São Paulo, processo n.º 1017321-95.20118.8.26.0010, 38º Vara Cível da Capital

Tal conduta, além de colidir com a decisão judicial proferida, também conflita com o estabelecido MCI, evidenciando que o *Facebook* age ativamente através de seus "termos de uso", decidindo unilateralmente quais conteúdos podem ou não circular no debate público, inclusive, no político e no eleitoral.

A comunicação nas redes sociais é uma atividade social que envolve intercâmbio, dar e receber. Os papéis de leitor e escritor, produtor e consumidor da informação frequentemente se fundem.[42] Tendo em vista que as plataformas removem conteúdos e suspendem usuários, além de orientarem "politicamente" quando entendem necessário, estas, em verdade, deixam de ser meras intermediárias e tornam-se editoras, já que escolhem quem pode usar os seus serviços e de que modo.

Nesse sentido, Wilson Gomes[43] aponta alguns questionamentos para reflexão acerca da censura na internet. São eles quem garantem que o julgamento do censor seria melhor do que o julgamento dos que pensassem e sustentassem o que este considerasse indevido; assim, chega-se a um consenso sobre o que é indevido, inadequado, indecente ou prejudicial; permitir atos de censura prévia no caso da opinião publicada na internet não seria permitir a volta da censura prévia em geral; como garantir que a autoridade não ultrapasse para o controle de todos tipos de materiais a serviço de governos nacionais ou de interesses comerciais e de grandes corporações e, por último, se não seria melhor aceitar as ofensas de opiniões desagradáveis a renunciar os valores democráticos.

Sobre o assunto, destaca-se pertinente julgado do Superior Tribunal de Justiça[44]:

> No entanto, movido por uma séria de preocupações, o Marco Civil da Internet expressamente adota a segunda vertente, determinando a responsabilidade do provedor de aplicação somente em caso de descumprimento de ordem judicial, conforme disposto no art. 19, *caput*, da mencionada lei. [...]
>
> Entre as preocupações que levaram o legislador pátrio a adotar esse posicionamento normativo, conforme apontado pela doutrina estão: (i) o perigo do alto empoderamento dos provedores de aplicação ao decidir entre o que permanece on-line e o que é retirado; (ii) evitar a intensa subjetividade dos critérios que podem ser utilizados para a retirada de um conteúdo supostamente ofensivo da internet, deixando-se que o Poder Judiciário, a partir de um conjunto de casos julgados, decida o que é ofensivo em concreto; e (iii) afastar o risco de diminuição do grau de inovação da internet que poderia ser causado por um aumento na insegurança jurídica daqueles que atuam neste ambiente.

Considerando as disposições legais e doutrinárias antes mencionadas, aliado à análise dos casos exemplificados no decorrer deste artigo, conclui-se que as *Big Techs* não dispõem de autorização legal para exercerem controle extrajudicial, fundado em análises unilaterais e arbitrárias sobre as supostas violações a "padrões de comunidade" e "políticas de uso". Quando assim o fazem, agem de forma ilegal, violando nitidamente a garantia de liberdade de expressão dos usuários, direito constitucionalmente assegurado.

42. MARTINS NETO, *op. cit.*

43. GOMES, Wilson. Opinião política na internet: uma abordagem ética das questões relativas a censura e liberdade de expressão na comunicação em rede. **Brasília: X Compós**. 2001. Disponível em: https://www.facom.ufba.br/etica/txts/opiniaopolitica.pdf. Acesso em: 01 mai. 2021.

44. STJ - 3a Turma - - REsp n. 1.629.255-MG - Min. Rel. NANCY ANDRIGHI - julgado em 22.08.2017

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da "revolução digital", as redes sociais, o *Facebook, o Google,* o *Instagram,* o *Twitter,* dentre outras, são os principais meios usados para busca e troca de informações e opiniões entre pessoas e instituições no ambiente virtual.

O MCI estabelece a atividade desenvolvida pelas plataformas como mera intermediação e estabelece que as plataformas somente poderão ser responsabilizadas civilmente se intimadas por ordem judicial específica e não adotarem providências em relação ao conteúdo gerado por terceiro.

Referida lei, com exceção para casos de cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, não conferiu poder para as plataformas promoverem a remoção extrajudicial de conteúdo publicado por terceiros, inclusive, garantem de forma expressa a liberdade de expressão, manifestação do pensamento e a proibição da censura. Na prática, porém, as redes sociais utilizam-se do seu alto empoderamento para exercer censura, muitas vezes de forma velada através do impulsionamento de determinados conteúdos e usuários e, por outro lado, restringem o alcance do que não lhes é conveniente.

Ademais, ainda que tais políticas sejam formalmente divulgadas, não há clareza se os critérios utilizados pelas empresas se sobressaem à predileção por determinada orientação social ou política, importando mais "quem diz" ao "o que é dito".

Por meio de tal recurso, as *Big Techs* por trás das plataformas de comunicação que alcançam bilhões de pessoas, ditam o que é ou o que não é certo, com verdadeiro potencial de moldar a sociedade global de acordo com os ideais de seus principais acionistas magnatas.

Os empresários por trás das *Big Techs*, certamente, não são representantes do povo e sequer disputaram algum sufrágio. Ao contrário, vários usuários censurados, não raramente, exercem funções públicas, prejudicando a propagação de ideias e ações governamentais destes representantes populares democraticamente eleitos.

Essas grandes empresas, com seu poder tecnológico, econômico e social, podem interferir em resultados de eleições, incitar movimentos revolucionários e, ainda, ditar normas sociais.

Conclui-se que esse controle realizado pelas redes sociais, censurando postagens e usuários, está em desacordo com o MCI, em especial ao direito fundamental da liberdade de expressão, essência do Estado democrático de direito e garantidor do pluralismo democrático.

Não se defende aqui que a internet seja um ambiente desregulado e sem limites, tampouco, que a liberdade de expressão seja absoluta. O que se defende é uma pluralidade de discursos, equidade, transparência e contraditório, começando pelos critérios de moderação, sem filtros ideológicos ou políticos, muito menos posturas duplas, em que certas manifestações são mantidas e outras semelhantes são excluídas, dependendo exclusivamente de quem é o usuário ou o criticado.

Ademais, quaisquer que sejam os abusos cometidos, os autores devem ser responsabilizados civil e penalmente de acordo com a legislação pertinente.

REFERÊNCIAS

AMMORI, Marvin. The 'New' New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter. Harvard Law Review, v. 127, pp. 2259-2295, 2014. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wpcontent/uploads/2014/06/vol127_Ammori.pdf. Acesso em: 01 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988**. In Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v.1.

EMERSON, Thomas I. Toward a General Theory of the First Amendment. Series Paper 2796, Faculty Scholarship Series: 1963.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. p. 290. 2001. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 abr. 2021.

GALLOWAY, Scott. **Os Quatro**: Apple, Amazon, Facebook e Google. Trad.: Cristina Yamagami. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019

GOMES, Wilson. Opinião política na internet: uma abordagem ética das questões relativas a censura e liberdade de expressão na comunicação em rede. **Brasília: X Compós**. 2001. Disponível em: https://www.facom.ufba.br/etica/txts/opiniaopolitica.pdf. Acesso em: 01 mai. 2021.

HOFFMANN RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**: transformação digital: desafios para o direito. Trad.: Ítalo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

LEONARDI, Marcel. **Fundamentos do Direito Digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil,

2019.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MOROZOV, E. **Big Tech**: a ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu, 2018.

NITRINI, Rodrigo Vidal. **Liberdade de expressão nas redes sociais:** o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

RIGAMONTE, Paulo Arthur Germano. SILVEIRA, Daniel Barile da Silveira. **Liberdade de expressão e humor:** O exercício livre da comédia e a escalada judicial de processos na visão do STF. Curitiba: Juruá, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018

SCHEREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de - **DIREITO E MÍDIA:** tecnologia e liberdade de expressão. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

O CABIMENTO DO AGRAVO DE PETIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE NÃO CONHECE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU A REJEITA QUANDO JÁ ENCERRADA A OPORTUNIDADE PROCESSUAL PARA EMBARGOS À EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Mário Sérgio Simas[1]

Submetido em: 04/10/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
O presente artigo trata do (in)cabimento do Agravo de Petição contra decisão que não conhece de Exceção de Pré-executividade ou a rejeita quando já encerrada a oportunidade processual para Embargos à Execução no Processo do Trabalho. Busca examinar se referida decisão, de acordo com a Constituição, as Leis Infraconstitucionais, a Doutrina e a Jurisprudência, pode ser impugnada por Agravo de Petição.Conclui que cabe referida modalidade recursal na situação mencionada. Apresenta compreensão de que entendimento contrário violaria o conteúdo normativo dos arts. 897, *a*, e 893, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, e conflitaria com o art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil. O método de investigação utilizado foi o indutivo. Aplicou-se a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa a analisar o (in)cabimento de Agravo de Petição contra decisão que não conhece de Exceção de Pré-executividade ou a rejeita quando já encerrada a oportunidade processual para Embargos à Execução no Processo do Trabalho.

No estudo, trata-se da Exceção de Pré-executividade no Processo do Trabalho, da natureza da decisão judicial que a examina e, posteriormente, do objeto específico da pesquisa.

Procura-se responder à seguinte questão: cabe Agravo de Petição contra decisão que não conhece de Exceção de Pré-executividade ou a rejeita quando já encerrada a oportunidade processual para Embargos à Execução no Processo do Trabalho?

Parte-se da hipótese de que o referido recurso é cabível na mencionada situação.

O estudo não objetiva apresentar e não apresenta conclusão sobre qualquer outra questão a não ser o seu objeto específico anteriormente descrito.

No item 1, toma-se como ponto de partida um conceito de Exceção de Pré-executividade, abordam-se algumas de suas características e a sua aplicabilidade no Processo do Trabalho.

1. Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Florianópolis/SC, Brasil. Procurador do Estado de Santa Catarina. E-mail: simasmario@gmail.com

No item 2, analisa-se a natureza jurídica da decisão que julga a Exceção de Pré-executividade no âmbito do Processo Trabalhista, mais especificamente se se trata de despacho, decisão interlocutória ou sentença.

No item 3, examina-se o (in)cabimento do Agravo de Petição contra decisão que não conhece de Exceção de Pré-executividade ou a rejeita quando já encerrada a oportunidade processual para Embargos à Execução.

Este artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados do estudo realizado.

O método de investigação utilizado foi o indutivo. Aplicou-se a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

2 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, ALGUMAS DE SUAS CARACTERÍSTICAS E SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO

O objeto central deste estudo não é a Exceção de Pré-executividade, mas o cabimento do Agravo de Petição contra decisão que não conhece de Exceção de Pré-executividade ou a rejeita quando já encerrada a oportunidade processual para Embargos à Execução.

Em razão disso, este artigo não tratará da terminologia mais precisa –exceção ou objeção, pré-executividade ou não-executividade – tampouco sobre as divergências doutrinárias ou jurisprudenciais existentes sobre as características dessa modalidade de defesa ou outros assuntos que não sejam essenciais para a abordagem específica do tema.

Nesse sentido, tomam-se como ponto de partida as seguintes considerações de Fernandes, Andrade e Gouveia[2]:

> A exceção de pré-executividade é um meio de defesa quem vem sendo **admitido**, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, no âmbito do processo trabalhista.
>
> São passíveis de alegação em exceção de pré-executividade, de acordo com o entendimento majoritário, as **matérias de ordem pública** e **matérias que não necessitem de dilação probatória.**
>
> (grifos no original)

Complementa-se com o seguinte entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[3]:

> A exceção de pré-executividade (objeção de não executividade) é cabível em qualquer tempo e grau de jurisdição, quando a matéria nela invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

E acrescenta-se que a aplicabilidade na esfera do Processo do Trabalho é corroborada pelo texto da Súmula 397 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), do qual se extrai[4]:

2. FERNANDES, Felipe; ANDRADE, Gustavo; GOUVEIA, Raquel. **Direito e processo do trabalho para a advocacia pública**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 789.

3. STJ, AgRg no AREsp 647.896/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=647896&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 26/9/2021.

4. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-397. Acesso em: 25/9/2021.

Súmula nº 397 do TST

AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, IV, DO CPC DE 2015. ART. 485, IV, DO CPC DE 1973. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. OFENSA À COISA JULGADA EMANADA DE SENTENÇA NORMATIVA MODIFICADA EM GRAU DE RECURSO. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA. (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016

Não procede ação rescisória calcada em ofensa à coisa julgada perpetrada por decisão proferida em ação de cumprimento, em face de a sentença normativa, na qual se louvava, ter sido modificada em grau de recurso, porque em dissídio coletivo somente se consubstancia coisa julgada formal. Assim, os meios processuais aptos a atacarem a execução da cláusula reformada são a exceção de pré-executividade e o mandado de segurança, no caso de descumprimento do art. 514 do CPC de 2015 (art. 572 do CPC de 1973). (ex-OJ nº 116 da SBDI-2 - DJ 11.08.2003). (Destaques no original)

Em síntese, com base nas referências acima expostas, neste estudo a Exceção de Pré-executividade será tratada como um meio de defesa utilizado em sede de execução, admitido pela doutrina e pela jurisprudência no Processo do Trabalho, em que podem ser alegadas matérias de ordem pública e temas que não dependam de dilação probatória, cuja apresentação é possível realizar a qualquer tempo quando a matéria é passível de conhecimento de ofício pelo juízo.

3 NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE JULGA A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO

Pode-se depreender do que escrito por Schiavi[5] que se aplicam no Processo do Trabalho os conceitos de sentença, decisão interlocutória e despacho previstos no art. 203, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil (CPC).

O texto legal referido estabelece[6]:

> Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
> § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.
> § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.
> § 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

A diferença entre os mencionados atos judiciais pode ser bem compreendida com as seguintes palavras de Schiavi[7]:

> [...] decisão interlocutória é a proferida no curso do processo, que resolve questão incidente, causando gravame a uma ou a ambas as partes, sem pôr fim ao processo. O que diferencia a decisão interlocutória do despacho é a lesividade da decisão que se encontra ausente no despacho.
> [...] as decisões interlocutórias podem ter o conteúdo dos arts. 485 e 487, distinguindo-se das sentenças, no aspecto da finalidade do ato. As decisões interlocutórias não encerram o processo ou a fase de conhecimento; já as sentenças têm o condão de encerrar o processo ou a fase de conhecimento.

5. SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2020. p. 870, 953 e 962.
6. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26/9/2021.
7. SCHIAVI, *op. cit.*, p. 953-954.

Observa-se, assim, que sentença é a decisão que, com fundamento nos arts. 485 e 487 do CPC, encerra o processo ou uma fase processual. Decisão interlocutória é o pronunciamento do juiz capaz de causar prejuízo a alguma das partes sem encerrar o processo ou fase processual. Despacho é o ato do juiz que não se enquadra nos conceitos de sentença e de decisão interlocutória – em termos mais simples, é o pronunciamento do magistrado que não tem o condão de causar prejuízo a qualquer das partes.

Do que acima dito pode-se concluir que a decisão que julga Exceção de Pré-executividade pode ter natureza de decisão interlocutória ou de sentença. Não pode ser um despacho, porque, ao julgar a defesa apresentada, causará prejuízo a alguma ou algumas das partes da relação processual, já que concluirá favorável ou desfavoravelmente, total ou parcialmente, ao que sustentado pelos polos ativo e passivo da execução.

Deduz-se que, se ao acolher a defesa apresentada pela parte executada, a decisão extinguir a execução, será uma sentença; se dela não conhecer ou se a rejeitar, será uma decisão interlocutória.

Neste artigo, não se tratará da questão de ser interlocutória ou sentença a decisão que acolhe em parte a Exceção de Pré-executividade – ou, na perspectiva da parte recorrente, rejeita-a parcialmente –, baseada na discussão sobre se a extinção parcial da execução confere ou não natureza de sentença ao ato jurisdicional. Isso porque, como se poderá perceber no item seguinte, essa discussão não é essencialmente relevante para o problema analisado neste estudo.

4 O CABIMENTO DO AGRAVO DE PETIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE NÃO CONHECE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU A REJEITA QUANDO JÁ ENCERRADA A OPORTUNIDADE PROCESSUAL PARA EMBARGOS À EXECUÇÃO

Conforme se expôs acima, existem defesas que podem ser feitas na execução por meio a Exceção de Pré-executividade a qualquer tempo e, portanto, também após a oportunidade processual para Embargos à Execução.

Foram tecidas considerações, também, sobre a decisão que julga Exceção de Pré-executividade poder ter natureza de interlocutória ou sentença, a depender da sua conclusão.

Como afirma Garcia[8], "no processo do trabalho, o agravo de petição é o recurso cabível na execução [...]".

Com efeito, o art. 897, *a*, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevê que "cabe agravo [...] de petição, das decisões do Juiz ou Presidente, nas execuções"[9].

Em se tratando de decisão que acolhe a defesa apresentada na Exceção de Pré-executividade e extingue a execução, qualificando-se como sentença, não se identificam discussões relevantes sobre o cabimento do Agravo de Petição. Doutrina[10] e jurisprudência[11] enten-

8. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT comentada**. 7ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 1263.

9. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26/9/2021.

10. Nesse sentido, por exemplo: FERNANDES, Felipe; ANDRADE, Gustavo; GOUVEIA, Raquel. **Direito e processo do trabalho para a advocacia pública**. p. 790; SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. p. 1427; SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **Curso de direito processual do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 721; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1430.

11. Nessa toada, de forma exemplificativa: TRT-2, 10022645120165020318 SP, Relator: IVETE BERNARDES VIEIRA DE SOUZA, Data de Publicação: 10/09/2021. Disponível em: https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1278784408/10022645120165020318-sp. Acesso

dem que cabe Agravo de Petição nessa hipótese, não se tendo encontrado divergência sobre o tema na pesquisa feita durante a realização do presente estudo.

Quando se trada de decisão que rejeita ou não conhece de Exceção de Pré-executividade apresentada antes da oportunidade processual para apresentação de Embargos à Execução, julgados do TST têm manifestado entendimento de que não cabe Agravo de Petição, ao argumento de irrecorribilidade imediata, com fundamento no art. 893, § 1º, da CLT[12], com possibilidade de insurgência em sede de Embargos à Execução e posterior Agravo de Petição contra a decisão que os julgar.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, colhe-se de decisões do referido Tribunal:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO EXECUTADO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. [...] 2. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE PETIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REJEIÇÃO. DECISÃO DE NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. Conforme concluiu o Tribunal Regional, a decisão que rejeita a exceção de pré-executividade ou dela não conhece possui natureza interlocutória e, assim, não é recorrível de imediato, devendo ser atacada por meio de embargos à execução, observada a garantia do juízo, sendo impugnável posteriormente por meio de agravo de petição. [...] Agravo de instrumento conhecido e não provido.[13]
>
> AGRAVO DE PETIÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECORRIBILIDADE. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. [...] 2. O pronunciamento judicial que rejeita a exceção de pré-executividade ostenta natureza jurídica de decisão interlocutória, porquanto não extingue a execução e não obsta a reapreciação da matéria em ulteriores embargos à execução, após seguro o juízo pela penhora. [...] 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.[14]
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO [...]. EXECUÇÃO. RECURSO REGIDO PELO CPC/2015, PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST E PELA LEI Nº 13.467/2017. [...] AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. DECISÃO QUE REJEITA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE IMEDIATA. SÚMULA N° 214 DO TST. No caso, o Regional não conheceu do agravo de petição da executada, com fundamento na Súmula nº 214 do TST e no artigo 893, § 1º, da CLT, uma vez que o apelo foi interposto em face de decisão em que se rejeitou a exceção de pré-executividade. De fato, a decisão em que se rejeita exceção de pré-executividade constitui decisão interlocutória, pois não exaure a prestação jurisdicional, na medida em que a questão pode ser renovada em embargos à execução, sendo, portanto, irrecorrível, conforme teor do § 1º do artigo 893 da CLT e da Súmula nº 214 do Tribunal Superior do Trabalho. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido [...].[15]
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO QUE A REJEITA. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. SÚMULA 214/TST. ÓBICE DO ART. 896, § 2º, DA CLT C/C SÚMULA 266 DO TST. Na hipótese, o Tribunal Regional não

em: 27/9/2021; TRT-1, AP 00215000620075010041 RJ, Relator: Flavio Ernesto Rodrigues Silva, Data de Publicação: 27/05/2021, Disponível em: https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1220084133/agravo-de-peticao-ap-21500062007501004 1-rj/inteiro-teor-1220084143. Acesso em: 27/9/2021.

12. Art. 893 - Das decisões são admissíveis os seguintes recursos:
I - embargos;
II - recurso ordinário;
III - recurso de revista;
IV - agravo.
§ 1º - Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26/9/2021).

13. AIRR-134000-90.1989.5.01.0026, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 28/08/2020, Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/361a684982574ea568f2ec9ea6aa499b. Acesso em: 27/9/2021.

14. AIRR-5361700-17.2002.5.08.0900, 1ª Turma, Relator Ministro Joao Oreste Dalazen, DEJT 12/08/2005. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/8c2f1d6ea8f722b90e8ab73d6b6aa77b. Acesso em: 27/9/2021.

15. AIRR-1000978-54.2015.5.02.0421, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 09/08/2019. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/88d1505f8d48d430563eba706616fc5c. Acesso em: 27/9/2021.

> conheceu do agravo de petição interposto pelo Executado, por entender que a decisão agravada, que não acolheu a exceção de pré-executividade por ele oposta, teria natureza interlocutória, não ensejando, por conseguinte, a interposição imediata de recurso, consoante determina o art. 893, § 1º, da CLT. Sob a ótica do Direito Processual Trabalhista, as decisões interlocutórias, regra geral, só são recorríveis de imediato quando terminativas do feito, porquanto podem ser impugnadas quando da utilização de recurso da decisão definitiva, sem que daí advenha qualquer prejuízo para a parte, uma vez que não ocorre preclusão. Faculta-se, assim, seja impugnada a decisão interlocutória no recurso que couber da decisão final, no caso, da sentença proferida em sede de embargos à execução, opostos somente após a garantia do Juízo. Nesse sentido, há preceito expresso no art. 893, § 1º, da CLT, e na Súmula 214/TST (com exceções ali explicitadas). Da forma como proferida, a decisão regional está em consonância com a Súmula 214/TST, uma vez que não cabe agravo de petição de decisão que rejeita a exceção de pré-executividade, em razão da sua natureza interlocutória. Julgados desta Corte Superior. Nesse contexto, resolvida a controvérsia com base na legislação infraconstitucional, especialmente no art. 893, § 1º, da CLT, não se cogita de afronta direta ao texto constitucional, porquanto eventual ofensa seria apenas reflexa, o que não se coaduna com o caráter extraordinário do recurso de revista. Óbice do art. 896, § 2º, da CLT, c/c a Súmula 266 do TST. Agravo de instrumento desprovido.[16]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE. Sendo certo que as questões suscitadas por intermédio da exceção de pré-executividade poderiam ser defendidas novamente, e que a decisão que a rejeitou não exaure a prestação jurisdicional, possuindo caráter nitidamente interlocutório, aplica-se na hipótese o art. 893, § 1º, da CLT, restando irrecorrível consoante a norma consolidada. Escorreito o acórdão do Tribunal que resolveu, em juízo de admissibilidade, não admitir o Agravo de Petição interposto contra essa decisão. Acertou novamente o Regional quando denegou seguimento ao Recurso de Revista, pois referida decisão também tem natureza interlocutória, atraindo, mais uma vez, a incidência do art. 893, § 1º, da CLT. Não se enquadra na espécie as exceções consignadas na Súmula nº 214 do C. TST. Agravo de Instrumento não provido.[17]

Como se pode observar, não obstante esses julgados entendam pelo não cabimento de Agravo de Petição nessa hipótese e nesse momento processual, registram a possibilidade de reapresentar a matéria em sede de Embargos à Execução e de recorrer contra a respectiva decisão mediante Agravo de Petição. Há, portanto, oportunidade para discutir a questão e posteriormente levá-la à apreciação do segundo grau de jurisdição.

Mas a questão aqui analisada não é essa especificamente. Não é sobre isso que se debruça este estudo. O problema examinado neste artigo circunscreve-se ao (in)cabimento do Agravo de Petição contra decisão que não conhece de Exceção de Pré-executividade ou a rejeita quando já encerrada a oportunidade processual para Embargos à Execução.

Antecipa-se que a resposta a que se chegou foi de que o recurso referido é cabível na situação mencionada. Passa-se a expor os fundamentos dessa conclusão.

O Agravo de Petição, nos termos do art. 897, *a,* da CLT, cabe contra "decisões [...] nas execuções"[18]. A Lei, portanto, não limita o cabimento desse recurso a determinado tipo de decisão, seja sentença ou interlocutória.

16. AIRR-312700-78.1996.5.02.0038, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 23/03/2018. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/4958d6ed99bc5e42d0742af0f62b8431. Acesso em: 30/9/2021.

17. AIRR-1300-78.1997.5.03.0103, 5ª Turma, Relator Desembargador Convocado Jose Rego Junior, DEJT 08/05/2015. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/8195f49e4395d20e5a788e6536fa2773. Acesso em: 30/9/2021.

18. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26/9/2021.

No mesmo sentido, manifestou o Tribunal Superior do Trabalho recentemente no julgamento do TST-ARR-19700-68.1986.5.02.0002[19]:

> Não se pode olvidar que, nos termos do artigo 897, "a", da CLT, caberá agravo de petição contra as decisões do Juiz ou Presidente na fase de execução. Porém, tal preceito não faz nenhuma distinção quanto à sua natureza, seja interlocutória ou terminativa do feito.

Além disso, não se encontra no Direito Processual do Trabalho um dispositivo legal que afirme que as decisões interlocutórias são irrecorríveis de forma absoluta. O que há é a previsão do chamado princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, que pressupõe a possibilidade posterior de insurgência sobre a matéria por via recursal.

> A CLT estabelece em seu art. 893, § 1º[20]:
> Art. 893 - Das decisões são admissíveis os seguintes recursos:
> I - embargos;
> II - recurso ordinário;
> III - recurso de revista;
> IV - agravo.
> § 1º - Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, **admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva**.
> (grifou-se)

Como se pode observar, está consignada a possibilidade de recurso.

Nesse sentido, referido princípio, também chamado de princípio da concentração[21], é muito bem examinado por Cisneiros[22] nas seguintes palavras:

> O princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias tem como premissa a celeridade processual, mas não pode violar o princípio da ampla defesa, consagrado no art. 5º, LV, da CF. O pressuposto para sua incidência é o fato de que será prolatada, depois das decisões interlocutórias, decisão final (definitiva ou terminativa), que desafiará recurso específico, em que o recorrente poderá impugnar, até, aquelas decisões que resolveram incidentes processuais (art. 893, § 1º, da CLT). Sendo assim, caso determinada decisão interlocutória seja proferida sem que exista qualquer possibilidade de futuramente ser prolatada outra decisão considerada definitiva ou terminativa, ela desafiará de imediato o recurso.

Alertam também Pamplona Filho e Souza[23] que "Tal regra [...] não deve ser compreendida enquanto regra de irrecorribilidade das decisões interlocutórias, mas tão somente quanto à inviabilidade do manejo recursal imediatamente, como regra."

No acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho no TST-ARR-19700-68.1986.5.02.0002[24] também se pode observar entendimento de que não é adequado transformar o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias em princípio da irrecorribilidade.

19. ARR-19700-68.1986.5.02.0002, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 15/05/2020. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/9fabd4a7fe9b42ed2314d12bc4883a0d. Acesso em: 29/9/2021.

20. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26/9/2021.

21. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. p. 925.

22. CISNEIROS, Gustavo. **Manual de audiência e prática trabalhista**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 370.

23. PAMPLONA FILHO; Rodolfo; SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 713.

24. ARR-19700-68.1986.5.02.0002, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 15/05/2020. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/9fabd4a7fe9b42ed2314d12bc4883a0d. Acesso em: 29/9/2021.

Em se tratando de decisão que não conhece de Exceção de Pré-Executividade ou a rejeita quando já encerrada a oportunidade processual para Embargos à Execução, não haverá novo pronunciamento judicial posteriormente que trate da mesma questão e seja passível de recurso. Se não se admitir o recurso imediatamente, portanto, o princípio da irrecorribildiade imediata transformar-se-á inadequadamente em princípio da irrecorribilidade.

No TST-ARR-19700-68.1986.5.02.0002[25], já duas vezes citado neste artigo, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu cabível o Agravo de Petição contra decisão que não conhece de Exceção de Pré-executividade ou a rejeita. Apresentam-se de forma grifada, abaixo, alguns de seus argumentos, no que têm pertinência com o objeto deste estudo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. RECURSO INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. [...] RECURSO DE REVISTA. [...] 2. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO QUE REJEITA O INCIDENTE. RECORRIBILIDADE IMEDIATA. PROVIMENTO. No que diz respeito ao recurso cabível para impugnação da decisão em que se julga a exceção de pré-executividade, a jurisprudência deste Tribunal Superior tem sido tranquila em admitir o agravo de petição, porém, apenas para as hipóteses em que o juiz acolhe o referido incidente. Isso porque, nesse caso, não haveria dúvida de que se trata de uma decisão terminativa. A controvérsia surge quando se discute qual o recurso viável para impugnar o ato do juiz que rejeita ou não conhece da exceção de pré-executividade. Para a circunstância, tem sido adotado entendimento de que não seria possível a interposição imediata do agravo de petição, por se tratar de decisão interlocutória, cabendo à parte impugnar a matéria no apelo que será interposto contra a decisão definitiva, ou seja, contra a decisão que examinou os embargos à execução. O referido posicionamento tem como base o artigo 893, § 1º, da CLT, segundo o qual as decisões interlocutórias somente serão examinadas quando do recurso contra a decisão definitiva. Do mencionado preceito extrai-se o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. A regra contida no dispositivo em epígrafe não é absoluta, uma vez que a Súmula nº 214 enumera algumas circunstâncias nas quais não incidirá o princípio da irrecorribilidade imediata. Diante desse cenário, questiona-se em que momento a parte poderia provocar a manifestação do Tribunal Regional competente sobre os termos da decisão que rejeitou ou não conheceu a exceção de pré-executividade. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, rejeitada a exceção de pré-executiva, a parte poderia se valer dos embargos à execução, com a garantia do juízo, onde discutiria a questão trazida no incidente não acolhido e, somente depois de proferida essa sentença definitiva, poderia interpor agravo de petição. Sucede que, tendo a parte se valido da exceção de pré-executividade, **como poderia, em momento posterior, se utilizar de outro meio processual para impugnar a questão levantada anteriormente no incidente, se já ultrapassado o prazo para apresentar os embargos à execução? Certamente haveria preclusão temporal, ante o transcurso do prazo para a apresentação dos embargos à execução**. Além disso, com o julgamento do citado incidente, haveria preclusão pro judicato da matéria nela deduzida, de modo que não poderia ser renovada em sede de embargos à execução. Frise-se que na Justiça Comum é pacífico o entendimento de que ocorre a preclusão da análise da matéria em embargos à execução, quando previamente examinada em sede de exceção de pré-executividade. Precedentes do STJ. Desse modo, **a aplicação do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias à hipótese configura-se em verdadeiro princípio da irrecorribilidade, tendo em vista que não será permitida a análise da matéria pelos Tribunais em momento posterior**. Não se pode olvidar que, **nos termos do artigo 897, "a", da CLT, caberá agravo de petição contra as decisões do Juiz ou Presidente na fase de execução. Porém, tal preceito não faz nenhuma distinção quanto à sua natureza, seja interlocutória ou terminativa do feito**. [...]. (Grifou-se)

25. ARR-19700-68.1986.5.02.0002, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 15/05/2020. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/9fabd4a7fe9b42ed2314d12bc4883a0d. Acesso em: 29/9/2021.

Ademais, a ampla defesa, que pode ser lida, por exemplo, nas palavras de Schiavi[26], como "o direito do réu de resistir, em compasso com os instrumentos processuais previstos na legislação processual, à pretensão do autor", é direito fundamental assegurado aos litigantes, constante do rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, Título II da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), mais especificamente no seu art. 5º, LV[27]. Trata-se, portanto, de direito que se situa no cerne do ordenamento jurídico brasileiro, cuja elevada importância pode ser inferida da sua própria localização topológica.

Pela sua natureza de direito constitucional, outrossim, deve-se buscar a sua máxima efetividade. Isso porque, segundo Martins[28], o princípio de interpretação constitucional "da eficiência ou máxima efetividade visa extrair de cada dispositivo constitucional a maior eficácia possível".

Dessa forma, entende-se que cabe Agravo de Petição contra decisão que não conhece de Exceção de Pré-executividade ou a rejeita quando já encerrada a oportunidade processual para Embargos à Execução.

Em suma, entende-se que cabe o referido recurso na situação mencionada, tendo em vista que (1) a lei prevê que cabe o Agravo de Petição contra as decisões prolatadas na execução trabalhista, sem limitar o seu cabimento a determinados tipos de decisão, (2) o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias não pode se transformar em princípio da irrecorribilidade, porque a CLT não contém essa vedação de natureza absoluta, e (3) a ampla defesa tem elevada importância no ordenamento jurídico e deve, diante da sua natureza constitucional, ser interpretada com sentido que lhe proporcione a máxima eficácia e efetividade.

Entendimento contrário, de acordo com o aqui exposto, violaria o conteúdo normativo dos arts. 897, *a*, e 893, § 1º, da CLT, além de conflitar com o art. 5º, LV, da CRFB.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, foi possível observar que a Exceção de Pré-executividade pode ser tratada como um meio de defesa utilizado em sede de execução, admitido pela doutrina e pela jurisprudência no Processo do Trabalho, em que podem ser alegadas matérias de ordem pública e temas que não dependam de dilação probatória, cuja apresentação é possível realizar a qualquer tempo quando a matéria é passível de conhecimento de ofício pelo juízo.

Observou-se, também, que a decisão que analisa exceção de pré-executividade pode ter natureza de decisão interlocutória ou de sentença. Não pode ser um despacho, porque, ao julgar a defesa apresentada, causará prejuízo a alguma ou algumas das partes integrantes da relação processual.

Deduziu-se que, se ao acolher a defesa apresentada pela parte executada, a decisão extinguir a execução, será uma sentença; se dela não conhecer ou se a rejeitar, será uma decisão interlocutória.

26. SCHIAVI, *op cit*., p. 103.

27. "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30/9/2021.

28. MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 40R7-408.

Viu-se, outrossim, que, no Processo do Trabalho, cabe Agravo de Petição contra as decisões prolatadas na execução e que o dispositivo legal que o prevê não limita o seu cabimento a determinado tipo de decisão, seja sentença ou interlocutória.

Foram feitas considerações, ademais, sobre a inadequação de se transformar o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias em princípio da irrecorribilidade, já que o preceito pressupõe a possibilidade posterior de insurgência sobre a matéria discutida por via recursal.

Apontou-se, também, a ampla defesa como direito de elevada importância e cuja efetividade deve ser buscada ao máximo na hermenêutica constitucional.

Ao final, concluiu-se que cabe Agravo de Petição contra decisão que não conhece de Exceção de Pré-executividade ou a rejeita quando já encerrada a oportunidade processual para Embargos à Execução.

Expôs o entendimento, em suma, de que cabe o referido recurso na situação mencionada, tendo em vista que (1) a lei prevê que cabe o Agravo de Petição contra as decisões prolatadas na execução trabalhista, sem limitar o seu cabimento a determinados tipos de decisão, (2) o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias não pode se transformar em princípio da irrecorribilidade, porque a CLT não contém essa vedação de natureza absoluta, e (3) a ampla defesa tem elevada importância no ordenamento jurídico e deve, diante da sua natureza constitucional, ser interpretada com sentido que lhe proporcione a máxima eficácia e efetividade.

Chegou-se à compreensão de que pensamento contrário violaria o conteúdo normativo dos arts. 897, *a*, e 893, § 1º, da CLT, além de conflitar com o art. 5º, LV, da CRFB.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30/9/2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26/9/2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26/9/2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 647.896/SP**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=647896&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 26/9/2021.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. **AP 00215000620075010041 RJ**, Relator: Flavio Ernesto Rodrigues Silva, Data de Publicação: 27/05/2021, Disponível em: https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1220084133/agravo-de-peticao-ap-215000620075010041-rj/inteiro-teor-1220084143. Acesso em: 27/9/2021.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **10022645120165020318 SP**, Relator: Ivete Bernardes Vieira de Souza, Data de Publicação: 10/09/2021. Disponível em: https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1278784408/10022645120165020318-sp. Acesso em: 27/9/2021;

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AIRR-1000978-54.2015.5.02.0421**, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 09/08/2019. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/88d1505f8d48d430563eba706616fc5c. Acesso em: 27/9/2021.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AIRR-1300-78.1997.5.03.0103**, 5ª Turma, Relator Desembargador Convocado Jose Rego Junior, DEJT 08/05/2015. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/8195f49e4395d20e5a788e6536fa2773. Acesso em: 30/9/2021.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AIRR-134000-90.1989.5.01.0026**, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 28/08/2020, Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/361a684982574ea568f2ec9ea6aa499b. Acesso em: 27/9/2021.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AIRR-312700-78.1996.5.02.0038**, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 23/03/2018. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/4958d6ed99bc5e42d0742af0f62b8431. Acesso em: 30/9/2021.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AIRR-5361700-17.2002.5.08.0900**, 1ª Turma, Relator Ministro Joao Oreste Dalazen, DEJT 12/08/2005. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/8c2f1d6ea8f722b90e8ab73d6b6aa77b. Acesso em: 27/9/2021.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **ARR-19700-68.1986.5.02.0002**, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 15/05/2020. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/9fabd4a7fe9b42ed2314d12bc4883a0d. Acesso em: 29/9/2021.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula 397**. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-397. Acesso em: 25/9/2021.

CISNEIROS, Gustavo. **Manual de audiência e prática trabalhista**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

FERNANDES, Felipe; ANDRADE, Gustavo; GOUVEIA, Raquel. **Direito e processo do trabalho para a advocacia pública**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT comentada**. 7ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PAMPLONA FILHO; Rodolfo; SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **Curso de direito processual do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2020.

ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DE DIREITO

Paulo Roney Ávila Fagundes[1]

Submetido em: 28/09/2021
Aceito em: 19/10/2021

RESUMO
Diversos juristas tentaram atribuir um conceito ao direito ou definir o seu objeto de estudo. Mesmo com os esforços de juristas como Kelsen, Bobbio, Dworkin e Hart, a definição do que é o direito permanece imprecisa e em debate. Tendo esta problemática como norte, este trabalho busca sistematizar as principais teorias do direito do século XX, analisando suas limitações e potencialidades. Em seguida, procura tencioná-las frente às novas possibilidades de conceituar o direito, a partir das teorias de Telles Júnior, Bachelard e Capra, as quais, cada uma a seu modo, rompem com o paradigma racionalista ao evidenciarem a interdisciplinaridade e os elementos de complexidade que a compreensão dos fenômenos sociais exige. Para isso, se utiliza das abordagens de Morin e Kosik, demonstrando as potencialidades de suas contribuições para a análise do campo jurídico. Conclui-se, deste modo, que as diferentes teorias trabalhadas não são necessariamente excludentes, constituindo-se em verdadeiros elementos para a construção de um conceito de direito, complexo e abrangente, em direta relação com a vida em sociedade.

1 INTRODUÇÃO

Desde o momento do nascimento, o homem recebe a imposição de regras jurídicas em sua vida. E, verdadeiramente, vislumbra-se uma variedade e multiplicidade de regras que, muitas vezes, afetam as pessoas e elas sequer têm noção de sua atuação em suas vidas.

São as normas jurídicas, contudo, que se constituem em objeto principal de estudo dos juristas, e que preocupam, sobretudo, quando se divorciam da vida: "*Además de las normas jurídicas, hay preceptos religiosos, reglas morales, sociales, de costumbre, reglas de aquella ética menor que es la etiqueta, reglas de buena educación, etc*"[2]. As regras permitem a coexistência dos homens em sociedade. Ou disciplinam as relações dos seres com as divindades ou dos seres humanos para consigo mesmos.

Há uma dificuldade muito séria para se edificar um conceito de direito (e o problema não só reside na seara jurídica). Aplica-se o direito à sociedade, que se modifica diuturnamente. Kelsen buscou delimitar o objeto do direito às normas jurídicas, mas mesmo esta definição é imprecisa. O direito não pode ser visto apenas como elemento de manu-

1. Procurador aposentado do Estado de Santa Catarina e Professor aposentado da Universidade Federal de Santa Catarina, possui graduação em Direito pela URCAMP (1981), é especialista em educação (convênio MEC/OEA), mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Pós-doutor pelas Universidades Lusíada de Lisboa e do Porto, Portugal, e pesquisador do Centro de Estudos Jurídicos, Econômicos e Ambientais, da Universidade Lusíada de Lisboa, Portugal. Pertence à IUCN (Academy of Environmental Law). Integra a Academia Skepsis de Semiologia e Direito. Membro da diretoria do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

2. BOBBIO, Norberto. **Teoria della norma giuridica**. Turín: Giappichelli, 1958, p. 5.

tenção da sociedade e seus valores, mas, sobretudo, como instrumento de transformação da realidade.

É possível isso? Claro que sim. A sociedade está a exigir respostas para as grandes questões que afetam a humanidade. As respostas não estão nos manuais. Os dogmas são empecilhos.

As perguntas são respondidas, porém as respostas não são mais satisfatórias. Ou porque não atingiram o cerne da questão ou porque os fatos sociais sofreram (e sofrem a cada instante) importantes modificações. A ciência estática, engessada, não é ciência.

Para que haja uma compreensão perfunctória do direito precisa-se ter, pelo menos, uma noção da visão de integridade preconizada pelos pensadores do final de milênio. O direito – e não custa insistir-se nisso – não pode ser visto apenas como um conjunto de normas coerção. Não se confunde com a lei nem com a justiça.

Prosseguir na busca de um conceito de direito, contudo, exige a adoção da interdisciplinaridade como caminho ou ainda a transdisciplinaridade, sob pena de se ter uma visão caolha ou divorciada da realidade.[3]

Diante desta perspectiva, com o intuito de contribuir com a reflexão sobre o direito perante as novas emergências e exigências sociais que se apresentam contemporaneamente, objetiva-se com este trabalho apresentar as principais teorias sobre o conceito de direito, formuladas pelos juristas do século passado (Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin), tencionando-as com as novas teorias do direito, sobretudo de Telles Júnior, Bachelard e Capra, e as teorias da ciência de Morin e Kosik, as quais, cada uma a seu modo, questionam o paradigma racionalista, centrando-se na complexidade dos fenômenos sociais e sua interdependência.

2 O CONCEITO DE DIREITO NO SÉCULO XX: AS CONTRIBUIÇÕES DE KELSEN, BOBBIO, HART E DWORKIN

Como pode ser definido o direito? Há, sem dúvida, uma grande dificuldade na delimitação do seu objeto de estudo. Indiscutivelmente, foi Kelsen o responsável por esse empreendimento, quando da estruturação de sua teoria pura do direito. Adverte o autor que

> Uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente o seu objeto. Para alcançar uma definição do Direito, é aconselhável primeiramente partir do uso da linguagem, quer dizer, determinar o significado que tem a palavra **Recht** (Direito) na língua alemã e as suas equivalentes nas outras línguas (**law**, **droit**, **diritto**, etc). É lícito verificar se os fenômenos sociais que com esta palavra são designadas apresentam características comuns através das quais possam ser distinguidos de outros fenômenos semelhantes, se estas características são suficientemente significativas para servirem de elementos de um conhecimento científico sobre a sociedade.[4]

Insiste Kelsen que o fenômeno jurídico está intrinsecamente ligado às sociedades organizadas, possuidoras de algum grau de desenvolvimento social e político:

> As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana. É certo que, aparentemente, isto só se aplica às ordens sociais dos povos civilizados, pois nas sociedades pri-

3. Cf. MORIN, Edgar. **Ciência com consciência.** Portugal: Publicações Europa-América, s.d., p. 217-220, a transdisciplinaridade traz à tona um paradigma da complexidade, "que ao mesmo tempo disjunte e associe, que conceba os níveis de emergência da realidade sem reduzi-los às unidades elementares e às leis gerais" (p. 219).

4. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 33.

> mitivas também o comportamento dos animais, das plantas e mesmo das coisas mortas é regulado da mesma maneira que o dos homens.[5]

Ademais, segundo o jurista, as normas de conduta são portadoras de coercibilidade, vale dizer, uma vez não cumpridas, podem ser impostas até mesmo à força física.

> Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo conta a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.[6]

Consoante Vicente Rao, o direito consiste num "conjunto sistemático de normas destinadas a disciplinar a conduta dos homens na convivência social, asseguradas pela proteção-coerção a cargo do Estado, constitui o direito positivo, que é o direito próprio de cada povo"[7]. A norma, portanto, existe a partir de sua atuação na vida das pessoas. Por esse motivo Rao afirma que:

> no direito positivo uma distinção fundamental existe entre a normas considerada em si e a faculdade que ela confere às pessoas, singulares ou coletivas, de procederem segundo o seu preceito, isto é, entre a norma que disciplina a ação (*norma agendi*) e a faculdade de agir de conformidade com o que ela dispõe (*facultas agendi*)[8].

Já segundo Bobbio, podemos afirmar que o direito consiste num sistema de normas ou regras de conduta. Sustenta, ademais, que a experiência jurídica é uma experiência normativa:

> *Nuestra vida se desenvuelve dentro de um mundo de normas. Creemos ser libres, pero em realidad estamos encerrados em uma estrechísima red de reglas de conduta, que desde dl nascimiento y hasta la muerten dirigen nuestras acciones em esta o em aquella dirección. La mayor parte de estas normas se han vuelto tan comunes y ordinarias que ya nos nos cuenta su presencia. Pero si observamos um poco desde fuera el desarrolo de la vida de um hombre a através de la actividad educadora ejércen sobre él sus padres, maestros etc., nos damos cuenta que se esse hombre se desarrola bajo la guía de reglas de conducta.*[9]

As normas, em verdade, acompanham os seres humanos por toda a vida. Algumas são boas; outras, nem tanto. O direito envolve um processo de educação vitalícia. Não bastam as proibições para a geração de uma sociedade melhor para todos. Seja no âmbito familiar ou na rua, encontramos um sem número de normas que impõem um modelo de comportamento ou que nos proíbem de infringir determinadas normas.

Afinal, o direito está em todo lugar. As placas indicativas, encontradas nas ruas, são expressões do direito? Sim, porquanto o direito compõe a parte mais significativa de nossa experiência normativa. Não se pode desconsiderar a importância do "normativo" na vida individual, ou ainda na integração dos indivíduos no grupo social.

Ao direito, fundamentalmente, cumpre regular a vida do indivíduo em sociedade que, a cada dia que passa, se torna uma reunião de pessoas cada vez mais complexa e tumultuada, com problemas mais sérios e complicados e que exigem uma reflexão permanente.

5. *Ibidem.*
6. *Ibidem*, p. 37.
7. RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2ª ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, p. 157.
8. *Ibidem.*
9. BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Bogotá: Temis, 1987, p. 3.

A História mostra um quadro em que são visualizadas, sempre presentes, normas de conduta, sejam elas religiosas, morais, jurídicas ou sociais. E são impostas, de acordo com os interesses prevalecentes em determinado período histórico.

> *La Historia se nos apresenta como um conuunto de ordenamientos normativos que se suceden, se sobreponen, se contraponen y se integran. Estudiar uma civilización desde el punto de vista normativo significa, em últimas, perguntarse cuáles acciones em esa determinada sociedad, fueron proibidas, cuáles oligatorias, cuáles permitidas; significa, em otras palabras, descubrir la dirección o las direcciones fundamentales hacia las cuales se dirigió la vida de cada individuo*.[10]

O direito, em verdade, nos dá a radiografia de determinado povo. Quais são os valores que ele cultiva? Prevalece nesse povo um regime autoritário ou democrático?

Bobbio formula questões que são importantes: para determinado povo os sacrifícios humanos são permitidos ou proibidos? A poligamia, a propriedade dos bens imóveis, a escravidão, estavam proibidas ou permitidas? Como se regulam as relações familiares, o que podia ou não o pai ordenar aos seus filhos? Como se regulava o exercício do poder, quais eram os deveres e direitos dos súditos em relação ao chefe e quais os deveres e direitos do chefe frente aos súditos? São questões que, uma vez respondidas, mostram o grau de desenvolvimento de determinado povo em dado momento histórico.

As normas jurídicas merecerão um estudo especial, porquanto, na realidade da Europa Continental, como de resto de toda a América, o monismo ganha um papel de relevância, vale dizer, o Estado é o principal produtor de normas jurídicas, porém não o único.

Outros organismos, hodiernamente, ganham importância em sua atuação em defesa dos interesses coletivos ou de grupos. Isto é, atentando para os movimentos sociais, vislumbra-se a realidade que mostra o direito que é produzido a partir das necessidades sociais.

A história mostra uma sucessão de ordenamentos jurídicos, com diferentes ordenamentos dispositivos e com o intuito de regular as realidades diversas. Em cada momento histórico dá-se a criação de um ordenamento jurídico voltado aos interesses dos detentores do poder.

Por óbvio, não há a possibilidade de criação de um conjunto de leis liberais quando o regime instalado é autoritário. As incompatibilidades são corrigidas pelos governantes. Quer dizer, quando vier a ocorrer a dissintonia entre o ordenamento e a estrutura de montar arquitetada, os governantes modificam o sistema de leis para que ele se adeque ao regime político. Se o regime é democrático (não existe democracia absoluta) não há por que criar-se um sistema jurídico ditatorial. E, dependendo do grau de conscientização do povo, não há como manter-se tal estado de coisas[11].

Bobbio destaca que precisamos aprender três elementos essenciais para que possamos formular um conceito de direito: a) a compreensão do conceito de sociedade; b) a compreensão de ideia de ordem social; c) a compreensão de idéias (sic) de organização[12].

10. *Ibidem,* p. 4.

11. BOBBIO, *op. cit*., 1987, p. 4. Como vimos, destaca o autor que a História se apresenta como um conjunto de ordenamentos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem e se integram.

12. *Ibidem*, p. 8.

Em face do envolvimento do direito com os fatos sociais, Bobbio pergunta: afinal, o direito é uma instituição? E responde, destacando os elementos que são importantes, no seu ponto de vista, e também nos de Santi Romano:

> *El fenómeno del paso de la fase inorgánica a la fase orgánica se llama también institucionalización. Se dice que um grupo social se institucionaliza quando crea su propia organización, y por medio de ella llega a ser, según Romano, um ordenamento jurídico*.[13]

O direito nasceu pluralista. Após a estruturação do estado moderno, o monismo passou a reger o direito, passando a atuar até nossos dias. Hoje, contudo, há o reconhecimento do pluralismo pelos juristas mais lúcidos, quer dizer, as normas jurídicas são produzidas por outros grupos sociais além do Estado. No próprio corpo do ordenamento positivado encontramos preceitos que admitem o pluralismo. Os costumes, no Direito Comercial, por exemplo, são considerados fontes do direito.

A teoria da instituição veio a se constituir em uma reação contra o prevalecimento do estatalismo. Houve o reconhecimento da instituição, da relação jurídica entre duas pessoas, dos ordenamentos particulares e das situações concretas, dentro dos limites da denominada autonomia privada.

Analisando bem a teoria da relação intersubjetiva, afirma Bobbio, pode-se garantir que ela nasceu da mesma ideia fundamental que deu vida à teoria da instituição, isto é, da mesma ideia de que o direito é um fenômeno social que tem suas origens na sociedade. Assegura Bobbio que a teoria da instituição surgiu como crítica não só à teoria normativa, como também à teoria da relação intersubjetiva.

Ainda assinala que Kant, em sua obra "*Dottrina del Diritto*", escrita em 1797, expõe a sua teoria do direito como uma relação jurídica. E traz à tona a definição de direito de Kant como: "*el conjunto de condiciones por medio de las quales el arbitrio de uno puede poner-se de acuerdo com el arbitrio de outro según uma ley universal de libertad*"[14].

Após elaborar a definição, faz uma reflexão a respeito dos elementos componentes do conceito de direito. Destaca como primeiro elemento a obrigação correspondente, da natureza externa, consistente no elo de uma pessoa com outra, enquanto suas ações podem ter (mediata ou imediatamente), como fatos, influência recíproca.

No que diz respeito ao segundo requisito, Kant afirma, citado por Bobbio, que se trata de uma relação entre sujeitos e, para que seja uma relação jurídica, deve ser uma relação entre arbítrios, e não entre o arbítrio de um e o simples desejo do outro. Almeja Kant afastar, assim, a hipótese de que o direito possa ser considerado relação entre um sujeito e uma coisa. E, após oferecer quatro relações possíveis de um sujeito com outro, destaca que somente pode ser considerada relação aquela em que há um sujeito com direitos e deveres, de um lado, e um sujeito que tem direitos e deveres, de outro:

> *Um segundo testimonia lo ofrece la doctrina del más conocido y autorizado representante de la corriente neo-kantiana de la filosofia contemporánea del derecho em Italia, GIORGIO DEL VECCHIO, para quien el mismo principio ético se pierde em um doble orden de valoraciones: 1) em relación com el mismo sujeto que cumple la acción (quién puede escoger la acción*

13. *Ibidem*.

14. *Ibidem*.

> *debida o rechazar la prohibida); 2) em relación com los sujetos a los cuales se dirige la acción (quienes pueden escoger entre dejarme cumplir la acción o impedirmelo)*.[15]

Bobbio destaca que a primeira ordem de valoração é a ordem de valoração moral, enquanto que a segunda ordem de valoração constitui uma valoração jurídica. Com efeito, o autor deixa-nos claro o aspecto subjetivo da ação moral e o aspecto intersubjetivo da ação jurídica. Em verdade, aqui, como na doutrina tradicional, faz-se a distinção entre norma moral (que tem como característica a unilateralidade) e a norma jurídica (que se caracteriza pela bilateralidade).

Concluindo, Bobbio afirma que o direito deve ser entendido como uma coordenação objetiva do comportamento, o que implica compreensão do direito como um conjunto de relações entre sujeitos, entre os quais um tem o poder de executar determinada ação e o outro tem o dever de não impedir tal ato. Entrementes, adverte Hart que

> *se sostiene a menudo que esto demuenstre que cualquier elucidación de concepto de derecho em términos de reglas tiene que ser equívoca. Se agrega insistir em uma elucidación de este tipo, no obstante lo que muestre la realidad, es incurrir em el vicio de 'conceptualismo' o 'formalismo'*.[16]

Não podemos, portanto, apenas identificar o direito com a ordem, com a ideia de obrigação, com os seus elementos etc. Um conceito real de direito (não se sabe se é possível afirmar isso) deverá advir necessariamente dos fatos sociais, dos acontecimentos políticos, enfim, das mesmas realidades que preocupam as demais ciências.

Não pode o direito se divorciar da realidade. Muito menos se pode admitir a sua condição de ciência isolada, dotada de caráter normativo, regida pelo princípio da imputação. Assim agindo, chegar-se-ia à construção de um conceito impreciso de direito, inútil para o técnico e incompreensível para o leigo.

Dworkin promove a relação entre a integridade e a equidade, a justiça e o "procedural due process", objetivando que seja dada toda a força aos princípios políticos que são justificadores da autoridade legislativa na decisão do significado de uma lei por ela decretada, que haja o reconhecimento no restante do direito dos princípios morais necessários à justificação da essência das decisões legislativas e que os procedimentos legislativos sejam reconhecidos em toda a parte, levando em consideração as diferenças no tipo e grau de dano – moral – que um veredito incorreto impõe[17].

Ao falar do direito como relação jurídica, Bobbio dá uma radiografia da essência de seu pensamento. Afirma, com propriedade, que se há uma relação de direito e dever, está-se diante do poder de cumprir uma determinada ação.

De onde deriva esse poder? Deriva da norma, vale dizer, constitui-se em reflexo subjetivo da norma que o autoriza. O dever é reflexo subjetivo e uma norma imperativa (seja positiva ou negativa):

> *La relación jurídica se caracteriza no por la materia que constituye su objeto, sino por el modo como los sujetos se comportan mutuamente. Lo anterior se puede expresar también de esta manera: lo que caracteriza la relación jurídica no es el contenido sino la forma y esto significa que no se puede determinar si uma relación este jurídica com base em los intereses*

15. *Ibidem*, p. 15.
16. HART, H.L.A. **El concepto del derecho**. Colombia: Nacional, s.d., p. 153.
17. DWORKIN, *op. cit*., p. 166-67.

> *que están em em juego, sino por el hecho de estar regulada no por uma norma jurídica(...) Relación jurídica es aquella que, cualquiera que sea su contenido, es tomada em consideración por uma norma jurídica integrada em um ordenamiento jurídico, y calificada p;or uma o más normas que pertenecen a um ordenamiento jurídico.*[18]

No sistema Europeu continental, efetivamente, o que prevalece é a norma, cuja aplicação se impõe ao julgador. Para que determinada relação seja considerada jurídica há necessidade de incidir sobre ela a norma jurídica. Enquanto não houver a subsunção, trata-se de uma relação de fato. Há, deste modo, relações que, a princípio, são éticas ou econômicas, mas que se transformam em relações jurídicas pela incidência da norma.

Bobbio, lucidamente, diz que, em verdade, as teorias que almejam explicar o fenômeno jurídico não são excludentes. Pelo contrário, complementam-se. Cada uma proporciona uma visão diferenciada do fenômeno jurídico. Neste ponto merece aplauso a obra do mestre italiano:

> *Como conclusión de estar consideraciones podemos decir que tanto la teoría de la instituición como la teoría de relación no excluyen sino que comprenden la teoría normativa. Lo que equivale a decir quela teoría normativa es válida no obstante las teorías de la institución y de la relación, como quiera que constituye ella presupuesto de validez de las dos*.[19]

E adverte:

> *Se puede agregar aun esta outra consideración: las tres teorías no se excluyen mutuamente, y por lo tanto es estéril toda batalla doctrinal por haver triunfar uma o outra. Diré más bién que estas tres teorías se integran útilmente entre sí. Cada uma de ellas pone de relieve um aspecto de la multiforme experiencia jurídica: la teoría de la relación em el aspecto de la intersubjetividad; la de la institución el aspecto de la organización; la normativa el aspecto de la regulación. Em efecto, la experiencia jurídica nos coloca frente al mundo de relaciones entre sujetos humanos organizados establemente em sociedad mediante el uso de reglas de conducta. Como fundamento de los tres aspectos complementarios, queda el aspecto normativo. La intersubjetividad y la organización son condiciones necesarias para la formación de um orden jurídico; el aspecto normativo es la condición necesaria y suficiente*.[20]

Com efeito, o fenômeno jurídico é multifacetário, apresentando uma indiscutível multidimensionalidade. E, sem estudá-lo sob os seus diferentes aspectos, não se consegue compreendê-lo. Deve-se, portanto, juntar as teorias da instituição, da relação e a normativa, que, conforme Bobbio, não se excluem. Antes disso, complementam-se.

Encontram-se em Bobbio elementos importantes para a construção de uma teoria do direito. E a visão por ele proporcionada não é restritiva ao fenômeno jurídico. Ao contrário de Kelsen, Bobbio valoriza o elemento político e chega a considerar a norma fundamental como decorrente da manifestação de vontade dos detentores do poder.

E por que nesse contexto citar Dworkin e Hart? Porque são os dois grandes pensadores do direito, como Bobbio, que contribuem decisivamente para a construção de um melhor conceito de direito e de justiça.

A preocupação com a elaboração de um conceito de direito é fundamental para o operador jurídico. Hart admite a discricionariedade por parte do julgador, num reconhecimento da subjetividade que impera numa visão real de ciência. Dworkin, por seu

18. BOBBIO, *op. cit.*, 1958, p. 18.

19. *Ibidem,* p. 19.

20. *Ibidem.*

turno, destaca a importância de o operador do direito lançar mão dos princípios jurídicos para alcançar o seu desiderato. Contudo, se destaca a importância didática de Bobbio na análise das diferentes teorias que buscam a construção de um conceito de direito.

3 OUTRAS POSSIBILIDADES DE SE PENSAR O DIREITO: AS TEORIAS DE TELLES JÚNIOR, BACHELARD E CAPRA

Pode-se colher, contudo, outros elementos para a elaboração de um conceito de direito a partir do pensamento de Goffredo Telles Júnior. Segundo o autor há um fundamento quântico da ordem jurídica. Define ele o direito como "a ordenação quântica das sociedades humanas"[21].

Para Telles Júnior, o direito perde o ranço do patriarcado que tudo sabe e que tudo impõe aos integrantes da sociedade. À luz da mecânica quântica tudo é possível, vale dizer, há apenas leis de probabilidade na movimentação que se opera no seio da coletividade e nas relações que são mantidas entre os seres humanos. O autor adverte que:

> [...] em matéria de ordenação, por meio do Direito, tudo é possível. Assim como a proteína reguladora deve ser considerada como um produto especializado em "engineering" molecular, assim também o Direito deve ser considerado como um produto da inteligência especializada em "engineering" social. Assim como nenhuma imposição química decide da atuação das referidas proteínas, assim também nenhuma imposição absoluta determina o Direito.
>
> Assim como essas proteínas se dirigem com autonomia, conformidade com os interesses fisiológicos da célula, assim também o Direito, livre de imposições absolutas, se pode dirigir pelos interesses reais da sociedade, de acordo com os sistemas de referência efetivamente vigorantes. Pode o Direito não se sujeitar a não ser os fins que a sociedade almeja.[22]

Com efeito, a Ciência do Direito jamais poderá afirmar que que um homem ou determinado grupo de homens vai se comportar desta ou daquela maneira. Por quê? Porque as leis humanas são *leis de probabilidade*, como são as demais leis da Sociedade Cósmica[23].

A partir desses elementos, se pode conceituar o direito? Acredita-se que sim. O direito, porém, deverá se encontrar com a vida na sua plenitude, assumindo a sua condição de instrumento de controle social que pode contribuir decisivamente para uma relativa harmonia, desde que dotado de um conteúdo ético.

O direito, indiscutivelmente, está conectado com os demais saberes para que haja o exercício consciente do papel social por parte do operador jurídico:

> É necessário, enfim, gerar-se uma **visão de totalidade**, onde haja consciência da 'interdependência de tudo com tudo' e da interconexão dos vários estratos que compõem a visão ambiental sistêmica: o estrato do meio ambiente, o demográfico-econômico e o da tecnologia, assim como os estratos coletivo e individual, que representam o sistema de mecanismos institucionais e de processos sociais do ser humano como ser coletivo, decorrentes de sua natureza bio-psicológica.[24]

21. TELLES JÚNIOR, Goffredo. Fundamento Quântico da Ordem Jurídica. *In*: **Revista de Informação Legislativa**. São Paulo, n. 36, out-dez/1972, p. 326.

22. *Ibidem*.

23. *Ibidem*.

24. CAMINO, Maria Ester Mena Barreto. JURISGAIA – a ética jurídico-ambiental. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, ano XXV, n. 60, p. 85.

Deve-se ressaltar sempre que a visão de integridade não é nova. A especialização é um fenômeno recente. A construção da teoria pura do direito ocorreu século passado.

> Tem nos sido apontado, desde Aristóteles, que o Direito nada mais é do que a tradução legal do estado de uma sociedade – mas ele não se desenvolve por si próprio, ao contrário do que muitas vezes se crê.
>
> Não se trata, pois, como adverte Moreira Neto, de uma mera coleção formal de preceitos, que se articulam em um sistema de normas e costumes., ele é mais do que isto, enfatiza **é sua realização histórica** [...] 'como a música que, enquanto partitura, é apenas notação musical e ainda não música', somente passando a existir como realização artística quando o intérprete dela extrai sons, planificando-a, transformando-a em melodia, música, enfim.'
>
> Para que haja a necessária presença e participação eficaz do elemento jurídico nas ciências ambientais, é necessário participar da premissa de que os operadores do Direito (advogados ou não, que utilizem profissionalmente as ferramentas jurídico-ambientais) serão capazes de encarar a ecologia como a ciência holística que é ciência , essa, 'que tenta compreender o modo de vida dos organismos, levando em conta os lugares que ocupam nos sistemas maiores de que fazem parte', uma vez que 'o objeto da ecologia, as transações entre os seres vivos e entre estes e os componentes não-vivos de seus habitats, inclui o comportamento, a ecologia e, em pare, uma ciência do comportamento: a ecologia é, em parte, uma ciência do comportamento,' mas como aborda os fenômenos biológicos dessas transações sobre os que participam delas, é, também, uma ciência biológica – e, como tudo no mundo natural, forma associações de várias espécies que se inter-relacionam, tem sua face de ciência social[25].

A ecologia expressa com clareza a sua dimensão holística, haja vista que é dotada de hipercomplexidade, fugindo de longe de sua conhecida faceta preservacionista. A crise da virada do milênio traz a necessidade de uma profunda reformulação no modo de pensar e, sobretudo, na percepção do sofrimento que atormenta os seres humanos, presas dos arcabouços científicos que priorizam o racionalismo. Há a necessidade de uma revolução epistemológica para que a arte se reencontre com a ciência, e a verdade reconheça a magia como sua aliada.

Bachelard contribuiu decisivamente para a compreensão a unidade do saber:

> A compreensão das ciências, por Bachelard, tem méritos indiscutíveis:
> a) oferece uma visão unitária do saber humano apontando a complementaridade entre a ciência e a arte;
> aponta o caráter dinâmico do conhecimento, o que nenhuma epistemologia que se pretenda contemporânea pode ignorar.
> Neste sentido, dá um primeiro passo na direção que afirma o papel do homem como um todo na constituição do conhecimento.
> [...]
> c) A unidade do saber está fundada na atitude criadora do homem perante o real. Este impulso criador, originariamente, poético, persiste nas frentes avançadas da ciência, sob a forma de descoberta científica. A partir desse momento, poesia e ciência emerge como indissociáveis, o que leva Bachelard a dizer que 'a ciência é a estética da inteligência'. A poesia, entendida como **poesis**, é prioritária à ciência – entendida como sistematização do conhecimento. Uma fonte gera a poesia – abordagem fantástica do mundo pelo sonho e pela beleza; e a **ciência**, reconstituição, construção do mundo, pela inteligência. É um **surracionalismo** que dá acesso ao homem a uma **supra-realidade.**[26]

25. *Ibidem*, p. 84-5.

26. CESAR, Constança Marcondes. **Ciência e poesia**. São Paulo: Palinas, 1989, pp. 72-3.

O homem passa a ter, a partir de Bachelard, uma visão mais clara, mais integrada, mais real do complexo fenômeno natural.

Em verdade o que se quer é justiça, porém não apenas uma justiça formal, mas, sobretudo, uma justiça vital[27], que não se confunde, portanto, com aquela que é produzida pelo Estado pelo seu órgão especializado. Assim, reaproxima-se o projeto científico da humanidade com a ecologia, enquanto proposta tendente a produzir uma profunda reformulação axiológica na sociedade humana.

Não se consolidará a ruptura sem o reconhecimento do paradigma ecológico:

> *La emergencia del paradigma ecológico posee uma genalogía que explica cómo a partir de determinadas modificaciones y rupturas con el paradigma moderno, en especial con el modelo analítico-mecanicista y el tipo de la racionalidad científico-técnica, puede emerger um nuevo paradigma alternativo y al mismo tiempo dialécticamente* ***cooperante con otros paradigmas. Esta genealogía esta unida a la historia de la ciencia. Y en concreto a la aparición de uma nueva disciplina como es la ecología****.*
>
> *Paradójicamente la ecología va a significa el último momento, la situación crítica, em la ruptura com el modelo cientifista del paradigma moderno. El desplazamiento que se efectúa desde la física mecanicista hasta la ecología, pasa a través de la teoría de la evolución darwiniana y la biología. Eta banda de desplazamiento describe, a um mismo tiempo, la culminación de la racionalidad científico-técnica y del paradigma moderno; y a la vez las consecuencias críticas que darán lugar a la ruptura, que el paradigma ecológico representa. Nada de extraño hay em que lo nuevo, la emergencia del paradigma ecológico, surja em los odres de aquello con lo que rompe, el cientificismo.*[28]

O paradigma ecológico está em sintonia com a teoria dos sistemas, que vê todo o mundo vivo perfeitamente integrado, compondo uma imensa rede.[29] Segundo Capra: "*La ciencia moderna en el paradigma moderno era la física yel modelo el mecanicista-analítico. La historia de la ecología es la historia de la ruptura com la física y com el mecanicismo*"[30]. A partir da visão ecológica da vida, portanto, passa-se a se perceber o papel do homem na manutenção da vida e na construção do futuro.

A teoria dos sistemas contribuiu para o gradativo afastamento da ciência da concepção analítica, cirúrgica, a qual simplificava excessivamente os intrincados fenômenos naturais. Para Capra, primeiramente o pensamento sistêmico promoveu a mudança das partes para todo. Numa outra abordagem, teve a capacidade de realizar a passagem de um lado para outro nos níveis sistêmicos, que se comunicam, sendo que alguns sistemas vivem dentro de outros. Por fim, deve-se ressaltar o papel da Mecânica Quântica que constatou que as partes são integradas por uma teia complexa de relações.[31]

Assim, a teoria dos sistemas tornou mais fácil a compreensão dos paradoxos existentes na vida pelo sistema jurídico.

---

27. CALDEIRA, João Cláudio. Justiça formal e justiça vital. ***VivAlavanca,*** São Paulo, v. 1, n. 10, p. 12, out 95/jan 96.

28. PEÑA, Francisco Garrido. **La ecología política como política del tiempo**. Granada: Comares, 1996, p. 237.

29. Cf. CAPRA, Fritjof. **A teia da vida** – uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1997, p. 48, "no novo pensamento sistêmico, a metáfora do conhecimento como um edifíco está sendo substituído pelo da rede. Quando percebemos a realidde como uma rede de relações, nossas descrições também formam uma rede interconectada de concepções e de modelos, na qual não há fundamentos. Para a maioria dos cientistas, essa visão do conhecimento como uma rede sem fundamentos firmes é extremamente perturbadora, e hoje, de modo algum é aceita. Porém, à medida que a abordagem de rede se expande por toda a comunidade científica, a idéia do conhecimento como uma rede encontrará, sem dúvida, aceitação crescente."

30. PEÑA, *op. cit.,* p. 238.

31. CAPRA, Fritjof. *op. cit.,* p. 46-7.

> Enquanto a teoria do direito e a dogmática jurídica estão comprometidas com a reprodução do sistema jurídico e, por conseguinte, hão de colaborar na anulação do seu paradoxo e na sua codificação, a sociologia pode observar e descrever o sistema baseado em seu paradoxo constituinte. Isso não a aproxima de um conhecimento superior. Pelo contrário, a sociologia aprende, exatamente, a partir desta forma de observação, já que se ela mesma fosse teoria do direito, teria que aceitar uma anulação do paradoxo do sistema. A observação do paradoxo conduz a sociologia ao problema de como ela própria, enquanto ciência, poderia desparadoxalizar seu próprio paradoxo: o paradoxo de que existem teses que são falsas por que são verdadeiras. Um sistema não pode ter uma estrutura autorreferente sem se chocar com semelhantes problemas.[32]

Indiscutivelmente a teoria dos sistemas contribuiu decisivamente para que se tivesse uma nova visão da ciência[33]. Foi imprescindível para o despertar da humanidade à nova consciência, que nada mais faz do que reconhecer a sensibilidade.

Não se trata de apenas ver o todo como a ciência tradicional vê as partes. Ambas as visões são complementares. E não pode a teoria dos sistemas ser lançada como a palavra definitiva na explicação dos complexos fenômenos sociais.

> A teoria dos sistemas resolveu aparentemente o problema: o sistema depende de uma teoria geral (a teoria dos 'sistemas gerais'), mas não constitui um princípio de nível paradigmático: o princípio novo é o **holismo**, que procura a explicação ao nível da totalidade, e se opõe ao paradigma reducionista, que procura a explicação ao nível dos elementos de base. Ora, eu queria mostrar que o **holismo** depende o mesmo princípio simplificador que o reducionismo ao qual se opõe (ideia simplificada do todo e redução do todo). (...) a teoria dos sistemas não escavou os seus próprios alicerces, não elucidou o conceito do sistema. Assim, o sistema como paradigma permanece larvar, atrofiado, não esclarecido; a teoria dos sistemas sofre, pois, de uma carência fundamental; tende incessantemente a cair nos trilhos reducionistas, simplificadores, mutilantes, manipuladoras, de que se devia libertar e libertar-nos.[34]

Verdadeiramente, não se pode priorizar a totalidade nem as partes. O que se quer é partir do pressuposto de que a complexidade é a melhor expressão do conhecimento, seja ele qual for.

> Assim, devemos buscar a ideia de sistema num conceito não totalitário e não hierárquico do todo, mas, pelo contrário, num conceito complexo da **unitas multiplex**, aberto para as politotalidades. Este preliminar paradigmático é, de facto, de importância prática e política capital. O paradigma de simplificação holística conduz a um funcionamento neototalitário e integra-se adequadamente em todas as formas modernas de totalitarismo.[35]

Com efeito, o holismo que se pretende não pode ser restritivo nem ter a proposta simplificadora do cientista tradicional.

O novo nasce desde que morra o velho. Todavia, é importante assinalar que:

> O **velho** e o **novo** nas teorias científicas têm uma imbricação complexa. Tal como na questão da mudança, pensamos que um procedimento mais profícuo do que formular juízos ou definições universais sobre a incomensurabilidade será o de identificar, em cada **mudança** ou **corte, o que** e em **que sentido** é incomensurável. Conseguida essa

32. LUHMAN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samanatha Dobrowolski. Sequência n. 28, junho/94, p. 15.

33. Cf. MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Trad. Maria Gabriela de Bragança. Portugal: Publicações Europa-América, s.d., p. 139, "O primeiro domínio que importa é o conceito de sistema. Ora, a teoria dos sistemas revelou a generalidade do sistema, não revelou a 'a generecidade' do sistema. A generalidade do sistema: tudo aquilo que era matéria no século passado tornou-se sistema (o átomo, a molécula, o astro), tudo aquilo que era substância vital tornou-se sistema vivo; tudo aquilo que é social foi sempre concebido como sistema".

34. *Ibidem*.

35. *Ibidem*, p. 144.

> identificação, será mais compreensível falar-se em incomensurabilidade parcial entre paradigmas, na medida em que for reconhecida a distinção entre aqueles objetos, eixos de referência ou conceitos que permanecem comensuráveis com os anteriores, através das revoluções, e aqueles irredutíveis.[36]

Sempre fica algo das descobertas antigas. São em verdade, as construções científicas os alicerces fundamentais para a construção dos novos conceitos. Não há uma ruptura total.

As grandes revoluções nascem não apenas para contradizer em bloco todo o trabalho dos cientistas, para dizer que a mudança se faz necessária sempre, para que a ciência não se torne uma repetição sistemática de velhos conceitos ou de teses inconciliáveis com o novo tempo. A ciência ainda não consegue respostas satisfatórias para questões centrais que atormentam a humanidade.

> A ciência está bem convencida de que ainda se encontra longe de ter um quadro seguro e completo sobre a evolução dos seres vivos na Terra. E sobretudo longe de ter uma teoria explicativa satisfatória. E se atualmente é impossível duvidar do fato da evolução, permanece ainda denso mistério sobre os mecanismos íntimos que a produziram. A biologia moderna, com a descoberta e a decifração do DNA, abriu algumas brechas para entender como pode se desenvolver um organismo perfeito a partir e uma célula-ovo, como o organismo humano, por exemplo. Não foi possível, no entanto, elaborar uma teoria satisfatória para explicar como a partir dos primeiros esboços de substância orgânica surgida há três bilhões de anos, tenha se desenvolvido, por meio de um crescente movimento evolutivo, toda a infinita riqueza de formas vivas do passado e do presente, cuja expressão culminante é, atualmente, o homem.[37]

As grandes perguntas que os homens formulam há milênios ainda estão sem uma resposta. Pelo menos, não temos respostas satisfatórias. Não sabemos de onde viemos, quem somos e para onde vamos. Os mistérios continuam a existir como antes, mesmo com todo o avanço tecnológico.

5 O DIREITO E A COMPLEXIDADE: NOVAS PERSPECTIVAS PARA O SÉCULO XXI

O direito vive a crise de identidade que atinge as demais ciências, exigindo consciência e uma visão transdisciplinar, que supere a simplicidade e vá de encontro à complexidade da vida[38]. A passagem do simples ao complexo é fundamental para que possamos encontrar respostas para as mais intrincadas questões que ainda hoje afligem a humanidade.

Há a necessidade de urgentemente se afastar a objetividade da epistemologia contemporânea, porquanto a cientificidade, na maioria dos casos, é uma construção metafórica, rica de subjetividade, dotada de não-cientificidade[39].

36. EPSTEIN, Isaac. **Revoluções científicas**. São Paulo: Ática, 1988.

37. PASOLINI, Piero. **As grandes idéias que revolucionaram a ciência nos últimos cem anos**. São Paulo: Cidade Nova, s.d.

38. Ver MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Portugal: Publicações Europa-América, p. 221-235.

39. Cf. Cf. MORIN, Edgar. **O problema epistemológico da cientificidade**., "O que é interessante na epistemologia contemporânea é o reconhecimento, por parte de autores muito diferentes, de que há não-cientificidade no seio das teorias científicas. É Popper que, embora procurando desesperadamente a demarcação entre ciência e não-ciência, reconhece fundamentalmente que há postulados metafísicos e preconceitos no seio das teorias científicas – o postulado do determinismo universal, o princípio da causalidade etc. – isto é, um indemonstrável necessário à demonstração. Quanto a Lakatos, pôs em evidência que atrás do que ele chama *programas de investigação* há um núclo duro, e que também no interior deste núcleo duro há o indemonstrável. Há postulados. Holton, como sabem pôs em relvo aquilo a que chamava os *tnemata*, temas obsessivos, como a necessidade de ordem e de unidade. Fez um estudo admirável mostrando qual era a obsessão de Einstein sem a qual não teria havido a invenção da teoria da relatividade. Há ainda, sob outro ponto de vista, o que Thomas Kuhn chama *paradigma*, isto é, o próprio princípio de organização ds teorias (...). Eis, pois, no seio das teorias, um núcleo obscuro. Por trás das teorias há ainda outra coisa, e neste ponto temos de deixar o mundo anglo-saxónico e passar para o lado de Francoforte. Por trás das teorias há o que Habermas chama os *interesses*. Conhecem, com certeza, a sua distinção

O operador jurídico deverá despertar para a vida, porque o campo da não-cientificidade, e que atinge frontalmente o direito, precisa de um cuidado maior, para que os problemas humanos sejam melhor analisados, decididos e inseridos dentro do sistema jurídico.

Morin diz quais os princípios que regem a ciência clássica e os princípios contidos num paradigma de complexidade, enumerando-os:

> 1.Princípio de universalidade: 'só há ciência do geral.' Expulsão do local e do singular como contingentes ou residuais.
>
> 2.Eliminação da irreversibilidade temporal, e, mais amplamente, de tudo o que é acontecimental e histórico.
>
> 3.Princípio que reduz o conhecimento dos conjuntos ou sistemas ao conhecimento das partes simples ou unidades elementares que os constituem.
>
> 4.Princípio que reduz o conhecimento das organizações aos princípios de ordem (leis, invariâncias, constâncias, etc.) inerentes a estas organizações.
>
> 5.Princípio de causalidade linear, superior e exterior aos objetos.
>
> 6.Soberania explicativa absoluta da ordem, ou seja, determinismo universal e impecável: as áleas são alarências devidas à nossa ignorância. Assim, em função dos princípios 1, 2, 3, 4 e 5, a inteligibilidade de um fenômeno ou objecto complexo reduz-se ao conhecimento das leis gerais e necessárias que governam as unidades elementares de que é constituído.
>
> 7.Princípio de isolamento-disjunção do objecto em relação ao seu ambiente.
>
> 8.Princípio de disjunção absolutaa entre o objecto e o sujeito eu o percebe-concebe. A verificação por observadores-experimentadores diversos é suficiente não só para atingir a objectividade mas também para exlcluir o sujeito conhecente.
>
> 9.Ergo: eliminação de toda a problemática do sujeito no conhecimento científico.
>
> 10.Eliminação do ser e da existência através da quantificação e da formalização.
>
> 11.A autonomia não é concebível.
>
> 12.Princípio de fiabilidade absoluta da lógica para estabelecer a verdade intrínseca das teorias. Toda a contradição aparece necessariamente como erro.
>
> 13.Pensa-se inscrevendo idéias claras e distintas num discurso monológico.[40]

Para que se opere a mudança paradigmática há a necessidade de serem adotados outros princípios, que, em verdade, não excluem os contidos na inteligibilidade da ciência clássica. Quais são esses princípios? Morin os aponta:

> 1.Validade mas insuficiência do princípio de universalidade. Princípio complementar e inseparável de inteligibilidade a partir do local e do singular;
>
> 2.Princípio de reconhecimento e de integração da irreversibilidade do tempo na física (segundo princípio da termodinâmica, termodinâmica dos fenômenos irreversíveis), na biologia (ontogénese, filogénese, evolução) e em toda a problemática organizacional ('só se pode compreender um sistema complexo referindo-se à sua história e ao seu percurso'—Prigogine). Necessidade inelutável de fazer intervir a história e o acontecimento em todas as descrições e explicações;

entre interesses técnicos, práticos e reflexivos, distinção, na minha opinião, demasiado rígida, porque a meu ver estão misturados. Além disso, por trás das teorias não há apenas os interesses no sentido habersiano do termo, mas também atitudes psicológicas de curiosidade, de perplexidade, de questionamento do real, há a imaginação. Como sabem, Peirce introduziu a palavra *abdução* para dar conta da invenção de hipóteses e Hanson propõe a palavra *retrodução* para falar do processo pelo qual é reenviada ao espírito a visão que este projecta sobre o real. Como vêe, quando se mergulha na investigação do que é a cientificidade, o conhecimento científico, vêem-se surgir muitos temas não-científicos. E aqui chegamos à idéia que queria introduzir: a cientificidade é a parte emersa de um icebergue profundão de não cientificidade. A descoberta de que a ciência não é totalmente científica é, a meu ver, uma grande descoberta científica. Infelizmente, a maior parte dos cientistas ainda não a fizeram..."

40. MORIN, *op. cit.,* p. 247.

3.Reconhecimento da impossibilidade de isolar unidades elementares simples na base do universo físico. Princípio que liga a necessidade de ligar o conhecimento dos elementos ou partes ao dos conjuntos ou sistemas que elas constituem. 'Julgo impossível conhecer as partes sem conhecer o todo, como conhecer o todo sem conhecer particularmente as partes.' (Pascal);

4.Princípio da incontornabilidade da problemática da organização e, no que concerne certos seres físicos (astros), os seres biológicos e as entidades antropossociais, da auto-organização;

5.Princípio de causalidade complexa, comportando causalidade mútua inter-relacionada (Maruyama), inter-retroacções, atrasos, interferências, sinergias, desvios, reorientações, Princípio da endo-exocausalidade para os fenômenos de auto-organização;

6.Princípio de consideração dos fenômenos segundo uma dialógica ordem –- desordem –-interacções –- organização. Integração, por conseguinte, não só d problemática da orgnanização mas também dos acontecimentos aleatórios na busca da inteligibilidade;

7. Princípio de distinção, mas não de disjunção, entre o objecto ou o ser e o seu ambiente. O conhecimento de toda a organização física exige o conhecimento de suas interacções com o seu ambiente. O conhecimento de toda organização biológica exige o conhecimento das suas interacções com o seu ecossistema.

8.Princípio de relação entre o observador-conceptor e o objecto observado-concebido. Princípio de introdução do dispositivo de observação ou de experimentação – aparelho, recorte, grelha – (Mugur-Tachter) e, por isso, do observador-conceptor em toda a observação ou experimentação física. Necessidade introduzir o sujeito humano – situado e dotado de cultura, sociológica, historicamente – num estudo antropológico ou sociológico;

9.Possibilidade e necessidade de uma teoria científica do sujeito;

10.Possibilidade, a partir de uma teoria da autoprodução e da auto-organização, de introduzir e de reconhecer física e biologicamente (e sobretudo antropologicamente) as categorias do ser e da existência;

11.Possibilidade, a partir de uma teoria da autoprodução e da auto-organização, de reconhecer cientificamente a noção de autonomia;

12.Problemática das limitações da lógica. Reconhecimento dos limites da demonstração lógica no seio dos sistemas formais complexos (Godel, Tarsky). Consideração eventual das contradições ou apórias impostas pela obsevação-experimentação como indícios de um domínio desconhecido ou profundo da realidade (Withehead, Bohr, Lupasco, Gunther). Princípio discursivo complexo, comportando a associação de noções complementares, concorrentes e antagónicas;

13. Há que pensar de maneira dialógica e por macroconceitos, ligando de maneira complementar noções eventualmente antagonistas.

Assim esforço-me por extrair um princípio de complexidade comportando estes doze 'mandamentos'. Decerto que uma descrição puramente local ou um estudo estritamente analítico podem ignorar estes dozes mandamentos. Mas a reintegração do objecto isolado e do estudo analítico no seu contexto exige-os. O paradigma de complexidade não 'produz' nem 'determina' a inteligibilidade. Pode somente incitar a estratégia-inteligência do sujeito investigador a considerar a complexidade do problema estudado. Incita a distinguir e fazer comunicar em vez de isolar e de disjuntar, a reconhecer os traços singulares, originais, históricos do fenómeno em vez de ligá-lo pura e simplesmente a determinações ou leis gerais, a conceber a unidade-multiplicidade de toda a entidade em vez de a heterogeneizar em categorias separadas ou de a homogeneizar numa totalidade indistinta. Incita a dar conta dos caracteres multidimensionais de toda a realidade estudada.[41]

Os princípios enumerados contribuem, indiscutivelmente, para que se possa refletir a respeito do paradigma de complexidade proposto por Morin. A ciência jurídica precisa dele, porque, muito embora seja uma ciência normativa, foi construída com base na

41. *Ibidem*, p. 248-250.

racionalidade extremada, que tudo sabe, que tudo prevê, que tem leis absolutas para todos os problemas que atingem as pessoas.

A simplicidade cede lugar à complexidade, porque esta traz uma visão mais real da vida. A complexidade não elimina a simplicidade. Pelo contrário, a complementa. Ademais, conduz à hipercomplexidade, a uma eterna busca da compreensão da multidimensionalidade da vida, a fim de que não prepondere a esquizofrênica[42] separação preconizada pela ciência, na sua visão newtoniana-cartesiana.

A totalidade é uma concretude, uma expressão da natureza da vida. Ademais, quanto mais avança a tecnologia, com a criação dos mais sofisticados equipamentos para a efetivação de descobertas científicas, mais o homem se aproxima dos conhecimentos milenares, da cultura tradicional mística, preconizadora das leis da natureza.

> As possibilidades de criar uma ciência unitária e uma unitária concepção da ciência baseiam-se no descobrimento da mais profunda unidade da realidade objetiva. O notável desenvolvimento da ciência no Sec. XX depende de um fato: quanto mais a ciência se especializa e se diferencia, quanto maior o número de novos campos que ela descobre e descreve, tanto mais transparente se torna a unidade material **interna** dos mais diversos e mais afastados campos do real, enquanto se coloca de modo novo o problema das relações entre mecanismo e organismo, entre causalidade e teleologia e, com isto, o problema da **unidade do mundo.**[43]

O progresso científico se caracterizou pelo descobrimento de partículas cada vez menores do universo, pelo desvendamento dos elementos não suscetíveis de visualização a olho nu. E a especialização levou os homens a conhecer campos cada vez mais delimitados, para que houvesse uma perfeição cada vez maior no seu estudo.

> A diferenciação da ciência – que em certas etapas da evolução parecia ameaçar a sua unidade e apresentava o perigo de dividir o mundo, a natureza, a matéria em todos independentes e isolados, e de transformar os cientistas dedicados às disciplinas isoladas em eremitas solitários que haviam perdido todo contacto e possibilidade comunicação – leva, ao contrário, com os seus **efetivos** resultados e consequências, a sempre mais profundo descobrimento e a maior conhecimento da **unidade** do real. De outro lado, esta compreensão mais profunda da unidade do real representa uma compreensão também mais profunda da **especificidade** de cada campo do real e de cada fenômeno. Em pleno contraste com o romântico desprezo pelas ciências naturais e pela técnica, foram justamente a moderna técnica, a cibernética, a física e a biologia que abriram novos caminhos ao desenvolvimento do humanismo e à investigação daquilo que é especificamente humano.[44]

Kosik fala na tentativa de criação de uma ciência unitária, que alie racionalidade e misticismo[45]. Porém, acredita que a unidade do conhecimento que se deseja não leva

42. Cf. JUNG, Carl. **Fundamentos de psicologia analítica**. Trad. Araceli Elman. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 156, "A neurose é uma dissociação da personalidade devida à existência de complexos. Ter complexos é, em si, normal; mas os complexos são incompatíveis, a parte da personalidade que é por demais contrária à parte consciente se separa. E se a fissura atingir a estrutura orgânica, a dissociação será uma psicose, uma condição esquizofrênica, como o termo pode denotar. Então cada complexo passa a ter vida própria e isolada, sem que a personalidade possa uni-los. Os complexos divididos, por serem inconsciente, encontram apenas meios indiretos de expressão, ou seja, através de sintomas neuróticos. Ao invés de sofrer um conflito psicológico, a pessoa sofre de neurose. Qualquer incompatibilidade de personalidade pode causar dissociação e uma separação muito grande entre pensamento e sentimento, por exemplo, já constitui uma ligeira neurose. Quando não nos sentimos totalmente equilibrados, em relação a um determinado assunto, aproximamo-nos da condição neurótica. A idéia de dissociação psíquica é a maneira mais segura com que consigo definir uma neurose. Evidentemente não cobre sua sintomatologia e fenomenologia; é apenas formulação psicológica mais geral que posso dar."

43. KOSÍK, Karel. **Dialética do concreto.** Trad. Célia Neves e Alderico Toríbio. São Paulo: Paz e Terra, 1995, p. 45.

44. *Ibidem.*

45. *Ibidem.*

necessariamente à construção de uma nova ciência, mas sim a uma diferente maneira de se ver o mundo.

Os orientais não separaram os saberes, como fizeram os ocidentais[46]. Em verdade, a ciência, desde o primeiro momento, apresentou-se como um conhecimento racional, diferenciado da teologia, com capacidade de explicação de todos os fenômenos universais. Pelo menos essa era a promessa do cientificismo, que, em verdade, teve um papel importante na superação da religiosidade exacerbada, que, especialmente no Ocidente, tinha explicação autoritária para todos os fenômenos da vida.

> As tentativas de criar uma nova ciência unitária têm or8igem na constatação de que a própria realidade, na sua estrutura, é dialética. A existência de analogias estruturais entre os mais variados campos do real – que pode outro lado são absolutamente diversos – encontra seu fundamento em que todas as regiões da realidade objetiva são sistemas, isto é, conjuntos de elementos que exercem entre si uma influência recíproca.[47]

O problema central do conhecimento reside no abandono do misticismo pela ciência e na falta de poesia nas descobertas científicas, excessivamente racionais e, portanto, estritamente comprometidas com o modelo patriarcal de poder político.

A ciência que se desmistificou excessivamente perdeu o norte, não sabe para onde foram os precursores da explicação racional para todos os fenômenos da vida. Houve, em verdade, uma simplificação excessiva dos complexos fenômenos do universo. Infantilizou-se a verdade. Traçar uma relação de causalidade passou a ser uma medida mais do que suficiente para a explicação da relação entre dois ou mais fenômenos.

> O paralelismo do desenvolvimento de vários ramos da ciência – especialmente biologia, física, química, tecnologia, cibernética e psicologia – conduz à problemática da organização, da estrutura, da inteireza, da interação dinâmica, e com isso à constatação de que o estudo das partes e dos processos isolados não é suficiente; ao contrário, o problema essencial consiste em 'relações organizadas que resultam da interação dinâmica, fazem com que o comportamento da parte seja **diverso**, se examinado isoladamente ou no interior de um todo.[48]

Torna-se impossível, assim, a compreensão do direito sem se vislumbrar a conexão que há entre os diferentes elementos, que em dança permanente dão sentido ao fenômeno social, excessivamente social, estupidamente político e tão profundamente arraigado nos demais acontecimentos da vida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao arremate, pode-se afirmar que, efetivamente, direito necessita urgentemente ser inserido no projeto da humanidade para o século XXI, trazendo a sua racionalidade e, ao mesmo tempo, a vontade de aprender a poesia que brota de toda a atividade humana.

46. Cf. PALMER, Martin. **Elementos do taoísmo**. Trad. Cláudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: EDIOURO, 1993, p. 15, "Por causa do Tao, todas as coisas estão ligadas. Por isso, temos dentro de nós o microcosmo do Universo. Assim é a interligação de todas as coisas vivas levadas à sua conclusão suprema, que estamos todos uns dentro dos outros. A unidade fundamental de tudo, dentro e através do Tao, é o que repousa no centro do taoísmo, tanto nas suas formas originais, quanto na sua evolução em crenças e práticas religiosas mais públicas."

47. KOSÍK, *op. cit.*, p.46.

48. *Ibidem.*

Não se quer um direito que se preocupa única e exclusivamente em proibir, mas, em, fundamentalmente, colaborar para a vida em sociedade, contribuindo com o estímulo de condutas positivas.

Ademais, a singularidade de cada ser deveria ser respeitada pelo operador do sistema jurídico, haja vista que há um espaço para o exercício da criatividade. Não deverá ser esquecido o amor, como elo de ligação entre todos os seres, como elemento que estimula a vida em sociedade e que contribui para que exista uma sociedade mais coesa, mais humana, mais justa, equilibradamente contida na sua hipercomplexidade. Não deixa de ser o retorno da ciência à humanização, à religiosidade, ao misticismo que nutre, desde os primórdios da humanidade, todas as buscas empreendidas pelos seres humanos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria della norma giuridica**, Turín, Giappichelli, 1958.

____. **Teoría general del derecho**. Temis: Bogotá, 1987.

CAMINO, Maria Ester Mena Barreto. JURISGAIA – a ética jurídico-ambiental. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, ano XXV, n. 60.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida** – uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1997.

CESAR, Constança Marcondes. **Ciência e poesia.** São Paulo: Palinas, 1989.

EPSTEIN, Isaac. **Revoluções científicas**. São Paulo: Ática, 1988.

HART, H.L.A. **El concepto del derecho**. Colombia : Nacional, s.d.

JUNG, Carl. **Fundamentos de psicologia analítica.** Trad. Araceli Elman. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSÍK, Karel. **Dialética do concreto**. Trad. Célia Neves e Alderico Toríbio. São Paulo: Paz e Terra, 1995

LUHMAN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samanatha Dobrowolski. Sequência n. 28, junho/1994.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Portugal: Publicações Europa-América, s.d.

____. **O problema epistemológico da cientificidade**. Lisboa: Publicações Europa-América, 2002.

PALMER, Martin. **Elementos do taoísmo**. Trad. Cláudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: EDIOURO, 1993.

PASOLINI, Piero. **As grandes idéias que revolucionaram a ciência nos últimos cem anos**. São Paulo: Cidade Nova, s.d.

PEÑA, Francisco Garrido. **La ecología política como política del tiempo**. Granada: Comares, 1996.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2ª ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. Fundamento Quântico da Ordem Jurídica. *In*: *Revista de Informação Legislativa.* São Paulo, n. 36, out-dez/1972.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO CONTEXTO AMBIENTAL:

ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Rafael do Nascimento[1]
Ronan Saulo Robl[2]

Submetido em: 05/10/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
O presente artigo tem por objetivo estudar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental protegido pelo princípio da não regressão ambiental. Nesse aspecto, em um primeiro momento, há a preocupação em descrever a evolução dos direitos fundamentais e caracterizar o meio ambiente como um direito fundamental de terceira dimensão juridicamente protegido. Posteriormente, algumas considerações são apresentadas sobre a proibição do retrocesso e sua atribuição de garantir a preservação ambiental, o qual deve ser empregado, sempre, de maneira proporcional. Quanto à Metodologia, utiliza-se a base lógico-dedutiva, além das Técnicas do Referente, da Categoria e da Pesquisa Bibliográfica.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é referente à proibição de regressão ambiental, a qual se preocupa em manter em patamares mínimos de dignidade ecológica as conquistas alcançadas pelos governados na esfera ambiental.

Tem-se como objetivo de pesquisa esclarecer em que consiste tal proibição; quais são seus fundamentos; como vem sendo aplicada pelos Tribunais (através de exemplos práticos das Cortes pátrias e estrangeiras); e quais são suas funções de proteção frente a determinado sistema jurídico, que possui traços de temporalidade e de liberdade de conformação do legislador.

Em outras palavras, a pesquisa pretende responder à seguinte questão: qual é a importância do princípio da proibição do retrocesso ambiental para a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente hígido, digno e equilibrado?

Para tanto, primeiro valora-se o meio ambiente como um direito fundamental de terceira dimensão, portanto, transindividual e tutelado pelo sistema jurídico vigente. Após, apresenta-se a hipótese de que a vedação do retrocesso ambiental é instrumento válido para manter o grau de concretização do direito ao meio ambiente já apresentado à coletividade e incorporado ao seu patrimônio jurídico.

1. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e pela Universidade de Alicante – Espanha. Doutorando do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Email: rafael@pge.sc.gov.br.

2. Procurador do Estado de Santa Catarina. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e pela Universidade de Alicante – Espanha. Doutorando do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Email: ronan@pge.sc.gov.br.

Com o intuito de ratificar ou contrapor a hipótese acima, o estudo destaca a importância de diversos institutos que são indissociáveis do julgamento de incidência da regressão ambiental. Melhor explicando, a idéia de respeito ao núcleo rígido ou mínimo existencial do direito; a prerrogativa de liberdade de conformação do legislador; e a aplicação da proporcionalidade como via de aferição da atividade legislativa atacada, exercem influência direta sobre o resultado de ocorrência ou não do retrocesso ambiental.

Na verdade, ao descrever a hipótese, a pesquisa em questão trabalha, implicitamente, com o conceito de *bom senso*, pois nem tudo reluz é ouro. O fato de uma medida legislativa mitigar o índice de proteção ambiental não traduz, de antemão, a configuração do retrocesso. O direito, assim como todas as demais coisas e indivíduos, apresenta a característica da mutabilidade. Se a lei não é mais como era há pouco, deve-se analisar cautelosamente o motivo pelo qual houve a transformação. Resumindo, deve-se ponderar a nova lei restritiva do direito fundamental ao meio ambiente e verificar, proporcionalmente, a ocorrência jurídica do retrocesso, independentemente da flagrância fática da supressão de parcela do direito.

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 A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL CARACTERIZADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O caráter histórico dos direitos fundamentais, compreendidos como os direitos humanos internalizados e positivados nos Estados nacionais por meio da constitucionalização, permite a constatação de que a sociedade se transforma e incorpora novos valores. Na medida em que as demandas históricas a impulsionam para novos caminhos, novas estratégias político-sociais são traçadas, objetivando sempre a plena realização de uma vida humana digna e saudável.[3]

De fato, os direitos fundamentais, desde o seu reconhecimento, têm passado por inúmeras transformações, seja em relação ao seu conteúdo, seja no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Nesse contexto gravado pela mutação histórica imposta aos direitos fundamentais, costuma-se falar da existência de três dimensões de direito,[4] não se ignorando o fato de que há quem defenda a divisão em quatro, cinco, ou, até mesmo, seis dimensões.[5]

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são a manifestação constitucionalmente escrita do pensamento liberal-burguês do século XVIII, apresentando-se com cunho eminentemente individualista e afirmando-se como direitos de defesa do indivíduo contra a intervenção arbitrária e injustificada do Estado na esfera da autonomia. São, por essa

3. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008, p. 143.

4. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 45.

5. No presente estudo, em razão do posicionamento dado ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, optar-se-á por privilegiar a teoria clássica de três dimensões, a fim de não implicar distanciamento entre o objeto a ser pesquisado e o relatório da pesquisa.

razão, intitulados como direitos negativos, porquanto exigem a abstenção da atuação estatal, objetivando o respeito aos direitos fundamentalizados.[6]

São os chamados direitos civis e políticos vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às mais variadas formas de opressão estatal. São direitos inerentes à individualidade, inalienáveis e imprescritíveis.[7]

A doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet destaca que, posteriormente, tais direitos foram:

> [...] complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nessa categoria.[8]

Os direitos civis clássicos, com raízes na doutrina iluminista, surgiram e foram estampados nas Declarações de Direitos de Virgínia-EUA (1776) e da França (1789), sendo, posteriormente, positivados pela Constituição Norte-Americana de 1787 e pelas Constituições Francesas de 1791 e 1793.[9]

Com o advento da industrialização – que gerou graves problemas sociais, a exemplo das condições degradantes às quais os trabalhadores eram submetidos – e a influência da doutrina comunista, percebeu-se que os direitos negativos já não eram suficientes para garantir a dignidade do indivíduo. Tais fatos, dentre outros, impulsionaram as reivindicações dos movimentos sociais, culminando na incorporação das premissas da justiça social ao catálogo de direitos fundamentais; denominados, doravante, de direitos de segunda dimensão.

Nesse passo, os direitos sociais são caracterizados por disponibilizarem ao indivíduo direitos a prestações sociais mínimas, dentre as quais se pode destacar a saúde, a educação, o trabalho e a moradia.

Percebe-se, portanto, que os direitos econômicos, sociais e culturais ostentam uma outra dimensão. Em outras palavras, o seu reconhecimento vincula o poder público a intervir em benefício dos governados. Mais do que uma obrigação *non facere*, os direitos de segunda dimensão se traduzem em obrigação de *facere*, que impende sobre o Estado e, por conseqüência, sobre o conjunto de membros do corpo social.[10]

A propósito, vale destacar o ensinamento de Celso Lafer, o qual preceitua que: "É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos [...] têm

6. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 46.

7. WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs). **Os "Novos" Direitos no Brasil:** naturezas e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

8. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47.

9. WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs). **Os "Novos" Direitos no Brasil:** naturezas e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

10. QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional:** as instituições do estado democrático e constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 372.

como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los."[11]

Contudo, não se pode esquecer que o catálogo de direitos fundamentais de segunda dimensão não é preenchido, apenas, por direitos de cunho positivo. Há, também, as denominadas liberdades sociais, as quais dispensam a prestação do poder público, a exemplo da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos trabalhistas, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, limitação de jornada de trabalho, dentre outros.[12]

Por fim, ressalte-se que os direitos fundamentais de segunda dimensão têm como referência legal a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de Weimar de 1919, a Constituição Espanhola de 1931 e a Constituição Brasileira de 1934.[13]

Posteriormente, terminada a segunda guerra mundial, tomou-se conhecimento das feridas abertas pelo confronto e dos níveis desprezíveis aos quais a dignidade humana foi submetida.

Tratou-se, em verdade, de um processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, que abriu espaço para o surgimento de *novos* direitos, os quais foram qualificados como de terceira dimensão.

Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer acrescenta que: "A explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a mutilação e o extermínio de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados à natureza pelo desenvolvimento tecnológico desencadearam a criação de instrumentos normativos no âmbito internacional."[14]

Isso explica porque os direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de solidariedade ou fraternidade) são de titularidade transindividual (difusa e coletiva), revelando um conteúdo altamente humanista e universal. Eles se distinguem substancialmente dos direitos fundamentais de primeira (civis e políticos) e de segunda (sociais, culturais e econômicos) dimensões, que têm a sua titularidade individualizada ou, ao menos, individualizável. A marca distintiva dos direitos de terceira dimensão, portanto, reside basicamente na sua natureza transindividual, com titularidade indefinida e indeterminável, o que se percebe principalmente no direito ao ambiente hígido e equilibrado, reclamando constantemente novas técnicas de garantia e proteção.[15]

Destaque-se, portanto, que o direito ao meio ambiente está consagrado como um direito fundamental de terceira dimensão, porquanto deseja assegurar a todos uma existência digna, saudável e duradoura, criando uma atmosfera propícia ao desenvolvimento e à implementação das potencialidades humanas.

De fato, como bem leciona Tiago Fensterseifer:

---

11. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 127.

12. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 48.

13. WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos**.** *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs). **Os "Novos" Direitos no Brasil:** naturezas e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

14. *Ibidem*, p. 25.

15. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008, p. 149.

> A proteção ambiental está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que o gozo desses últimos (como, por exemplo, saúde, moradia, alimentação, educação, etc.), em patamares desejáveis constitucionalmente, está necessariamente vinculado a condições ambientais favoráveis, como, por exemplo, o acesso a água potável (através de saneamento básico, que também é direito fundamental social integrante do conteúdo do mínimo existencial), a alimentação sem contaminação química (por exemplo, de agrotóxicos e poluentes orgânicos persistentes), a moradia em área que não apresente poluição atmosférica, hídrica ou contaminação do solo (como, por exemplo, na cercania de áreas industriais) ou mesmo riscos de desabamento (como ocorre no topo de morros desmatados e margens de rios assoreados).[16]

Com efeito, ao se tutelar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, demonstra-se preocupação reflexa com as liberdades individuais e com os direitos sociais das gerações presentes e, principalmente, das gerações futuras, o que caracteriza o sentimento de solidariedade que permeia esse direito fundamental.

A necessidade de preservação é tamanha, que, ao tempo em que se impuseram os *deveres de proteção* conferidos ao Estado, criou-se o *dever fundamental* de defesa do ambiente, atribuído, especialmente, a todos os particulares.

Em outras palavras, trata-se de uma via de mão dupla a ser observada por aqueles que nela transitam (poder público e particulares). Se por um lado o particular tem *direito* a desfrutar do ambiente ecologicamente equilibrado; por outro lado, é-lhe imposto o *dever fundamental* de contribuir para a efetivação desse mesmo direito fundamental.

O artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, reporta-se, claramente, ao *dever fundamental* referido acima, porquanto confere também à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.[17]

Diante desse quadro, é inegável a importância atribuída ao direito fundamental ao meio ambiente. No entanto, para que a sua efetivação seja proporcional ao seu destaque, torna-se necessário transpor o modelo jurídico individualista estabelecido, ajustando seus conceitos no sentido de contemplar, garantir e materializar esse direito de terceira dimensão notadamente sensível e peculiar.

Partindo dessa constatação, pode-se traçar algumas reflexões de base jurisprudencial e doutrinária, no âmbito dos direitos materiais, sobre os mecanismos capazes de defender interesses coletivos e garantir juridicamente o direito ao meio ambiente, dentre os quais dar-se-á destaque ao princípio da proibição do retrocesso social.

3 A NÃO REGRESSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

A proibição do retrocesso social, doutrinariamente, aparece estampada sob diversas denominações. Em alguns países fala-se do princípio de *stand still*, que traduz a idéia de imobilidade, a exemplo da Bélgica. Na França, utiliza-se o conceito do efeito *cliquet* (trava) ou regra do *cliquet anti-retour* (trava anti-retorno). No direito anglo-saxão, encontra-se a expressão *eternity clause* ou *entrenched clause*.[18] No Brasil e em Portugal, fala-se, ainda,

16. *Ibidem*, p. 74.

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

18. PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. *In*: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

acerca da não reversibilidade dos direitos fundamentais ou da não regressão – a última utiliza-se mormente quando tem-se o meio ambiente como objeto de estudo.

No presente trabalho, tais expressões serão empregadas indistintamente, porquanto, pragmaticamente, representam a impossibilidade de regressão ou eliminação do *status quo* estabelecido sobre determinado direito fundamental.

Importa, de fato, analisar-se a natureza jurídica da vedação do retrocesso social, a qual descreve 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.[19]

A propósito, a doutrina de Cristina Queiroz sobre o assunto é esclarecedora:

> 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.*[20]

Conquanto apresente relativa imprecisão e não esteja explicitamente consagrado em nossa Constituição Federal, o princípio da proibição de retrocesso transformou-se em verdadeiro princípio geral do Direito Ambiental, sendo chamado a avaliar a legitimidade das proposições legislativas destinadas a interferir no nível de tutela do meio ambiente, principalmente quando se está em discussão: a) processos ecológicos essenciais; b) ecossistemas fragilizados; e c) espécies ameaçadas de extinção.[21]

O reconhecimento se justifica pelo fato de que, em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, há menção clara à presença do princípio da proibição do retrocesso ambiental na fiscalização da atividade legislativa.

Exemplificando, na Bélgica, o princípio em questão está previsto no artigo 1.2.1, § 2 e 3 do Decreto do Parlamento Flamengo, sob a denominação de *standstill principle*, o qual traduz na obrigação de não interdição ambiental, objetivando assegurar um mínimo de manutenção da qualidade presente do ambiente. Na Holanda, o mesmo princípio está consagrado no Plano Nacional de Política Ambiental Holandês, com a alcunha de *Soil Protection Act* (*Wet bodembescherming – bb*) e *Environmental Protection Act (Wet milieubeheer – Wm)*, destinando-se a manter a qualidade do solo em seu estado original.[22]

Destaque-se, ainda, que o tema da não regressão em matéria ambiental foi intensamente debatido na 3ª reunião mundial de juristas, realizada na cidade de Limoges, França, da qual resultou a seguinte recomendação:

19. CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 320-321.

20. QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 116.

21. BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

22. MOLINARO, Carlos Alberto. Interdição da retrogradação ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

> Para impedir todo o recuo na proteção do meio ambiente, os Estados devem, no interesse comum da humanidade, reconhecer e consagrar o princípio da não regressão. Para fazer isso os Estados devem tomar as disposições necessárias para garantir que nenhuma medida possa diminuir o nível de proteção do meio ambiente até então alcançado.[23]

De fato, o princípio da proibição do retrocesso social encontra-se devidamente consolidado na doutrina, na lei e na jurisprudência estrangeiras, conforme visto acima e nos termos da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Português, ao analisar a constitucionalidade da lei que extinguiu o Serviço Nacional de Saúde:

> Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.
>
> Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.
>
> Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) num obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.[24]

No Brasil, por outro lado, explicitamente, falta assento constitucional à não regressividade, o que não significa dizer que nosso sistema jurídico-constitucional não acolha o princípio sob análise. Ao contrário, na condição de norma, pode-se facilmente extrair a sua existência e aplicação dos princípios estruturantes do Estado constitucional, da supremacia da constituição, da máxima eficácia dos direitos fundamentais e da internacionalização dos direitos fundamentais.

A propósito, vale destacar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual restou consignada a validade da não regressão em nosso sistema jurídico:

> PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO

23. RONCONI, Diego Richard. Recomendações de Limoges para um Mundo Melhor, na Rio +20. In: Souza, Maria Cláudia da Silva Antunes de; Garcia, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2013.

24. PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão n.º 39/84**, Relator Vital Moreira, Lisboa. 11 de abril de 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 06 jun. 2021.

> PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO.
>
> [...]
>
> 11. O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da **proibição** de **retrocesso**), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.[25]

Quanto à anatomia do princípio da proibição do retrocesso social, importa evidenciar a sua dupla dimensão, que é destinada tanto a proteger os direitos fundamentais de iniciativas legislativas – sentido negativo –, quanto a promover a satisfação desses direitos – sentido positivo.

De fato, a dimensão negativa do princípio do não retrocesso ambiental é evidente. Insere-se na proteção do ambiente contra ameaças ou agressões que atinjam o nível atual de proteção jurídica conferido. Nesse sentido, tal princípio tem por norte o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, principalmente como um direito de defesa. Na outra face da moeda, tem-se a formulação de que foi necessária a atuação de sujeitos para o estabelecimento dos contornos atuais do direito ao ambiente, de modo que se pode considerá-lo, nesses termos, como um direito prestacional.[26]

Por essas razões, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira esclarecem que "uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto e, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele".[27]

Nesse contexto, analisando o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico nacional aos deveres de proteção ambiental, cumpre-se registrar que os diversos incisos do § 1° do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 trazem, expressamente, uma série de medidas protetivas a serem patrocinadas e adotadas pelos entes públicos, irradiando projeções normativas de um dever geral de proteção ambiental pelo Estado.[28]

Em virtude de referidos mandamentos constitucionais e do grau de consolidação da legislação ambiental em nosso ordenamento, o Procurador-Geral da República impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade, autuada sob o n° 4252, questionando dispositivos legais do Código Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina (Lei nº 14.675, de 13 de abril de 2009).

---

25. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n° 302.906/SP**, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília. 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=proibi%E7%E3o+retrocesso+social&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 06 jun. 2021.

26. ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

27. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

28. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

É cediço que referida ação perdeu o objeto, sendo extinta, sem resolução de mérito. Contudo, importa destacar as razões lançadas na inicial. De acordo com o Procurador-Geral, o Código Catarinense contraria regras e princípios gerais, de observância obrigatória, estabelecidos pela União em matéria de proteção ao meio ambiente. Especificamente, estariam sendo violadas partes das Leis n° 4.771/65 (Código Florestal), n° 7.661/88 (Lei do Plano Nacional do Gerenciamento Costeiro) e n° 11.428/06 (Lei de Proteção à Mata Atlântica).[29] Nessa ação, tinha-se como causa de pedir, dentre outros argumentos, a alegação da violação do princípio da proibição de retrocesso em termos socioambientais

Por outro lado, por mais nobre que seja a tutela do direito em discussão, é prudente observar que isso não implica a aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso ambiental, sob pena de se encolher a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição.

De fato, a liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da atividade legislativa, as quais seriam praticamente eliminadas se, em matéria tão vasta quanto à abrangida pelo direito socioambiental, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados.[30]

Para sopesar a questão, é indispensável a lição do doutrinador Antonio Herman Benjamin:

> Claro, não se trata aqui de pretender conferir caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso, sendo um exagero admitir tanto a liberdade irrestrita do legislador, como, no âmbito de sua autonomia legislativa, vedar-lhe inteiramente a revisibilidade das leis que elabora e edita. O princípio da proibição de retrocesso não institui camisa de forca ao legislador e ao implementador, mas impõe limites não discricionários a sua atuação.[31]

Em verdade, no caso concreto, deve-se delimitar e respeitar o mínimo existencial ecológico, o qual reside no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo traduzido como um patamar mínimo de garantias à existência humana, sem as quais a vida torna-se insuportável. Em outras palavras, havendo a diminuição ou eliminação do mínimo existencial ocorrerá, conseqüentemente, o retrocesso social.

Melhor explicando, há um conjunto mínimo de condições materiais em termos de qualidade ambiental, sem o qual o desenvolvimento da vida humana se encontra fulminado, em descompasso com o comando constitucional que impõe ao Estado o dever de tutelar a vida e a dignidade humana contra quaisquer ameaças existenciais.[32]

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é composto por um núcleo rígido ou existencial que protege a vida humana em sua essência. Muito embora tal direito possa ser reduzido ou compensado, a atividade legislativa não pode ignorar o fato de que existe uma parcela de garantias mínimas que são intocáveis. O contrário autoriza a declaração de inconstitucionalidade da norma restritiva, seja através de controle prévio

29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n° 4252/SC**, Relator Min. Celso de Mello, Brasília. 18 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109753>. Acesso em: 06 jun. 2021.

30. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976**, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 391-392.

31. BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

32. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008, p. 271.

– atuação da comissão de constituição e justiça e veto do executivo –, seja por meio do controle repressivo, a ser efetuado pelo judiciário.

Certamente, como já referido acima, o princípio da vedação do retrocesso ambiental não é absoluto, dirige-se apenas àquilo que se considera como núcleo duro do direito fundamental (ambiente, vida). Vale dizer, trata-se da fronteira – aqui entendida como a margem do núcleo – que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser invadido por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional. Já em relação à fronteira temporal, anota-se que a proibição de determinadas alterações do texto constitucional objetiva o futuro, porquanto a Constituição projeta-se nele, em um exercício hipotético inarredável. Logo, o redesenho desses limites, no que não ofenda o núcleo essencial desses direitos, impõe-se em defesa (formal) da própria Carta Magna.[33]

Contudo, a tarefa de delimitação espacial e temporal do núcleo rígido do direito fundamental ao meio ambiente é repleta de dificuldades. Como verificar se determinada atividade legislativa implicará redução da qualidade do meio ambiente e ofensa espacial ao seu núcleo rígido? Ou, ainda, quais serão as conseqüências futuras da nova lei que atualmente não apresenta nocividades conhecidas?

É cediço que não há mecanismos seguros para predefinição qualitativa e quantitativa do mínimo existencial ambiental. Por isso, seria ilógico determinar *a priori* e genericamente todas as iniciativas potencialmente lesivas ao meio ambiente que configuram o retrocesso socioambiental. Se por um lado tem-se a necessidade de preservação do meio ambiental, por outro lado – como já visto – deve-se respeitar o poder de conformação do legislador, inserido em um Estado que se transforma e se adapta ao mundo vivido.

São por essas razões que a verificação de uma possível afronta ao núcleo rígido e conseqüente caracterização de regressão ambiental, deve se dar no caso concreto, pautando a decisão legislativa ou judicial nos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da precaução.

A propósito, vale transcrever o ensinamento de Antonio Herman Benjamin:

> Se dinâmico e relativo, o princípio obedeceria à lógica do "controle de proporcionalidade", o que interditaria, "na ausência de motivos imperiosos" ou justificativa convinWcente, uma diminuição do nível de proteção jurídica. Conseqüentemente, haverá, sempre, de se exigir do legislador cabal motivação ou demonstração de inofensividade da regressão operada – a manutenção do *status quo* de tutela dos bens jurídicos em questão. Em outras palavras, deve-se atestar a equivalência material entre a fórmula legal anterior e a proposta, "a necessidade de uma modificação, demonstrada, a proporcionalidade de uma regressão, apreciada", abrindo-se, para o juiz, "fiel aos valores que fundam nosso sistema jurídico", a possibilidade de controlar essas balizas, o que não é o mesmo que "se imiscuir nas escolhas políticas.[34]

Dessa forma, na sua aplicação concreta, ou seja, na aferição da existência ou não de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam dispensar critérios adicionais, a exemplo da proteção da confiança – a depender da situação concreta –, da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial (social e socioambiental), do núcleo essencial dos direitos fundamentais e da proporcionalidade, os quais, no seu conjunto,

33. MOLINARO, Carlos Alberto. Interdição da retrogradação ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

34. BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

asseguram a devida operacionalização à noção de proibição de retrocesso no plano jurídico-constitucional.[35]

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história evolutiva do reconhecimento e da proteção dos direitos fundamentais deixa evidente o nível crescente de respeito às liberdades individuais, a obrigação de prestações por parte do poder público, bem como a vontade de assegurar a higidez do meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Nesse contexto, insere-se a proibição do retrocesso ambiental, porquanto não é desejável que as conquistas provadas pelo povo sejam erradicadas do mundo jurídico. De fato, após o direito ambiental ter alcançado a proteção atual, configura-se ilógico retroceder a patamares que comprometam a dignidade da pessoa humana e a vida que ainda está por vir.

Certamente, as aspirações ocorrem de forma linear e progressiva, de modo que qualquer medida tendente à regressão merece análise prudente, não devendo ser vista como natural.

Por essas razões, sempre que a atividade legislativa apresentar inovação no sentido de reduzir ou mitigar parcela do direito fundamental ao meio ambiente, deve-se ponderar os motivos pelos quais o legislador foi movido.

Como já destacado no presente artigo, a investigação de (in)ocorrência da regressão ambiental merece ser pautada sob uma perspectiva sistêmica, respeitando-se os vetores que influenciam na decisão legislativa, qualificando-a como proporcional ou não.

Sob o ponto de vista da aceitação do princípio da não regressão, estranha-se que, conquanto o instituto estudado reverbere em boa parte da doutrina, o eco não alcance os tribunais pátrios. Fala-se isso porque se demonstrou, no texto, que a não regressão é quase inócua, quando objetiva a declaração de inconstitucionalidade de lei em nosso país. Ao contrário, na Europa faz um bom tempo que referido princípio tem assento jurisprudencial, servindo, como exemplo, o *leading case* julgado pelo Tribunal Constitucional de Portugal, devidamente transcrito acima.

O presente trabalho, sob essa perspectiva, tem por função dar corpo ao entendimento doutrinário, priorizando a manutenção de níveis aceitáveis de preservação ambiental, na eterna busca de uma sociedade justa vivendo em um Estado Socioambiental de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976**, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

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

35. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n° 302.906/SP**, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília. 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=proibi%E7%E3o+retrocesso+social&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 06 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n° 4252/SC**, Relator Min. Celso de Mello, Brasília. 18 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109753>. Acesso em: 06 jun. 2021.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____; e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente** – dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MOLINARO, Carlos Alberto. Interdição da retrogradação ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão n.º 39/84**, Relator Vital Moreira, Lisboa. 11 de abril de 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 06 jun. 2021.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional:** as instituições do estado democrático e constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RONCONI, Diego Richard. Recomendações de Limoges para um Mundo Melhor, na Rio +20. In: Souza, Maria Cláudia da Silva Antunes de; Garcia, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jun. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos**.** In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs). **Os "Novos" Direitos no Brasil:** naturezas e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A SUSTENTABILIDADE E A EQUIDADE INTERGERACIONAL COMO BALIZAS PARA A PROMOÇÃO DO BEM-ESTAR NO ESTADO SOCIAL DE GARANTIA

Rafael do Nascimento[1]

Submetido em: 05/10/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
O presente artigo científico tem por objetivo estudar a necessária interação entre a sustentabilidade e o Estado Social de Garantia, enquanto modelo adequado para a promoção de bem-estar para as presentes e futuras gerações. Nesse aspecto, em um primeiro momento, há a preocupação em descrever o conceito de sustentabilidade e suas dimensões, conjugada com a equidade intergeracional. Posteriormente, algumas considerações são apresentadas sobre o Estado Social de Garantia, colocando-o como uma alternativa para a manutenção de níveis adequados e necessários de prestações sociais. Quanto à Metodologia, utiliza-se a base lógico-dedutiva, além das Técnicas do Referente, da Categoria e da Pesquisa Bibliográfica.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema central a figura do Estado Social de Garantia, definindo-se suas bases e sua relação com a sustentabilidade e a equidade intergeracional. Dentro desse contorno, a pesquisa investiga o grau de importância destas para o bem-estar da sociedade no contexto daquele modelo de Estado proposto.[2]

Para tanto, primeiro é evidenciado o conceito de sustentabilidade e destacadas as dimensões que possuem maior relação com as prestações oferecidas no Estado Social de Garantia, sem deixar de lado a equidade intergeracional, que tem por pressuposto a preservação das condições sociais e econômicas às gerações presentes e futuras.

Após, define-se as premissas do Estado Social de Garantia, o qual se traduz em uma nova concepção de Estado, que garante e incentiva a colaboração dos privados na realização das tarefas de interesse público, bem como remodela a efetivação dos direitos sociais aos cidadãos de forma individualizada em sujeitos ou grupos, apresentando, assim, um contraponto ao modelo universalista de prestações inerente ao Estado de Bem-Estar Social.

Por fim, realiza-se um cotejo, referendando a importância das categorias sustentabilidade e equidade intergeracional para o desenvolvimento do Estado Social de Garantia,

1. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e pela Universidade de Alicante – Espanha. Doutorando do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Email: rafael@pge.sc.gov.br.

2. O estudo em debate foi iniciado, por este autor, de forma embrionário e secundária na seguinte obra: NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

principalmente no ponto atinente à realização de políticas voltadas para o bem-estar da sociedade, sempre considerando as posições jurídicas das presentes e das futuras gerações.

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 SUSTENTABILIDADE[3] E EQUIDADE INTERGERACIONAL

A sustentabilidade em sentido amplo é conceituada por Juarez Freitas nos seguintes termos:

> Trata-se do princípio constitucional que determina, 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.[4]

Na dimensão ambiental, discute-se a importância da proteção do meio ambiente e, consequentemente, do direito ambiental, tendo sempre em vista a garantia da sobrevivência no planeta de todas as espécies de seres vivos.[5]

A sustentabilidade ambiental está relacionada com o uso dos recursos naturais de forma responsável; busca reduzir problemas ambientais como poluição, efeito estufa, aquecimento global, extinção de animais, dentre outros; e se apresenta com instrumento de equilíbrio entre os desenvolvimentos econômico e social e a preservação do meio ambiente.

Já a sustentabilidade em sua dimensão social é definida como a extensão do princípio de bem-estar universalista no tempo, de tal maneira que o bem-estar seja um direito não apenas para os cidadãos presentes, mas também para todas aquelas pessoas que nos sucedem no tempo e que constituirão a sociedade do futuro.[6]

Do ponto de vista axiológico, o princípio da sustentabilidade social toma o valor da solidariedade entre gerações e se legitima eticamente através de uma ampla e profunda reanálise dos valores sociais fundamentais de liberdade e igualdade. A liberdade e a responsabilidade devem ser pensadas conjuntamente na medida em que nossa atual liberdade implica responsabilidade de considerar os nossos sucessores em nossas ações ou nas condições de vida que projetamos para o futuro. A igualdade de direitos e obrigações significa que, como consequência de nossas ações, os cidadãos presentes e futuros devem conservar sua liberdade de tal forma que suas possibilidades e suas capacidades de tomada de decisões não devem ser alteradas.[7]

3. Não obstante a doutrina apresente divergência em relação aos aspectos sobre os quais incide a sustentabilidade, no presente trabalho tratar-se-á apenas das dimensões ambiental, social e econômica, a fim de não alargar demasiadamente o objeto da pesquisa.

4. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

5. SCHMITT, Denise Siqueira Garcia; GARCIA, Heloísa Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. Dimensão social da sustentabilidade e a pandemia da Covid-19: uma análise das desigualdades sociais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 1, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v280.2021.83685>. Acesso em: 07 jul. 2021, p. 211.

6. GARCÉS FERRER, Jorge; RODENÁS RIGLA, Francisco José. La teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración. *In*: **Revista Internacional de trabajo social y bienestar**, nº 01, 2012. Disponível em: <http://revistas.um.es/azarbe/article/view/151131>. Acesso em: 20 jul. 2021, p. 51.

7. *Ibidem.*

Seguramente, as sociedades equitativas são aquelas percebidas como as mais aptas a produzir bem-estar, razão pela qual a sustentabilidade, na sua dimensão social, reclama: a) o incremento da equidade intra e intergeracional; b) as condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas, com educação de qualidade para o convívio; e c) o engajamento na causa do desenvolvimento que perdura e faz a sociedade mais apta a sobreviver, a longo prazo, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos.[8]

Ao lado do viés social, caminha a sustentabilidade econômica que deve ser trabalhada em seu sentido mais amplo, no qual está incluído, efetivamente, o orçamento do Estado, enquanto programa de política financeira, que suporta e espelha uma dada sustentabilidade, não pode deixar de ser visto como um instrumento, ao mesmo tempo central e fundamental de um equilíbrio global nos domínios econômico, ecológico e social.[9]

Sob esse aspecto, define-se a sustentabilidade econômica como uma "[...] cláusula de regulação da alocação dos recursos financeiros no tempo, o que implica em limitações ao aproveitamento destes recursos no presente para assegurar a sua disponibilidade no futuro."[10]

No contexto da dimensão econômica da sustentabilidade está inserido, também, o objetivo da diminuição das externalidades negativas da produção, buscando por uma economia preocupada em gerar melhor qualidade de vida às pessoas. De fato, percebe-se uma estreita ligação entre a economia e o direito ambiental, porquanto ambos visam à melhoria da qualidade de vida das pessoas, alcançando um desenvolvimento social, econômico e cultural de qualidade.[11]

Ressalte-se que uma leitura desatenta ao aspecto orçamentário da sustentabilidade econômica pode levar à conclusão equivocada de que ela age no sentido de desvirtuar a característica prestacional do Estado. No entanto, a verdade é que a sustentabilidade econômica tem por objetivo assegurar níveis adequados de recursos públicos, para que o acesso ao sistema de direitos fundamentais sociais seja oportunizado às gerações presentes e futuras.

Coloca-se em destaque, portanto, o conceito de solidariedade ou equidade intergeracional, que sempre esteve inserido no contexto da metaindividualidade dos direitos fundamentais de terceira dimensão, especialmente em relação ao direito ao meio ambiente hígido e equilibrado, a ser desfrutado por todas as gerações.

Na verdade, tanto a sustentabilidade social quanto a sustentabilidade econômica estão construídas sobre a base da equidade intergeracional, a qual tem por pressuposto a preservação das condições sociais e econômicas às gerações futuras, para que possam usufruir do mesmo nível de bem-estar gozado pela geração presente. Trata-se de um

8. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 60.

9. NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. *In*: NABAIS, José Casalta; e SILVA, Suzana Tavares da. (Coords). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 24.

10. AMARO, Antônio Leitão. O princípio constitucional da sustentabilidade. *In*: OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; e SOUSA, Marcelo Rebelo de (Org.). **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 417.

11. SCHMITT, Denise Siqueira Garcia; GARCIA, Heloísa Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. Dimensão social da sustentabilidade e a pandemia da Covid-19: uma análise das desigualdades sociais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 1, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v280.2021.83685>. Acesso em: 07 jul. 2021, p. 213.

vínculo de responsabilidade, representado por esse dever objetivo de preservação de condições, que obriga as pessoas precedentes às ulteriores.[12]

Diz-se, a propósito, que o controle de sustentabilidade surge como uma espécie de limite da possibilidade do sistema, ao tempo em que a sustentabilidade do sistema deve ser considerada a partir de uma lógica de justiça intergeracional.[13]

A solidariedade intergeracional se traduz em um elo ético e jurídico entre a geração presente e as gerações futuras, de modo que toda a coletividade possa ser beneficiária do legado social irradiador de bem-estar. Na medida em que a sociedade provar, de forma responsável, as prestações sociais e a estrutura estatal, haverá, paulatinamente, a indução ao compromisso de continuidade desse processo entre gerações.

Certamente, o fundamento ético e o princípio jurídico que deve presidir a articulação entre as gerações é a solidariedade, representada como o pilar sobre o qual deve ser construída a sociedade. Do ponto de vista ético, o sentimento de solidariedade impulsiona os cidadãos a dividir aventuras e experiências com o próximo, colocando cada um ao lado daqueles desfavorecidos, percebendo problemas alheios como próprios. No sentido jurídico, a solidariedade está na origem de toda sociedade capaz de gerar um sistema jurídico que não é reconhecido se não for um sistema de solidariedades, que vai do próprio sistema econômico-financeiro ao amparo aos necessitados através de prestações sociais e pela totalidade dos serviços públicos.[14]

Nesse pensar, a solidariedade subjacente a toda sociedade supõe a consciência de direitos e obrigações, que surgem da existência de necessidades comuns e de similitudes, e busca não apenas a assunção de interesses do outro como próprio – respeitando-se a identidade –, mas também busca a inserção de uma responsabilidade coletiva referente às presentes e futuras gerações.[15]

Dessa forma, a convergência entre justiça e solidariedade nas atuais e nas futuras gerações mostra a importância dos seus desdobramentos na estrutura do Estado, especialmente diante da necessidade de adequação das prestações sociais ao contexto sustentável necessário a determinada sociedade.

3 ESTADO SOCIAL DE GARANTIA: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Após traçadas algumas considerações acerca da sustentabilidade e da equidade intergeracional, mostra-se oportuna a apresentação de uma proposta de estrutura estatal, tendente a proporcionar o bem-estar de forma equânime para as presentes e futuras gerações.

Isso porque, defende-se no presente estudo a insustentabilidade do Estado de Bem-Estar Social, o qual foi pensado sobre a premissa de que todas as pessoas, independente-

12. DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 147.

13. LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao estado social?:** a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos direitos adquiridos. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 133-134.

14. REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRNHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade**. v. 1. Itajaí: Univali, 2014, p. 68.

15. *Ibidem*, p. 68-69.

mente dos níveis de renda e de instrução, deveriam estar sob sua esfera de proteção. Dito de outra forma, o Estado de Bem-Estar Social, visando à construção de uma sociedade justa e equitativa, tornou-se, paradoxalmente, o único responsável por garantir o exercício efetivo dos direitos sociais.

Na maioria dos países do continente Europeu, essa concepção de Estado teve a sua época de ouro entre os anos de 1945 e 1980, quando aos cidadãos eram oferecidos abonos familiares, segurança social abrangendo todas as vicissitudes das vidas das pessoas, serviço nacional de saúde geral e gratuito ou tendencialmente gratuito, garantia de acesso de todos aos graus mais elevados do ensino, segundo as suas capacidades e independentemente das condições econômicas, políticas de pleno emprego, garantia do mínimo existencial, dentre outras prestações. Já no Brasil, esse conceito de Estado foi implantado apenas a partir da Constituição de 1988 (art. 1°), a qual apresentou um largo rol de normas definidoras de direitos sociais.[16]

De qualquer forma, tanto na Europa quanto no Brasil, fala-se, na atualidade, em um processo de falência parcial do Estado de Bem-Estar Social decorrente dos desequilíbrios financeiro e fiscal, do intervencionismo público na promoção de direitos prestacionais e da impossibilidade de o modelo apresentar respostas adequadas às novas demandas da sociedade plural e globalizada.

Sob o ponto de vista econômico, é possível dizer que o crescimento populacional, o aumento da expectativa de vida das pessoas e a reivindicação por índices sociais cada vez mais satisfatórios, provocaram um aumento dos custos dos direitos sociais, sem que fossem gerados recursos na mesma escala para suprir as demandas, o que provocou desequilíbrios e deficiências no processo de implementação das prestações destinadas a promover o bem-estar social.

Dessa forma, com o aparecimento de sinais de exaustão do Estado de Bem-Estar Social, surge a necessidade de idealização de um modelo de Estado que represente uma via adequada para a promoção do bem-estar de forma duradoura e sustentável, em conjunto com as conquistas realizadas pelo Estado Liberal (limitação do poder, garantia da liberdade e racionalidade).

Nesse contexto, nasce o Estado Social de Garantia, o qual se traduz em uma nova concepção de Estado, que garante e incentiva a colaboração dos privados na realização das tarefas de interesse público, bem como remodela a efetivação dos direitos sociais aos cidadãos que precisam e na medida em que precisam das prestações sociais.

Nota-se, assim, no modelo proposto, uma mudança de paradigma na articulação concebida entre o Estado e a sociedade. No Estado Liberal, havia nítida separação entre sociedade e Estado. Já no Estado de Bem-Estar Social, a sociedade representava um objeto da intervenção do Estado. No Estado Social de Garantia, por sua vez, a sociedade é uma aliada do Estado, participando como ator social relevante na condução das políticas sociais, o que põe em evidência a relação de interdependência entre o Estado Social de Garantia e os princípios da solidariedade, da cooperação e da sustentabilidade.

16. MIRANDA, Jorge. **Os novos paradigmas do estado social**. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>. Acesso em 18 jul. 2021, p. 05.

A relação em destaque ocorre na medida em que a ação solidária entre a Sociedade Civil e o Estado é instrumento hábil para atuação da dignidade social do cidadão, colocando-o em condições idôneas de exercer as próprias aptidões pessoais. Ao lado da solidariedade, a cooperação está representada na partilha de responsabilidades de colaboração recíproca, impulsionadora de uma mudança no entendimento da estatalidade e no perfil do Estado. Na mesma medida, as sustentabilidades ambiental, social e econômica representam bem-estar universalista no tempo, de tal maneira que os direitos fundamentais tenham por destinatários não apenas os cidadãos presentes, mas também todas aquelas pessoas que nos sucedem no tempo e que constituirão a Sociedade do futuro.

Melhor explicando, a mudança de paradigma considera o fato de que a responsabilidade de prestação social do Estado deve dar lugar a uma responsabilidade de garantia, na qual a concepção de bem comum não está compreendida como monopólio do Estado, mas se abre aos cidadãos e às entidades privadas. Assim, a responsabilidade de garantia consiste no fato de que o Estado assegura a qualidade das prestações oferecidas pelo privado, substituindo-o, apenas, nos casos de falhas no serviço. Trata-se de um modo de intervenção indireta do Estado para assegurar o bem comum.[17]

Esse novo modelo de Estado parece sustentável e confronta a visão míope de que o poder público seria o único agente capaz de garantir a socialidade e eliminar as desigualdades sociais. Mesmo entre aqueles indivíduos que possuíam capacidades para garantir seu próprio bem-estar, a versão providencial do Estado de Bem-Estar Social acabou gerando dependência e passividade às custas da saúde financeira do próprio Estado.[18]

Dessa forma, no quadro do Estado Social de garantia, os vários setores da sociedade civil e até mesmo o mercado passam igualmente a ser protagonistas da concretização dos direitos sociais, desafogando o Estado que passa a ter a responsabilidade de garantia pela concretização dos direitos sociais e não mais a responsabilidade exclusiva pela prestação.[19]

Além disso, no Estado Social de Garantia, a fraternidade implica uma nova concepção dos direitos sociais, em que os titulares não tenham de ser todos os cidadãos, mas todos os que precisam, na medida em que precisam, porque a abstração e a universalização dos direitos não se adapta aos novos padrões de desigualdades, que não são apenas predeterminadas entre diferentes setores sociais, mas também podem ser conjunturais e existirem dentro do mesmo grupo de potenciais beneficiários.[20]

Segundo José Carlos Vieira de Andrade, o Estado pode ter de assegurar a existência de serviços universais em certas áreas, mas não tem necessariamente de manter serviços estaduais de prestação em regime de monopólio – a exemplo da saúde, segurança social, educação e cultura –, muito menos serviços gratuitos, ou tendencialmente gratuitos, que, aliás, tem revelado efeitos fortemente regressivos em termos sociais.[21]

Nesse sentido, João Carlos Loureiro acrescenta que:

17. LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao estado social?:** a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos direitos adquiridos. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 91-92-216-217.

18. TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e concretização judicial dos direitos sociais**. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt>. Acesso em: 11 jul. 2021, p. 49.

19. *Ibidem.*

20. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 66.

21. *Ibidem.*

> O que se passa é que um modo de garantia é, em muitas áreas, dado por deveres de regulação em lugar dos tradicionais deveres de prestação. Assim, o recuo do Estado, nomeadamente através dos processos de (re)privatização, não é necessário sinônimo – no caso do Estado garantidor, pelo contrário! – de abandono do Estado. Mais: o adeus à intervenção pela via da prestação, com incidências nas relações com o mercado de trabalho ou na saúde, por exemplo, não significa que o Estado se limite ao papel liberal tradicional de uma "responsabilidade-quadro".[22]

Exemplificando, Suzana Tavares da Silva expõe que no modelo do serviço público assente em tarifas, inserido no Estado de Bem-Estar Social, imperava o princípio da socialidade na garantia da universalidade destes serviços através do respectivo financiamento, pelo menos parcial, a partir de transferências do orçamento do Estado. Acreditava-se que se o Estado os deixasse à iniciativa privada ou fixasse o preço ótimo para os serviços (uma tarifa que cobrisse a totalidade dos custos), estes deixariam de ser acessíveis a um largo círculo de consumidores. Por conseguinte, este modelo, baseado na subsidiação pública dos preços dos bens e serviços que asseguravam o bem-estar das populações (eletricidade, gás, transportes), deixou os respectivos beneficiários em um estágio de letargia quanto à consciencialização dos respectivos custos, desresponsabilizando-os pela necessidade de incluir a sua efetiva sustentação no contexto do orçamento familiar.[23]

Por outro lado, a resposta dada pelo Estado Social de Garantia não parte da premissa de um aporte público de base como alavanca garantidora da coesão social, baseando-se antes em um esquema dinâmico de realização do bem-estar, que apela à responsabilização social (pela prestação), pública (pela regulação) e individual/coletiva (pela sustentação financeira), mas que comporta institutos capazes de assegurar o valor da solidariedade e o mesmo nível de coesão.[24]

Nesse modelo de Estado, portanto, os direitos a prestações sociais tendem, tal como os direitos de determinadas categorias sociais abertas (jovens, idosos, mulheres, mães, deficientes), a constituir discriminações positivas e cada vez menos podem ser concebidos como puros direitos universais de igualdade. Em contrapartida, o conteúdo essencial desses direitos – o mínimo necessário para uma existência condigna – poderá ser equacionado, nos seus diversos aspectos, como um direito pleno de todos à prestação do Estado, como prestador de garantia ou de último recurso.[25]

4 A RELAÇÃO ENTRE SUSTENTABILIDADE E ESTADO SOCIAL DE GARANTIA: A NECESSIDADE DE MANTER O BEM-ESTAR DA SOCIEDADE NO TEMPO

Após discorrer sobre os conceitos de sustentabilidade, equidade intergeracional e Estado Social de Garantia, torna-se imprescindível realizar um cotejo sobre a importância daquelas categorias para o desenvolvimento do referido modelo estatal, principalmente no ponto atinente à realização de políticas voltadas para o bem-estar da sociedade.

22. LOUREIRO, *op. cit.*, p. 93.

23. SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade no financiamento do bem-estar: o fim das "boleias"? **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, v. V, FDUL, Coimbra Editora, 2012, p. 830.

24. *Ibidem,* p. 842.

25. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 66.

De fato, o Estado Social de Garantia deve ter por base uma sociedade equitativa, que é percebida, no presente estudo, como a mais apta a produzir bem-estar. Nesse cenário, defende-se a implementação da sustentabilidade, na sua dimensão social, como: a) o incremento da equidade intra e intergeracional; b) as condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas, com educação de qualidade para o convívio; e c) o engajamento na causa do desenvolvimento que perdura e faz a sociedade mais apta a sobreviver, a longo prazo, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos.[26]

Assim, por exemplo, a sustentabilidade social implica que é legítimo levar a cabo mudanças nas políticas públicas se os benefícios globais superarem os efeitos negativos, sempre e quando haja uma redistribuição posterior dos benefícios entre toda população presente e futura, aumentando a equidade intergeracional.[27]

De fato, as prestações devem ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, aceitando-se, de acordo com o contexto social, a revisão do número de seus beneficiários ou da amplitude do serviço.

Além disso, concomitantemente à responsabilidade estatal, evidencia-se a responsabilidade social dos indivíduos como indispensável à manutenção dos patamares das prestações sociais em coerência com o momento vivido por determinada sociedade. Tais medidas permitem que os níveis de direitos sociais prestacionais sejam usufruídos, indistintamente, pelas gerações presentes e futuras.

Em resumo, essa visão de sustentabilidade social inaugura a premissa de que o Estado e a sociedade devem propiciar bem-estar à geração presente, sem abdicar do bem-estar das gerações futuras.

Na verdade, a sustentabilidade social representa um critério que deve ser parâmetro de concretização de direitos sociais. Melhor explicando, propõe-se uma concretização dinâmica desses direitos em respeito às circunstâncias no mundo dos fatos, permitindo-se que sejam dados passos atrás nos níveis de socialidade alcançados por determinada sociedade.[28]

Nesse ponto, percebe-se que o Estado de Bem-Estar Social ergueu suas bases sobre solo frágil, porquanto, ao longo dos anos, a preservação do elevado grau de concretização dos direitos sociais tem se revelado insustentável e autofágica, a ponto de violar as figuras da equidade e solidariedade entre as gerações.

Com base nessas premissas, em alguns países da Europa – especialmente Portugal e Espanha –, já foram adotadas medidas de respeito à sustentabilidade econômica do Estado Social, a exemplo da redução dos custos de manutenção de pessoal e da estrutura administrativa e da revisão da concessão de benefícios da previdência social, a fim de promover o equilíbrio das contas públicas.

26. FREITAS, *op. cit.,* p. 60.

27. GARCÉS FERRER, Jorge; RODENÁS RIGLA, Francisco José. La teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración. *In*: **Revista Internacional de trabajo social y bienestar**, nº 01, 2012. Disponível em: <http://revistas.um.es/azarbe/article/view/151131>. Acesso em: 20 jul. 2021, p. 51.

28. TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e concretização judicial dos direitos sociais**. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt>. Acesso em: 11 jul. 2021, p. 21.

De fato, segundo José Casalta Nabais, a sustentabilidade do Estado fiscal[29] atual não dispõe de outra alternativa efetiva senão a da redução significativa das despesas públicas, de modo a restabelecer um equilíbrio adequado às forças da economia de mercado para gerar resultados tributáveis, a fim de preservar o Estado Social. A revisão das despesas públicas passa, designadamente, de um lado, pela redução expressiva da estrutura administrativa e, de outro lado, por desenhar um sistema de equilíbrio que, em uma perspectiva intergeracional, trate as gerações passadas, a geração presente e as gerações futuras com um mínimo de equidade e justiça de modo que a cadeia de gerações não seja quebrada.[30]

A esse respeito, vale mencionar que o Tribunal Constitucional português já reconheceu a sustentabilidade econômica como argumento plausível para restringir prestações sociais em desacordo com o contexto histórico, tendo em vista o oferecimento de prestações adequadas e igualitárias para as presentes e futuras gerações[31]

A readequação das prestações sociais se justifica na medida em que a sustentabilidade se apresenta cada vez mais problemática nos tempos de profunda crise enfrentada pela sociedade. Isso porque a falta de crescimento econômico aliada à necessidade de correção de graves desequilíbrios acumulados das contas públicas têm conduzido a uma carga fiscal próximo do limite que não é possível manter por muito tempo.[32]

Dessa forma, a sustentabilidade econômica impõe a racionalização das prestações sociais, eliminando, gradualmente, aquelas que não têm razão de subsistir em um quadro de escassez de recursos financeiros e adequando a esse novo contexto as prestações mantidas à sociedade.[33]

Acrescenta-se a essa racionalização o fato de que os enormes custos que a atual situação de emergência econômico-financeira comporta hão de ser repartidos pela cadeia de gerações, em conformidade com um estrito princípio de solidariedade intergeracional.[34]

Não se pode negar a possibilidade de debater a função do Estado e os níveis de direitos prestacionais sob a perspectiva do futuro. Isso porque, semelhantemente ao que ocorre na esfera ambiental, às gerações posteriores deve ser oportunizado o gozo do nível de bem-estar social equivalente àquele oferecido aos seus antecessores.

Isso se justifica porque no compasso da evolução histórica dos direitos fundamentais, passou-se da perspectiva do indivíduo para a da espécie humana, considerada, inclusive, na sua dimensão futura, através da proteção jurídica dos interesses das gerações posteriores. Assim como, das liberdades individuais migrou-se para a solidariedade planetária.[35]

29. Trata-se, em resumo, de Estados financiados essencialmente por tributos. NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; e SILVA, Suzana Tavares da. (Coords). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 12.

30. NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. *In*: NABAIS, José Casalta; e SILVA, Suzana Tavares da. (Coords). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55.

31. PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão n.º 575/2014**, Relator Carlos Fernandes Cadilha, Lisboa. 14 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 18 jul. 2021.

32. NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. *In*: NABAIS, José Casalta; e SILVA, Suzana Tavares da. (Coords). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55.

33. SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 117.

34. NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. *In*: NABAIS, José Casalta; e SILVA, Suzana Tavares da. (Coords). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 56.

35. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

Nesse contexto, considerando as características já destacadas anteriormente, o Estado Social de Garantia se apresenta como uma proposta viável para implementar os direitos sociais de forma sustentável e equitativa entre as gerações.

De fato, a mudança de paradigma em relação aos destinatários dos direitos e a atuação de vários setores da sociedade civil como protagonistas da concretização dos direitos sociais permitem que o Estado possa pensar acera do bem-estar da população sob o prisma da sustentabilidade, pois deixa-se de lado o universalismo do acesso às prestações e passa-se à responsabilidade de garantia, preservando-se, pontualmente, o dever de o Estado atuar em benefício da sociedade.

Nessa perspectiva de adequação do Estado, através da sustentabilidade econômica, é preciso considerar as transformações econômicas; os custos dos direitos sociais; o nível de endividamento público; e a ideia da equidade intergeracional. Tudo isso para que esse modelo de Estado possa superar os momentos de crise em que é submetido ao longo da história, em respeito às gerações futuras, as quais não detêm poder de decisão sobre a parcela de direitos e o estado em que irão recebê-los.

Por essas razões, vê-se que a sustentabilidade e a equidade intergeracional representam balizas para a promoção do bem-estar no Estado Social de Garantia, observando-se que os direitos sociais devem ser entendidos dentro de um contexto político-econômico e em observância ao compromisso intergeracional.

5 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.

Nesse contexto, insere-se o Estado Social de Garantia, o qual se traduz em um modelo de Estado que representa uma via adequada para a promoção do bem-estar de forma duradoura e sustentável, em conjunto com as conquistas realizadas pelo Estado Liberal, dentre as quais estão a limitação do poder, a garantia da liberdade e a racionalidade.

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.

Contudo, não se pode negar a necessidade de mudança de paradigma no sentido de que a responsabilidade de prestação social do Estado deve dar lugar a uma responsabilidade de garantia, na qual a concepção de bem comum não está compreendida como monopólio do Estado, mas se abre aos cidadãos e às entidades privadas.

Sob o ponto de vista da aceitação e da difusão do modelo do Estado Social de Garantia, percebe-se que a matéria em estudo é pouco debatida pela doutrina brasileira, principalmente quando esse perfil estatal é conjugado com a sustentabilidade e com a equidade intergeracional. Nessa perspectiva, o presente trabalho tem por função dar corpo ao entendimento doutrinário que prioriza a manutenção de níveis aceitáveis

de prestações sociais, em cooperação com o setor privado, para a geração atual e para aquelas gerações que estão por vir.

REFERÊNCIAS

AMARO, Antônio Leitão. O princípio constitucional da sustentabilidade. *In*: OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; e SOUSA, Marcelo Rebelo de (Org.). **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976**, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

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

GARCÉS FERRER, Jorge; RODENÁS RIGLA, Francisco José. La teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración. In: **Revista Internacional de trabajo social y bienestar**, nº 01, 2012. Disponível em: <http://revistas.um.es/azarbe/article/view/151131>. Acesso em: 20 jul. 2021.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao estado social?:** a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos direitos adquiridos. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Os novos paradigmas do estado social**. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2021.

NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. *In*: NABAIS, José Casalta; e SILVA, Suzana Tavares da. (Coords). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011.

NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão n.º 575/2014**, Relator Carlos Fernandes Cadilha, Lisboa. 14 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 18 jul. 2021.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. In: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRNHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade**. v. 1. Itajaí: Univali, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SCHMITT, Denise Siqueira Garcia; GARCIA, Heloísa Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. Dimensão social da sustentabilidade e a pandemia da Covid-19: uma análise das desigualdades sociais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 1, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v280.2021.83685>. Acesso em: 07 jul. 2021.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

_____. Sustentabilidade e solidariedade no financiamento do bem-estar: o fim das "boleias"? **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, v. V, FDUL, Coimbra Editora, 2012, p. 819-842.

TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e concretização judicial dos direitos sociais**. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt>. Acesso em: 11 jul. 2021.

CUSTOS DE TRANSAÇÃO, MERCADO E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - A LEI Nº 14.133/21

Ronaldo Nunes Ferreira[1]

Submetido em: 28/09/2021
Aceito em: 28/10/2021

RESUMO
Trata-se de uma abordagem teórica, mas de alcance prático, fundada na metodologia da teoria dos custos de transação, instrumentalizada pelo método qualitativo, em que se discute a relação entre custos de transação, mercado e o impacto das novas regras de contratação de serviços contínuos de dedicação exclusiva pela Administração Pública, estabelecidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos nº 14.133/2021. A partir dessa abordagem interdisciplinar do campo da Economia e do Direito, discorre-se acerca das novas regras licitatórias que terão impacto de maneira relevante e eficiente no mercado de licitações e contratos no Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é fazer uma abordagem acerca da interrelação entre os custos de transação, mercado e a contratação pela Administração Pública, de serviços contínuos de dedicação exclusiva, assim definidos no artigo 6º, XVI, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos nº 14.133/21.

Ao estabelecer as balizas e relação entre os institutos dos custos de transação e mercado, fazer um panorama dos custos envolvidos na contratação de serviços contínuos de dedicação exclusiva, nominada "terceirização de serviços". Após, tratar de algumas normas da nova lei de licitações que tenham pertinência e guardem relevância com os custos de transação, mercados, como foco na modelagem da contratação de serviços contínuos.

Ao tratar de custos de transação, adota-se um conceito mais amplo que o conceito tradicional da economia neoclássica de custos de produção, custos internos da firma advindos da produção de bens/serviços. Os custos de transação decorrem da contratação e são aqueles em que se incorrem os agentes econômicos na pesquisa de informação, na busca do pretendente, na celebração dos acordos, na fiscalização do cumprimento contratual, no sancionamento e no enfrentamento da judicialização.

Estamos em constante interação com mercados, desde que acordamos até o fim de nosso dia. Mercados são espaços físicos ou virtuais, legalizado ou negro, de dimensão local regional, nacional ou mundial, criados espontaneamente ou desenhados pelos participantes. São espaços que servem para organizar, cooperar, coordenar e competir uns

1. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Católica do Salvador/BA, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Excelência (JUSPODIVM), Procurador do Estado da Bahia.

com os outros e afinal definir a troca e compra e venda da mercadoria, bem ou serviço, pela interação entre participantes.

Mercados em regra devem ser densos, porém sem congestionamentos, no sentido de que devem ter muitos participantes, diluídos no tempo de atividade do mercado, mas sem gargalos que impeçam ou retardem transações. Devem ser seguros, com regras definidas e de conhecimento de todos, e de obediência mútua. Rápidos no sentido de que devem permitir decisões rápidas, coordenados pelo sistema de preços e outros parâmetros. Finalmente, devem ser simples e fáceis de transacionar.

Nessa interação entre custos de transação, mercado e contrato de terceirização (serviços de dedicação exclusiva), fazer uma incursão no sentido de apontar alguns parâmetros e balizas nominados "desenho de mercado", trazidos pela Lei nº 14.133/2021, que de alguma forma possam contribuir para o aperfeiçoamento desse espaço de transação.

2 CUSTOS DE TRANSAÇÃO NA RELAÇÃO CONTRATUAL

Custos de transação são aqueles em que incorrem os agentes econômicos nas trocas e nos acordos, na busca da formalização do contrato. São custos que os agentes enfrentam sempre que recorrem ao mercado, envolvendo o custo de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato e ainda custos contra ações oportunistas não cobertas pelo contrato (assimetria de informações).

Oliver Williamson (1985, pag. 15) pesquisou a interação das organizações, mercados e contratos e sua relação com os custos de transação. Concluiu que a busca por eficiência com vantagem competitiva define a governança e dimensões da organização. A premissa do autor é que as organizações não são caracterizadas pela função de produzir, mas pela função de organizar, vista como uma estrutura de governança. Assim, a eficiência da organização decorre de sua capacidade de reduzir custos de transação necessários à concretização do processo produtivo, que em última instância se realiza pela contratação.

Diferente da abordagem econômica neoclássica focada nos custos de produção, custos de transação são os advindos da contratação, incluindo o percurso até sua execução e extinção. A teoria dos custos de transação discute as dimensões e formas da organização econômica como um problema de contratação. Tendo como referência a formalização do contrato, os custos de transação podem ser *ex ante*, como os custos de pesquisa de potencial contratante, licitação, negociação, celebração de salvaguardas, e *ex post*, os custos de adaptações bilaterais dos contratantes, governança na solução de conflitos, fiscalização da execução contratual e sanção.

Os custos de transação são determinantes para a decisão de ir ao mercado para contratar serviços/comprar bens, ou internalizar os custos, produzindo ou prestando o serviço internamente, sem contratar via mercado, no caso da Administração Pública pela realização do concurso público, consubstanciado numa relação hierárquica ao invés de relação contratual com a iniciativa privada.

A decisão de contratar via mercado ou produzir internamente, com adoção de um modelo de gestão ou estrutura de governança vai levar em conta características como a homogeneidade do bem, a existência de muitos fornecedores, especificidade do bem,

frequência das relações contratuais e incerteza, bem como a existência de outros custos que dificultam a contratação.

Supondo a informação suficiente, um viés do custo de transação é a quantidade de participantes envolvidos no negócio e, ainda, a natureza do acordo que se pretende. No primeiro caso é preciso localizar e contactar o pretendente. Quanto à natureza da negociação, surge o problema da descoberta das preferências e a possibilidade de alguns intervenientes que ficam à margem do acordo. O nível de detalhe que se deseja inserir no contrato também é relevante nesta fase.

Passada a fase da pré-contratação com a celebração do contrato, a fim de garantir a execução contratual, surgem os custos de fiscalização, sanção e da judicialização.

Seja pelos custos de informação, seja pelos custos de comunicação, ou ainda pelo comportamento oportunista ou incerteza, diversos fatores impedem acordos que seriam proveitosos de acontecerem e requerem uma reação jurídica visando evitar o resultado indesejável. As características dos pretendentes contratantes, do objeto do contrato, o comportamento oportunista e a assimetria de informações envolvidas vão determinar contingências relativa aos custos de transação, como segue:

Custos de transação mais baixos	**Custos de transação mais elevados**
Bem ou serviço padronizado	Bem ou serviço único
Direitos claros ou simples	Direitos incertos e complexos
Poucas partes	Muitas partes
Partes amistosas	Partes hostis
Partes que se conhecem	Partes que não se conhecem
Comportamento sensato	Comportamento insensato
Intercâmbio instantâneo	Intercâmbio retardado
Sem contingências	Contingências numerosas
Baixos custos de monitoramento	Altos custos de monitoramento
Penalidades baratas	Penalidades dispendiosas

Da análise da tabela se apura a importância do comportamento humano para compor as transações e definir o grau de dificuldade do acerto. A assimetria de informações também é importante componente gerador de custos de contratar. Finalmente as peculiaridades do objeto do contrato são determinantes na busca de redução de custos de transação e garantia de uma situação ótima de negociação.

3 CUSTOS DOS SERVIÇOS CONTÍNUOS DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA – *EX ANTE E EX POST*

O contrato visa obter ganhos recíprocos para as duas partes (ganho de Pareto), serve para gerar riqueza e realizar a divisão do trabalho, compartilhamento de riscos e incerteza. Se o contrato visa produzir acordos, toda a estrutura deve ser voltada a facilitar a realização dessas transações. A contratação evidencia uma tensão constante entre compromisso e adaptabilidade. Ainda que elaborado o instrumento contratual, ao longo do tempo podem ocorrer contingências externas e internas que alterem o equilíbrio do contrato. Assim, os contratos são, por excelência, incompletos, devido à racionalidade limitada, à incompletude de informações, à imprevisibilidade e ao custo de oportunidade.

Malgrado o arcabouço legal guarde em si uma ineficiência intrínseca, que Nóbrega (2019, pag. 417) caracteriza como "um permanente *tradeoff* entre eficiência e legalidade e o quanto o sistema jurídico está preparado para lidar com esse dilema", a nova Lei de Licitações e Contratos - Lei nº 14.133/2021 trouxe regras inovadoras e ainda internalizou regras e práticas já adotadas pelos gestores públicos e pelo Tribunal de Contas da União, importantes à efetividade da contratação e da boa execução do contrato, cuja relevância merece consideração.

A contratação de terceirização de serviços contínuos tem características peculiares que impõe altos custos de monitoramento da execução contratual, sanção e tem forte potencial de gerar custos de judicialização. Segundo doutrina de Vólia Bomfim[2] , trata-se de uma relação trilateral em que se tem um contrato administrativo entre Administração Pública (tomador de serviços) e uma empresa contratada (prestadora de serviços) e na outra ponta um contrato de trabalho entre esta empresa prestadora de serviços e seus empregados. Nesse cenário desenvolve-se uma relação com muitas partes, entre elas sindicatos da categoria e profissional, com direitos individuais e coletivos complexos, intercâmbio retardado, contingências numerosas de difícil fiscalização, em especial pelas múltiplas verbas e encargos com fatos geradores diversos, e com serviços prestados que não podem sofrer solução de continuidade no âmbito da Administração.

A fase *ex ante* contempla custos da pesquisa e contratação. Um comportamento oportunista adotado pelo licitante é o mecanismo chamado "jogo de planilha" em que o partícipe subestima custos e seu próprio lucro, visando garantir o êxito no certame, por meio de preços menores, com expectativa futura de compensação de segunda ordem

Os licitantes detêm mais informações sobre o objeto/serviço que oferecem do que a Administração contratante. Diferente da iniciativa privada, em que a firma oferece inúmeros contratos e um possível contratante se encaixa na avença que mais lhe atende, o contrato com a Administração é previamente formatado e tem natureza de adesão, o que obriga o contratado a se adaptar às cláusulas, sem nenhuma flexibilização ou negociação. Isso é motivo gerador de problemas que pode resultar em uma má execução contratual e busca de mecanismos de compensação de custos, na fase da execução contratual, com requerimentos de reequilíbrio e repactuação contratual não previstos e por vezes através da prestação do serviço deficiente qualitativa e quantitativamente.

2. Vólia Bomfim, 2013, p. 480.

A assimetria informacional se acentua à medida em que o contratante pouco conhece o contratado. A Administração Pública não possui mecanismos satisfatórios para apreender a capacidade operacional e a estrutura de custos do contratado. As sinalizações são limitadas e se resumem a entrega do balanço patrimonial e de certidões fiscais.

As dificuldades na contratação (*ex ante*) trará resultados na fase da execução contratual, o que demanda a necessidade de minucioso monitoramento do contrato. A fiscalização do contrato de mão de obra com dedicação exclusiva tem complexidade ímpar pela correlação com o contrato de trabalho e com direitos individuais e coletivos com grau de dificuldade para fiscalizar, com situações diversas e fatos geradores de verbas trabalhistas diversos, cuja fiscalização exigirá alto grau de profissionalismo. O resultado é alto potencial de judicialização de ações trabalhistas individuais e coletivas, que se agravam à medida em que pedidos de reequilíbrio contratual/repactuação são comumente utilizados para justificar inadimplência do empregador.

A jurisprudência atual dos tribunais trabalhistas tem entendimento pacífico pela responsabilização subsidiária do Ente Público tomador de serviços pelas verbas trabalhistas e rescisórias, quando provada a culpa do tomador na fiscalização do contrato, e essa posição está albergada pelo art. 121, § 2º, da Lei nº 14.133/2021. Essa conjunção leva a um custo *ex post*, decorrente da judicialização, cada vez mais expressivo e esse incremento de custos advindos da modelagem contratual pode levar a questionar as bases de sustentação do modelo que é a redução de custos.

A possibilidade de renegociação contratual cria expectativas e gera conflitos. Definir critérios de transparência no procedimento de repactuação e reajuste contratual, especialmente pela Administração Pública, é essencial para mitigar conflitos e evitar expectativas irreais. As regras devem estar previamente estabelecidas no contrato, com definição de prazos e de trâmites, com cumprimento de expectativas por ambas as partes.

Por fim, a administração tem um tempo de resposta de sancionamento de descumprimento contratual limitado, seja por conta dos protocolos próprios e das instâncias hierárquicas, seja ainda pela falta de expertise na condução e celeridade do processo sancionatório.

4 O MERCADO E O "DESENHO DE MERCADO": INTERVENÇÃO EFICIENTE

Mercados são espaços físicos ou virtuais, criados espontaneamente ou desenhados pelos participantes, que servem para organizar, cooperar, coordenar e competir uns com os outros e afinal definir quem vai receber a mercadoria ou bem.

Mercados devem ser densos, no sentido de que devem ter muitos participantes, diluído no tempo de atividade do mercado. Devem ser seguros, com regras definidas e de conhecimento de todos, e de obediência mútua. Rápidos no sentido de que devem permitir decisões rápidas, coordenados pelo sistema de preços e outros parâmetros. Simples, traduzido como facilidade de transacionar e finalmente sem congestionamentos, que são gargalos que impedem ou retardam transações. Mercado eficiente é aquele que revela informações, habilidades, interesses e preferências.

Um dos institutos mais estudados da economia é o mercado. Mackaay[3] lembra que já de longa data, em 1776, com Adam Smith, a questão vem sendo exaustivamente abordada. Pode ser conceituado como um espaço em que pessoas se relacionam em busca de maximização de seus interesses, para comprar, vender e trocar. Embora espontâneo, o mercado possui certas regras, ainda que não criadas, e normalmente possui um sistema de preços que coordena todos os interesses e define as alocações.

Por muito tempo acreditava-se que o mercado era fenômeno natural que não poderia ser alterado. Essa visão hoje está superada pela possibilidade de intervenção nas regras e parâmetros com a ferramenta chamada "desenho de mercado", que visa especialmente aperfeiçoar o espaço de intercâmbio.

Normas e regulamentos públicos e privados podem ter a utilidade de desenhar mercado. Como afirma Alvin Roth[4], leis editadas pelos governos criam condições e limitações de mercado. Assim também normatizações privadas como franquias, shoppings e associações do setor criam regras de mercado. Ao definir padrões de produtos, de origem dos insumos a serem utilizados e de preços praticados, cria-se um desenho que pode vir a ser eficiente.

Um exemplo de intervenção que se caracteriza como desenho de mercado foi a invenção da moeda. Roth[5], citando Stanley Jevons, tratando da questão, observou que a invenção do dinheiro foi uma boa solução de desenho de mercado, superando a difícil logística da permuta. Com isso, possibilitou rapidez e facilidade no que há de essencial no espaço de troca que é a "dupla coincidência", encontro dos participantes ofertante-adquirente.

Uma outra experiência de sucesso foi o arranjo legal de mercado de capitais, surgida nos Estados Unidos no início do século XX. As chamadas *Blue Sky Laws*[6]*, o Securities Act em 1933 e o Securities and Exchanges, em 1934,* se tornaram a base das regulações contemporâneas do mercado de capitais, modelando uma estrutura fundada na transparência, visando a garantir que os investidores tenham toda a informação, tempestiva e ampla, para a tomada de decisões. São exemplos de que informação e transparência podem garantir autonomia e capacidade de decisão mais eficiente.

Todo tipo de intervenção no espaço de transação pode trazer benefícios ou prejuízos às transações. Necessário é estudar o mercado, identificar falhas e gargalos, testar inovações e corrigir desvios na busca da eficiência nas relações de intercâmbio.

5 O DESENHO DE MERCADO DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DE SERVIÇOS DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA – LEI Nº 14.133/2021

Normas e regras criam regulamentações e podem servir de infraestrutura para o desenho de mercado. Nesse sentido, há regras na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos nº 14.133/21 que geram intervenção eficiente no espaço regulado, afe-

3. MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89.

4. Roth. Alvin E. **Como funcionam os mercados:** a nova economia das combinações e do desenho de mercado/Alvin E. Roth; tradução Isa Mara Lando e Mauro Lando - 1 ed. – São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016, p. 252.

5. *Ibidem, p. 46.*

6. MACKAAY, *op. cit.*, p. 619.

tando o sistema de incentivos entre os participantes, e por sua importância merecem considerações.

A primeira regra que se destaca é a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, prevista no art. 174 c/c art. 23, que estabelece a obrigatoriedade de estabelecimento de um espaço único nacional onde serão concentradas as compras, termo de referência, com previsão de um painel de preços de mercadorias e serviços. Uma das utilidades do PNCL é servir de espaço centralizador de preços, o que pode servir de sistema de preços de mercado, que tem extremo valor na mitigação da assimetria de informações e na convergência para a justa competitividade, além de facilitar e agilizar as transações.

O preço, na visão da Economia, traz intrínseco uma quantidade grande de informações: se o produto é escasso ou abundante, quem deve consumir, quanto se deve produzir. Os algarismos que denominamos preço traz um conjunto de informações valiosas, que serve especialmente para coordenar o mercado, que autorregula pela coordenação do preço (mão invisível). O preço, tal como um sinal de antena, garante as informações de preços a todos os participantes do mercado e mitiga a assimetria de informações. Mais que isso, facilita a dupla interação entre ofertante e comprador. A consequência é um mercado mais competitivo, rápido na escolha de ofertantes e pretendentes, fácil na contratação e com menor custo de transação.

Todos esses aperfeiçoamentos podem ser visualizados no estabelecimento do Portal Nacional de Licitações e Contratação que representa, à luz do espaço de mercado, um ganho de eficiência com afetação direta na mitigação de assimetria de informações.

Atrelada a essa questão dos preços, a nova lei traz no art. 23 e parágrafos, como novidade, a estimativa de valor compatível com o mercado. Entre os parâmetros a previsão de pesquisa de três fontes para formação de preços de mercado, nos moldes da IN 73/2020.

Um aspecto de extrema importância em mercado é a consensualidade, que é enaltecida pela nova lei, em detrimento da unilateralidade. Sabe-se que a supremacia da Administração Pública que vigora é precificada nos contratos administrativos e é reforçada pela presença dos seus poderes exorbitantes. O art. 103 realça a consensualidade ao prever a matriz de alocação de riscos e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes.

A fiscalização contratual dos serviços de dedicação exclusiva ganha relevo na nova normatização. O papel do fiscal do contrato assume posição de destaque. As instrumentalidades para um eficiente monitoramento e fiscalização dos contratos dos serviços de dedicação exclusiva elencam formas de eficiência na fiscalização. O arranjo protetivo dos empregados terceirizados também ganha positivação na nova lei. A norma do art. 121 prevê o condicionamento do pagamento das faturas à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato; uso da conta vinculada ao contrato, como reserva de crédito para pagamento de direito trabalhistas e rescisórios dos empregados e a absoluta impenhorabilidade da conta; possibilidade de pagamento de crédito diretamente aos trabalhadores pela Administração, em caso de inadimplência; condicionamento de pagamento de determinadas verbas à ocorrência do fato gerador.

O art. 121, § 2º, internalizou o entendimento jurisprudencial em vigor nos tribunais trabalhistas que impõe a responsabilização subsidiária do Ente Público quanto às verbas trabalhistas.

Os custos da terceirização de serviços contínuos têm impactado de maneira expressiva os débitos das Administrações Públicas devido a judicialização crescente de ações trabalhistas (custo ex post). O fundamento das condenações no âmbito da Justiça do Trabalho é a alegação de fiscalização deficiente do contrato. As ferramentas de fiscalização e sanção são efetivas e estão à disposição na lei e em instruções. O Ato de fiscalizar nos contratos Administrativos é ato de supremacia da Administração e, portanto, tem implícito um dever que é precificado ao contratar, independentemente de ser exercido.

Neste cenário a lei oferece tratamento mais detalhado e de importância ao fiscal do contrato, em especial merece destaque o art. 104, combinado com o art. 117. A norma do art. 117 especialmente traz a necessidade de que o fiscal seja formalmente nomeado, o que tem sido exigido pelas Cortes de Contas; a exigência que o fiscal tenha conhecimento do objeto do contrato; a previsão de diversos fiscais do contrato; a necessidade de registro pelo fiscal de todas as ocorrências ao longo da execução contratual; e a possibilidade de assessoramento jurídico do fiscal pelo órgão de assessoramento jurídico. A nova lei enaltece a figura do fiscal do contrato e sinaliza para a necessidade de profissionalização desse servidor.

Finalmente, o sistema legal de garantias desenhado pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos trouxe importantes inovações, especialmente as normas dos artigos 92, 96 e ss, 121, 142, 145, que demonstra nítida a postura legislativa na busca da maior efetividade das contratações. De extrema importância com relação à terceirização de serviços contínuos, a norma do art. 121 autoriza a exigência de garantia de verbas rescisórias, o que, ao lado da adoção da possibilidade de manutenção de reserva em conta vinculada, assegura a adimplência das verbas trabalhistas e rescisórias dos empregados. O art. 92 trouxe importante alavancagem na atração de licitantes com a garantia de pagamento pelo poder público. Com vistas a gerar um ambiente de confiança, especialmente para o contratado, a norma do art. 142 prevê o pagamento da contraprestação através da conta vinculada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O arranjo legal da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos trouxe importantes regras de eficiência à contratação e efetividade da boa execução contratual. Algumas normas são reproduções de leis esparsas, outras são práticas que já vinham sendo adotadas pelos gestores federais, algumas advindas de entendimento das Cortes de Contas, e outras inéditas. As regras estão postas pelo legislador, mas caberá ao Poder Judiciário, aos doutrinadores, aos órgãos de assessoramento jurídico, mas especialmente aos gestores instrumentalizar, desenvolver e aplicar essas disposições.

Aperfeiçoar regras de estimativa de preços, garantindo informação a todos os integrantes do mercado, adotar forma mais eficiente de garantir a execução contratual, exercitar com transparência e tempestividade a fiscalização contratual e o sancionamento. Criar

fluxos céleres de procedimento de repactuação e reajuste dos contratos, que sejam blindados contra injunções políticas.

Pensar o espaço de mercado de licitações e contratos, aperfeiçoando seu desenho a nível nacional, identificar falhas e gargalos, mitigar assimetrias informacionais e melhorar a transparência, garantir segurança, densidade, facilidade e rapidez nas transações, tendo em mente a utilidade do mercado de revelar informações, habilidades, interesses e preferências.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. 2ª edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito.** Tradução Heloísa Gonçalves Barbosa. Revisão técnica, Alexandre Veronese...2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2017. (coleção Paulo Bonavides)

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco A. da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, Título: Law andeconomics.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 14ª ed, ampliada, revista e atualizada – 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: objetiva, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010.

MACKAAY, Ejan. **Análise econômica do direito**. Tradução Raquel Sztajn, 2. Ed. São Paulo, Atlas, 2015.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3ª ed. Ver. E aumentada. São Paulo: LTr, 2009.

ROTH. Alvin E. **Como funcionam os mercados**: a nova economia das combinações e do desenho de mercado. Tradução Isa Mara Lando e Mauro Lando. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

SARLET. Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula d et. Al. **Direitos fundamentais, Orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre. Livraria do advogado Editora, 2008.

THALER, Richard H. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução Ângelo Lessa. 1ª ed. Rio de Janeiro: objetiva, 2019.

TIMM. Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 3ª ed. Indaiatuba, SP: Editora foco, 2019.

VERSIGNASSI, Alexandre. **Crash**: uma breve história da economia. 1ª ed. Rio de Janeiro: Harper Collins Brasil, 2019.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**: firms, markets, relationsl contracting. London: Collier Macmillan Publishers, 1985.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**. Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2019.

O IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Ronan Saulo Robl[1]

Submetido em: 01/10/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
O estudo tem por objetivo expor, de maneira sintética (e sem a pretensão de esgotar o assunto), uma contextualização sobre as diretrizes constitucionais a respeito do imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA – nos moldes do art. 155, III e § 6º do texto constitucional. A exata compreensão de tal matéria é de fundamental importância, não só para a sua ideal aplicação pela sociedade, mas também para a sua correta inserção no sistema tributário brasileiro, eis que, só com a elucidação da espécie tributária à luz das disposições previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é que se torna possível identificar o seu escorreito regime jurídico, com as suas particularidades que lhe afetam. Para tanto, inicialmente trazemos algumas observações a respeito do rígido sistema constitucional tributário instaurado com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Após, tratamos da identificação da espécie tributária em apreço, incluindo os aspectos referentes à competência tributária, bem como os elementos subjetivo, objetivo, temporal e espacial do referido imposto, nos moldes do contido no texto constitucional. Aborda-se, outrossim, as regras atinentes à hipótese de incidência e ao aspecto quantitativo do tributo. Ainda, analisamos a doutrina e atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referentes a temas polêmicos do tributo em questão, para, após, serem apresentadas as considerações finais do presente estudo. Quanto à metodologia, a investigação foi orientada pelo método indutivo. No tratamento dos dados, empregou-se o método analítico. As técnicas de pesquisa foram as do referente, pesquisa bibliográfica e fichamento.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo científico é analisar, de maneira sintética (e sem a pretensão de esgotar o assunto), as diretrizes constitucionais a respeito do imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA – nos moldes da disciplina constitucional oriunda da ordem jurídica estabelecida a partir da Constituição Federal de 1988.

Em outras palavras, a pesquisa pretende responder às seguintes indagações: em *que* consiste o IPVA? De que espécie tributária estamos tratando? Quais os seus elementos subjetivo e objetivo que se depreendem do texto constitucional? Quais as suas princi-

1. Procurador do Estado de Santa Catarina. Procurador-Chefe da Procuradoria Regional de Mafra. Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Pós-Graduado em Direito Constitucional e em Direito Tributário pelo Centro Universitário União das Américas – UniAmérica. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em *Derecho Ambiental y de La Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante (UA) – Espanha. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

pais características a partir do enunciado no art. 155, III, e § 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988?

Para tanto, iniciaremos o estudo trazendo algumas considerações a respeito da supremacia da Constituição Federal e do rígido sistema constitucional tributário brasileiro.

Após, delinearemos os principais aspectos da competência tributária prevista na Constituição Federal, analisando a competência legislativa concorrente dos entes federativos, bem como a competência inerente à instituição do tributo em questão.

Na sequência, são abordados os elementos subjetivo, objetivo, temporal e espacial do tributo em apreço. Para tanto, analisamos a sua sujeição passiva e ativa, bem como os aspectos que compõem o seu elemento objetivo, quais sejam, hipótese de incidência, base de cálculo e alíquota.

Ainda, mencionamos os principais pontos controversos do tributo *sub examine*, trazendo à baila os entendimentos jurisprudenciais a seu respeito, como *exempli gratia*, o recente julgado do Supremo Tribunal Federal que consolidou que o IPVA deve ser recolhido no local do domicílio do proprietário do bem (Tema 708).

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são sintetizados os estudos realizados ao longo do presente trabalho.

Quanto à Metodologia[2], 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 e jurisprudencial.

2 O IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

2.1 A Constituição de 1988 como instrumento delineador do Sistema Tributário Nacional

Em decorrência da rigidez constitucional, ou seja, da sua possibilidade de alteração somente através de exigências formais especiais, diferentes e mais complexas que às exigidas para a alteração de leis complementares ou ordinárias, a Constituição ocupa o nível supremo da ordem jurídica.

Nesta linha, é a Constituição quem enumera os princípios fundamentais, organizativos e finalísticos da comunidade estatal, definindo as relações do poder político, dos governantes e governados, respeitando os direitos e garantias individuais e sociais.[3]

> Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental.[4]

Importa ressaltar, por outro lado, que, além de estruturar o Estado, ou seja, dispor sobre a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, bem como limitar a sua atuação e assegurar direitos e garantias dos indivíduos,

2. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. 14ª Ed. Florianópolis: EMais, 2018, p. 89 e ss.

3. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 38.

4. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 48.

tal como todos os Estados Liberais, a nossa Constituição, quanto à extensão e finalidade, pode ser classificada como dirigente – eis que trouxe diretrizes a serem adotadas pelo Estado – e também como analítica, prolixa ou abrangente, na medida que abrange, além das disciplinas constitucionais por excelência, outras questões que poderiam ser objeto de leis ordinárias (matérias formalmente constitucionais).

Outrossim, em prol da forma federativa de governo, a Constituição também conferiu autonomia às entidades federativas, inclusive com a repartição de suas competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa.[5]

Nesta linha, além da repartição de competências instituída na organização político-administrativa da Constituição Federal de 1988, esta também instituiu o sistema constitucional tributário, trazendo as limitações constitucionais ao poder de tributar e elencando, ademais, premissas e diretrizes básicas para a instituição dos tributos, ali classificados em impostos, taxas, contribuições de melhorias, empréstimo compulsório e contribuições, além de conter normas a respeito da repartição das receitas tributárias.

Como ressalta Coelho, os fundamentos do direito tributário brasileiro estão enraizados na Constituição, e merecem todas as primícias dos juristas, pois este é o texto fundante da ordem jurídico-tributária brasileira.[6]

Logo, nossa Constituição não apenas classificou as espécies e subespécies tributárias, mas estabeleceu o regime jurídico que cada uma delas deverá necessariamente observar, de sorte que o modelo de cada tributo está indelevelmente traçado no Texto Supremo.[7]

Além da enumeração dos tributos, a Constituição também estabeleceu a competência em matéria tributária, dividindo-a entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e, demais disso, submeteu a ação tributária das pessoas políticas a extenso rol de princípios, os quais protegem, ao máximo, os contribuintes contra eventuais abusos fazendários[8].

Pode-se dizer, assim, que a competência tributária é, em apertada síntese, o poder de legislar em matéria tributária. Em relação aos impostos, a competência é privativa de cada ente. Porém, no que concerne às taxas e contribuições de melhoria, a competência é comum dos entes federativos, ou seja, todos estes podem, simultaneamente, instituir e cobrar tais exações. Por fim, a competência residual em matéria tributária fora atribuída à União Federal.

> A Lei Fundamental brasileira, ao fazer referência ao "Sistema Constitucional Tributário", o entende como um conjunto de disposições que tratam da matéria tributária, no que tange aos seus princípios e às competências tributárias, nela previstos e na legislação infraconstitucional.[9]

De todo o modo, insta exalçar, ainda que brevemente, as principais características da competência em matéria tributária, quais sejam, privatividade, indelegabilidade, incaducabilidade, inalterabilidade, irrenunciabilidade e facultatividade do seu exercício.

Quando se fala que a competência tributária é privativa, quer-se dizer que cada ente recebeu os seus impostos de maneira exclusiva, privando os demais entes da sua uti-

5. *Ibidem*, p. 477.

6. COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 45.

7. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 620.

8. *Ibidem, p*. 70.

9. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

lização. Ao mesmo tempo em que afirma a aptidão daquela pessoa política para criar aquele determinado tributo, nega a das demais para fazerem o mesmo, cuidando-se de cláusula vedatória *erga omnes.*[10]

Por indelegabilidade entende-se que a pessoa política que recebeu a competência tributária não pode transferi-la, de sorte que a competência tributária, além de privativa, é indelegável, salvo as atribuições de arrecadar ou fiscalizar tributos – capacidade tributária –, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária.

A competência tributária, por outro lado, é também incaducável, já que o seu não exercício, ainda que prolongado no tempo, não tem o condão de impedir que a pessoa política, querendo, venha a criar, por meio de lei, os tributos que lhe forem constitucionalmente deferidos[11].

Ainda, a competência tributária é inalterável pela pessoa política que a recebeu. Vale dizer: não pode ampliá-la ou modificá-la, pois falta-lhe titulação jurídica para tal mister. Da mesma forma, as pessoas políticas também não podem renunciar a competência tributária, no todo ou em parte.

E, por fim, importante relembrar que o não exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a qual a Constituição lhe tenha atribuído, corolário da característica da facultatividade da competência tributária. Logo, nos dizeres de Baleeiro, a competência fiscal não é res nullius de que outra pessoa jurídica de direito público possa se aproveitar pela inércia do seu titular.[12]

Assim, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 instaurou um rígido sistema tributário nacional, sendo conhecida na doutrina como a "lei tributária fundamental", por conter diretrizes aplicáveis a todos os tributos e a todos os entes da federação, repartindo as competências tributárias e delimitando o poder de tributar.[13]

2.2 O IPVA na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O IPVA foi criado em 1985, substituindo a antiga Taxa Rodoviária Única, a qual, apesar de possuir a nomenclatura "taxa", gravava a efetiva propriedade de veículos automotores, sem estar vinculada a uma atuação estatal em específico. Sua receita era destinada à União e aos Estados. Por ser posterior ao Código Tributário Nacional, o qual remonta ao longínquo ano de 1966, não foi por ele regulamentado.[14]

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA – passou a ser disciplinado pelo art. 155, III e § 6º da Constituição Federal de 1988, cuja transcrição é de rigor:

> Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> [...]
> III - propriedade de veículos automotores.
> § 6º O imposto previsto no inciso III: (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003).

10. CARRAZZA, *op. cit.*, p. 611.
11. CARRAZZA, *op. cit.*, p. 780.
12. BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002, p. 87.
13. CARRAZZA, *op. cit.*, p. 592.
14. COELHO, *op. cit* , p. 475.

> I - terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003).
> II - poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003).[15]

Da análise do referido dispositivo é possível verificar o arquétipo do tributo em apreço, destacando-se, *prima facie*, tratar-se da espécie tributária denominada "imposto", por força da literalidade da Constituição Federal.

Nesta linha, é palmar, mas não demais relembrar que o Código Tributário Nacional, em seu art. 16, estipula que imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte, ou seja, não está vinculado a qualquer contraprestação estatal, ao contrário do que ocorre com a taxa e a contribuição de melhoria, as quais estão vinculadas a uma atuação do Estado, ainda que de forma indireta, como no caso desta última.

Logo, quando se diz que o imposto é uma exação não vinculada, o que se está afirmando é que o fato gerador do imposto não se liga a atividade estatal relativa ao contribuinte.[16] Não obstante o sintetismo do conceito legal, não deixa a definição de tornar claras as notas consistentes na cobrança geral (caráter obrigatório), quanto a de ausência de contraprestação estatal direta ao contribuinte.[17]

Pois bem. Questão de crucial importância imposta pelo *caput* do art. 155 da Constituição Federal é que o imposto em testilha é de competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal, sendo estes os entes a quem o Poder Constituinte outorgou os poderes para instituir o tributo. Sendo assim, a estes cabe definir, legislativamente, sua hipótese de incidência, seus sujeitos ativo e passivo, sua base de cálculo e alíquotas, ou seja, os contornos legais necessários à instituição, cobrança e fiscalização do referido imposto.

Não se pode olvidar, como já realçamos *retro*, que como a competência deriva da autorização constitucional para criar *in abstracto* prestações pecuniárias compulsórias, também deve observar os limites erigidos pelas normas constitucionais[18].

Daí porque, por estar contido no sistema constitucional tributário, o IPVA sujeita-se aos princípios e limitações previstos nos arts. 145 e seguintes da Constituição Federal, dentre os quais a necessidade de *lei complementar* para a estipulação de suas regras gerais, tal como a definição dos tributos, de seus fatos geradores, contribuintes e base de cálculo, como previsto no art. 146, III, "a" e "b" da Carta Magna.

Tendo em vista que até o presente momento ainda não restou editada a lei complementar federal a respeito do IPVA, e malgrado a existência de vários projetos com este desiderato, aplica-se hodiernamente a regra do art. 24, § 3º da Constituição Federal, que prevê que, na ausência da lei federal, possuem os Estados competência legislativa plena sobre o assunto, para atender as suas particularidades locais, como inclusive já decidiu o Supremo Tribunal Federal.[19]

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

16. MACHADO, Hugo de Brito. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 32.

17. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1887, p. 144.

18. CARRAZZA, *op. cit.*, p. 594-597.

19. Recurso extraordinário. 2. Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. 3. Competência legislativa plena da unidade da Federação, à falta de normas gerais editadas pela União. Art. 24, § 3º, da Constituição Federal. Precedentes. 4. Agravo

Até porque outro não é o mandamento do art. 34, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo o qual, promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do Sistema Tributário Nacional nela previsto.

Assim, deve a lei complementar do IPVA respeitar os princípios tributários insculpidos no art. 150 da Constituição Federal, tais como a anualidade, anterioridade, capacidade contributiva, imunidade recíproca, vedação à utilização com efeito de confisco e vedação à diferenciação entre bens em razão de sua procedência e destino.

Ad exemplum, frise-se a imunidade recíproca, de sorte que não é permitido aos Estados tributarem a propriedade automotor de veículos registrados em nome da União, demais Estados, Distrito Federal e Municípios, tampouco as suas autarquias e fundações públicas, e sequer as estatais prestadoras de serviço público, como já entendeu o Supremo Tribunal Federal no tocante à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.[20]

Ilustre-se, também, que em observância ao princípio da vedação da diferenciação entre bens conforme a sua procedência e destino, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da relatoria do Ministro Eros Grau, vedou a aplicação de alíquota diferenciada para veículo de procedência estrangeira.[21]

Ressalte-se, entretanto, que o próprio texto constitucional ressalva que não incide o princípio da anterioridade nonagesimal no que tange à fixação da base de cálculo do IPVA, consoante a disposição do art. 150, § 1º, *in fine* da Constituição Federal.

Pois bem, verificado que o IPVA é de competência dos Estados e do Distrito Federal, impõe-se adentrar no inciso III do art. 155 da Constituição Federal, o qual determina que o imposto incide sobre a "propriedade de veículos automotores", sendo este o fato gerador de tal tributo.

Um primeiro ponto que gerou discussões a partir do texto constitucional é a expressão "veículo automotor", permitindo-se depreender duas principais correntes: (i) uma, que entende que embarcações e veículos aéreos também deveriam pagar IPVA, e (ii) outra, que entende que somente veículos automotores terrestres devem ser tributados.

A controvérsia foi em grande parte dirimida com entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 255.111/SP, o qual adotou a segunda corrente, vedando a exação do IPVA de embarcações e aeronaves, e permitindo que somente veículos automotores terrestres devam ser tributados[22].

regimental improvido. (**Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 191703**. Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 19/03/2001, DJ 12-04-2002 PP-00063 EMENT VOL-02064-04 PP-00744)

20. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IPVA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que a imunidade recíproca deve ser reconhecida em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ainda que o patrimônio, renda ou serviço desempenhado pela Entidade não esteja necessariamente relacionado ao privilégio postal. 2. Especificamente com relação ao IPVA, cumpre reafirmar o quanto assentado na ACO nº 789/PI, Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, ocasião na qual foi confirmada a outorga da imunidade recíproca para o fim de afastar a incidência sobre os veículos de propriedade da requerente. 3. Ação Cível Originária julgada procedente. (**Ação Cível Originária n.º 879**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015)

21. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPVA. VEÍCULO IMPORTADO. ALÍQUOTA DIFERENCIADA. 1. Não se admite a alíquota diferenciada de IPVA para veículos importados e os de procedência nacional. 2. O tratamento desigual significaria uma nova tributação pelo fato gerador da importação. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (**Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 367785**. Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 02-06-2006 PP-00038 EMENT VOL-02235-05 PP-00956 RTFP v. 14, n. 69, 2006, p. 301-302 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 139-141 RNDJ v. 6, n. 80, 2006, p. 74)

22. IPVA - Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (CF, art. 155, III; CF 69, art. 23, III e § 13, cf. EC 27/85): campo de incidência que não inclui embarcações e aeronaves. (**Recurso Extraordinário n.º 255111**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2002, DJ 13-12-2002 PP-00092 EMENT VOL-02095-02 PP-00343)

Outra análise que deve ser feita é que, da leitura do texto constitucional, pode-se inferir que somente é tributada via IPVA a propriedade, e não a mera posse, uso ou detenção de veículos automotores. Nesta esteira, o contribuinte será o efetivo proprietário do bem submetido à incidência do tributo.

Até porque,

> o sujeito passivo é, no direito constitucional brasileiro, aquele que a Constituição designou, não havendo discrição do legislador na sua designação. Só pode ser posto nessa posição o 'destinatário constitucional tributário' (...). Nos impostos, é a pessoa que revela capacidade contributiva, ao participar do fato imponível, promovendo-o, realizando-o ou dele tirando proveito econômico (CF, art. 145, § 1º).[23]

Não se pode perder de vista que a lei civil estabelece que a propriedade móvel se transfere mediante a mera tradição, nos termos do art. 1.267 do Código Civil, sendo o proprietário, segundo a lei civil, aquele que se encontrar na posse do veículo automotor.

Com base no art. 109 do Código Tributário Nacional, que autoriza o uso dos princípios gerais de direito privado para a pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance dos seus institutos, conceitos e formas, na ausência de outro critério previsto em lei, pode o referido dispositivo civilista ser utilizado para analisar a sujeição passiva do referido imposto, ainda que em caráter supletivo.

De todo o modo, além do contribuinte – que deve ser necessariamente o proprietário do veículo – pode a lei instituidora do imposto eleger responsáveis pelo pagamento da exação, na lição do art. 121, parágrafo único, inciso II do Código Tributário Nacional, os quais são aqueles que, sem revestir a condição de contribuintes, possuem a obrigação de pagar o tributo ou penalidade pecuniária por disposição expressa de lei.

Por tal razão, as legislações estaduais têm atribuído a responsabilidade tributária do referido imposto àquele que possui o veículo automotor registrado em seu nome junto ao Departamento Nacional de Trânsito – DETRAN, nos moldes do art. 132 do Código de Trânsito Brasileiro, ainda que este alegue não ser o seu proprietário nos termos da lei civil.

Controvérsia houve a respeito dos contratos de alienação fiduciária, máxime porque as legislações estaduais passaram a inserir tanto o credor fiduciário como o devedor fiduciante como corresponsáveis pelo IPVA, tendo o Superior Tribunal de Justiça entendido pela regularidade das leis estaduais neste particular[24], em função do Supremo Tribunal Federal ter entendido se cuidar de matéria de cunho infraconstitucional.[25]

Outro debate surgiu no que tange à possibilidade do arrematante do bem em hasta pública figurar como sujeito passivo do imposto, prevalecendo o entendimento de que os débitos de IPVA anteriores à arrematação se subrogam no preço da hasta, por esta se cuidar de forma de aquisição originária da propriedade.[26]

23. ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª Ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80.

24. Agravo no Recurso Especial n.º 739.340/MG. Agravante: Banco Santander Brasil S.A.; Agravado: Estado de Minas Gerais. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 15.9.2015, DJe de 25.9.2015.

25. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPVA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LEI 14.937 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 1. A questão referente à responsabilidade fiscal solidária passiva para quitação do IPVA, entre o proprietário e o possuidor de fato do veículo automotor alienado é matéria de índole infraconstitucional. Súmulas 279 e 280 do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (**Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 934007**. Recorrente: Banco Pan S.A.; Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator(a): Edson Fachin. Primeira Turma, julgado em 01/03/2016, Processo Eletrônico DJe-050, Data de Publicação 17-03-2016)

26. TRIBUTÁRIO - ARREMATAÇÃO JUDICIAL DE VEÍCULO - DÉBITO DE IPVA - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - CTN, ART. 130, PARÁGRAFO ÚNICO. 1. A arrematação de bem em hasta pública é considerada como aquisição originária, inexistindo relação jurídica

De todo o modo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela regularidade da legislação estadual quando da atribuição da responsabilidade tributária ao proprietário do bem que não o possui registrado no departamento de trânsito, bem como daquele que o alienou, mas não providenciou a sua transferência no aludido órgão.[27]

Neste ponto, o atual o limite para a responsabilidade tributária está contido na Súmula n.º 585 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, a responsabilidade solidária do ex-proprietário, prevista no art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, não abrange o IPVA incidente sobre o veículo automotor, no que se refere ao período posterior à sua alienação (STJ. 1ª Seção. Aprovada em 14.12.2016, DJE 01.02.2017).

De outro vértice, inexiste na Constituição Federal qualquer disciplina a respeito do elemento temporal do tributo em apreço. Entretanto, cuidando-se de imposto sobre o patrimônio, aplica-se, sem maiores discussões, a regra de que o imposto é lançado de ofício no início de cada exercício financeiro.

Por outro lado, impõe-se analisar o aspecto quantitativo do tributo, eis que parte dele também é delineado pela Constituição Federal.

Ao contrário da base de cálculo – relegada à lei complementar, sendo unívoco que esta deve ter como base o valor venal do veículo[28] – a Constituição Federal, após a edição da Emenda n.ª 42/2003, trouxe duas importantes observações referentes à alíquota do imposto, ambas previstas nos incisos I e II do § 6º do art. 155.

A primeira delas é a necessidade de fixação de alíquotas mínimas pelo Senado Federal, no intuito de evitar a guerra fiscal entre os Estados.

Porém, a Constituição é silente no que tange ao valor máximo da alíquota, ficando este a critério do ente político competente para instituir a exação, observando-se, por evidente, as demais limitações constitucionais acima referidas, de forma a evitar abusos por parte do legislador.

A segunda importante observação no tocante às alíquotas é a possibilidade destas serem diferenciadas em função do tipo e utilização do veículo.

Assim, com o inciso II do § 6º do art. 155 da Constituição Federal conferiu certa carga de carga de extrafiscalidade ao IPVA, de sorte que é permitido ao ente tributante estabelecer situações desonerativas de gravames tributários, mediante a concessão de incenti-

entre o arrematante e o anterior proprietário do bem. 2. Os débitos anteriores à arrematação subrogam-se no preço da hasta. Aplicação do artigo 130, § único do CTN, em interpretação que se estende aos bens móveis e semoventes. 3. Por falta de prequestionamento, não se pode examinar a alegada violação ao disposto no art. 131, § 2º, da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (**Recurso Especial n.º 807.455/RS**. Recorrente: Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN; Recorrido: Delci Roque Sganzerla – Espólio. Rel. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 21/11/2008).

27. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SÚMULA 282/STF. IPVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA APÓS ALIENAÇÃO DO VEÍCULO. ACÓRDÃO AMPARADO NA EXEGESE DE LEI ESTADUAL. SÚMULA 280/STF. 1. O acórdão hostilizado reconheceu a responsabilidade tributária solidária da alienante com base na exegese das Leis Estaduais 6.606/1989 e 13.296/2008, o que atrai a incidência da Súmula 280/STF. 2. Se por um lado é correto afirmar que o art. 134 do CTB prevê apenas a responsabilidade solidária pelas "penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação", daí não se extrai a artificiosa conclusão de que inexiste responsabilidade tributária, até mesmo porque o Código de Trânsito não disciplina, mas preserva o exercício da competência tributária pelo ente estatal (o CTB, lei federal, realmente não poderia invadir a atividade legislativa tributária estadual, única apta a dispor sobre os tributos específicos do ente estatal). Nesse sentido, o STJ possui jurisprudência que admite a fixação de responsabilidade solidária, em relação aos tributos estaduais, em caso de previsão na legislação específica: REsp 1.640.978/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 12/5/2017. 3. Agravo Interno não provido. (**Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 1773936/SP**. Agravante: Destaque Distribuidora de Veículos e Peças Ltda. Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 19/12/2019)

28. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.320.825-RJ**. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Leonardo Reader Marques Medina. Primeira Seção. Rel. Ministro Gurgel Faria, julgado em 10.08.2016, DJe 17.08.2016.

vos e benefícios fiscais, com o natural objetivo de estimular o contribuinte à adoção de determinados comportamentos.[29]

Isto porque a extrafiscalidade é o manejo de figuras tributárias, diminuindo ou exasperando o *quantum* a pagar, com o fito de obter resultados que transcendem o simples recolhimento do tributo.[30]

Assim, os tributos tornam-se normas capazes de induzir comportamentos, de maneira a estimular ou desestimular os contribuintes a adotar certas condutas sincronizadas com os objetivos sociais, políticos e econômicos do Estado.

Vale dizer, a carga tributária pode ser diminuída, estimulando os contribuintes a fazer algo que a ordem jurídica entende social e economicamente conveniente. Por outro lado, no afã de desestimular certas condutas que a ordem jurídica considera impróprias, sob o ponto de vista político, econômico ou social, pode haver a exacerbação da carga tributária, respeitados, evidentemente, os princípios constitucionais e tributários a que se sujeitam os tributos.[31]

E no caso do IPVA pode a alíquota ser diferenciada, a depender do tipo e da utilização do veículo terrestre, conforme autorizado na Constituição Federal.

Saliente-se, neste particular, que muitos Estados tributam de forma mais gravosa os veículos movidos a óleo diesel e, d'outro norte, têm tributado de maneira menos onerosa veículos elétricos ou com combustíveis menos poluentes, em prol do alcance da sustentabilidade, a qual pode ser utilizada como critério para a fixação da alíquota do imposto em questão.[32]

Da mesma forma, veículos utilizados por prestadores de serviço para fins de transportes coletivo, como os taxis, em alguns Estados possuem isenção ou redução do imposto, ao contrário dos veículos de propriedade de particulares em geral, tal como ocorre no Estado de Santa Catarina, o qual tributa aqueles com a alíquota de 1% - metade do valor cobrado usualmente de veículos particulares.[33]

Entretanto, não podem os Estados, *verbi gratia*, aumentar o valor de tributos de veículos importados, em função da proibição constitucional de estabelecerem distinções conforme a procedência dos produtos e serviços, como inclusive já decidiu a Suprema Corte e já ressaltado na primeira parte deste trabalho.

De outro lado, a inexistência da lei complementar federal permitiu aos Estados travarem verdadeira guerra fiscal no que tange ao recolhimento do tributo. Houve Estados que reduziram as alíquotas visando atrair investidores, ainda que os veículos, após o seu registro, trafeguem comercialmente em Estados distintos daquele em que registrados, como sói ocorrer com as locadoras de veículos.

Neste sentido a lição de Coelho:

29. MELO. José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 8ª Ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 404.

30. COELHO, *op. cit.*, p. 331.

31. CARRAZA, *op. cit*, p. 1.035.

32. A esse respeito, vide nosso "Impostos Estaduais como Instrumento Auxiliar para o Alcance da Sustentabilidade", em que analisamos a possibilidade de se utilizar a extrafiscalidade dos impostos estaduais em prol de tal desiderato. ROBL, Ronan Saulo. **Impostos Estaduais como Instrumento Auxiliar para o Alcance da Sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

33. SANTA CATARINA. **Lei n. 7.543, de 30 de dezembro de 1988**. Florianópolis, SC: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 2004. Disponível em <www.sef.sc.gov.br>, último acesso em 23.jun.2020.

> Cada estado edita a legislação própria sobre o imposto, às vezes em valores dispares. Grandes frotistas são atraídos por aliciantes fiscais a emplacar os carros noutros estados. Ao nosso sentir, deveria prevalecer a competência em razão da residência. Mesmo assim, as pessoas jurídicas podem mudar o local da sede da empresa se o sacrifício valer a pena.[34]

Sobre o assunto, importante anotar o recente julgado do Supremo Tribunal Federal, o qual deu origem à tese de Repercussão Geral n.º 708 ("A Constituição autoriza a cobrança do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores somente pelo Estado em que o contribuinte mantém a sua sede ou domicílio tributário"), cuja ementa restou assim estabelecida:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 708. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (IPVA). RECOLHIMENTO EM ESTADO DIVERSO DAQUELE QUE O CONTRIBUINTE MANTÉM SUA SEDE OU DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cuida-se, na origem, de ação por meio da qual empresa proprietária de veículos automotores busca declaração judicial de que não está sujeita à cobrança do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) por parte do Estado em que se encontra domiciliada, mas sim pelo Estado em que licenciados os veículos. 2. O Estado de Minas Gerais, no qual a empresa tem sua sede, defende a tributação com base na Lei Estadual 14.937/2003, cujo art. 1º, parágrafo único, dispõe que "o IPVA incide também sobre a propriedade de veículo automotor dispensado de registro, matrícula ou licenciamento no órgão próprio, desde que seu proprietário seja domiciliado no Estado". 3. Embora o IPVA esteja previsto em nosso ordenamento jurídico desde a Emenda 27/1985 à Constituição de 1967, ainda não foi editada a lei complementar estabelecendo suas normas gerais, conforme determina o art. 146, III, da CF/88. Assim, os Estados poderão editar as leis necessárias à aplicação do tributo, conforme estabelecido pelo art. 24, § 3º, da Carta, bem como pelo art. 34, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. 4. A presente lide retrata uma das hipóteses de "guerra fiscal" entre entes federativos, configurando-se a conhecida situação em que um Estado busca aumentar sua receita por meio da oferta de uma vantagem econômica para o contribuinte domiciliado ou sediado em outro. 5. A imposição do IPVA supõe que o veículo automotor circule no Estado em que licenciado. Não por acaso, o inc. III do art. 158 da Constituição de 1988 atribui cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores aos Municípios em que licenciados os automóveis. 6. Portanto, o art. 1º, parágrafo único da Lei Mineira 14.937/2003 encontra-se em sintonia com a Constituição, sendo válida a cobrança do IPVA pelo Estado de Minas Gerais relativamente aos veículos cujos proprietários se encontram nele sediados. 7. Tese para fins de repercussão geral: "A Constituição autoriza a cobrança do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) somente pelo Estado em que o contribuinte mantém sua sede ou domicílio tributário." 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.[35]

Referido entendimento restou sufragado após imensa discussão em plenário, prevalecendo, após o julgamento do STF, que deve o imposto ser recolhido no domicílio do proprietário do veículo, onde também o bem deve ser licenciado e registrado, havendo uma *ratio* indissociável entre domicílio e licenciamento, segundo o voto fixador da tese.

De todo o modo, urge seja melhor disciplinada por lei, e de maneira uniforme, a questão aqui inserida, no intuito de evitar a guerra fiscal atualmente existente por força da diversidade de alíquotas permitida pela Constituição Federal.

34. COELHO, *op. cit*, p. 475-476.

35. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 1016605**. Recorrente: Uber Repr. Ltda.; Recorrido: Estado de Minas Gerais Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2020, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-293, PUBLIC 16-12-2020.

Por fim, registre-se que, segundo a regra de repartição das receitas tributárias impostas no artigo 158 da Constituição Federal de 1988, pertencem aos Municípios cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios, regra esta que deve ser observada pelo ente político tributante.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência da rigidez constitucional, ou seja, da sua possibilidade de alteração somente através de exigências formais especiais, diferentes e mais complexas que às exigidas para a alteração de leis complementares ou ordinárias, a Constituição ocupa o nível supremo da ordem jurídica.

Nosso poder constituinte originário instituiu o sistema constitucional tributário, trazendo as limitações constitucionais ao poder de tributar e elencando premissas e diretrizes básicas para a instituição dos tributos por parte dos entes políticos que detêm a competência tributária.

Da intelecção do art. 155 do Texto Constitucional, dita competência fora outorgada aos Estados e ao Distrito Federal.

Sob a míngua de lei complementar federal regulamentando o imposto em questão, os Estados e o Distrito Federal, por evidente, devem observar as regras e limitações constitucionais ao poder de tributar quando da edição das leis complementares reguladoras do IPVA.

O IPVA incide sobre a propriedade de veículos automotores, sendo este o fato gerador de tal tributo, tendo o Supremo Tribunal Federal entendido pela impossibilidade de cobrança do imposto sobre aeronaves e embarcações, limitando sua incidência aos veículos terrestres.

O contribuinte do imposto será o efetivo proprietário do bem, podendo a lei estadual instituidora do imposto, entretanto, atribuir a responsabilidade tributária a terceiros, nos moldes do art. 121 do Código Tributário Nacional, tendo tal conduta encontrado guarida na jurisprudência das Cortes Superiores.

Não há na Constituição qualquer menção ao elemento temporal e à base de cálculo do IPVA. Porém, quanto àquele, tem-se aplicado as regras dos impostos sobre o patrimônio. No tangente à base de cálculo, tem-se utilizado o valor venal do veículo, por corresponder ao valor do patrimônio onerado, sem atuais controvérsias jurisprudências neste particular.

Por outro lado, a Constituição Federal permite o uso da extrafiscalidade no que tange às alíquotas do IPVA, o que culminou na prática de guerra fiscal entre os Estados, e tem gerado controvérsias a respeito do local de exigência do tributo, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido, recentemente, que este deve ser cobrado pelo Estado em que domiciliado o proprietário do veículo automotor.

Por fim, urge seja promulgada a lei complementar de que trata a Constituição Federal, no afã de melhor disciplinar, de maneira uniforme, em todo o território nacional, o tributo em apreço, inclusive no que pertine à questão das alíquotas, com o intuito de evitar a guerra fiscal atualmente existente.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002,

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br>, acesso em: 30.09.2021.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF: Senado Federal, 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br>, acesso em: 30.09.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>, acesso em: 28.09.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 1773936/SP**. Agravante: Destaque Distribuidora de Veículos e Peças Ltda. Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19.11.2019, DJe 19.12.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo no Recurso Especial n.º 739.340/MG**. Agravante: Banco Santander Brasil S.A.; Agravado: Estado de Minas Gerais. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 15.9.2015, DJe 25.9.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 807.455/RS**. Recorrente: Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN; Recorrido: Delci Roque Sganzerla – Espólio. Rel. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 21.11.2008.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.320.825-RJ**. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Leonardo Reader Marques Medina. Primeira Seção. Rel. Ministro Gurgel Faria, julgado em 10.08.2016, DJe 17.08.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado de Súmula n.º 585**. Primeira Seção. Aprovada em 14.12.2016, DJe 01.02.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária n.º 879**. Autor: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Réu: Estado da Paraíba. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 26.11.2014, Acórdão Eletrônico DJe-027, Data da Publicação: 10.02.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 934007**. Recorrente: Banco Pan S.A.; Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator(a): Edson Fachin. Primeira Turma, julgado em 01.03.2016, Processo Eletrônico DJe-050, Data de Publicação 17.03.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 191703**. Agravante: Douglas Parra. Agravado: Estado de São Paulo. Relator(a): Néri da Silveira. Segunda Turma, julgado em 19.03.2001, DJ 12.04.2002, p-00063.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 367785**. Agravante: Estado do Rio de Janeiro; Agravado: Gilberto Sayão da Silva. Relator(a): Eros Grau. Segunda Turma, julgado em 09.05.2006, DJ 02.06.2006, p-00038.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 255111**. Recorrente: Adriano Coselli S/A Comércio e Importação. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 29.05.2002, DJ 13.12.2002, p-00092.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 1016605**. Recorrente: Uber Representações Ltda.; Recorrido: Estado de Minas Gerais Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 16.09.2020, DJe-293, Data de Publicação 16-12-2020.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Arts. 3º a 5º. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23-34.

MELO. José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

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

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

SANTA CATARINA. **Lei n. 7.543, de 30 de dezembro de 1988**. Florianópolis, SC: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 2004. Disponível em: <www.sef.sc.gov.br>, último acesso em: 23.09.2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

OS DESAFIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL

Sérgio Laguna Pereira[1]

Submetido em: 04/10/2021
Aceito em: 25/10/2021

RESUMO
O objetivo deste artigo é analisar o fenômeno da emergência de um direito administrativo transnacional. Ao analisar a crise por que passa o direito administrativo baseado em uma lógica territorial, cuja fonte normativa única era a estatal, passou-se ao exame da emergência de um novo direito administrativo transnacional. Foram apresentadas as suas características mais marcantes, incluindo a extraestatalidade, o compartilhamento, a pluralidade, a abertura e a integração. Na última seção, foram então examinadas áreas específicas em que os efeitos da globalização jurídica e das transformações do direito administrativo transnacional se apresentam mais destacadas.

1 INTRODUÇÃO

O direito administrativo passa por um processo de transformação muito intenso em decorrência do fenômeno da globalização. Se antes estava atrelado a uma lógica territorializada e inserido em uma rede normativa hierarquizada, determinada pelo Estado nacional em que produzido, o maior fluxo econômico transnacional, as facilidades logísticas e as comunicações instantâneas (notadamente da internet) induzem a produção de um novo contexto. Opera-se uma desterritorialização das fontes normativas, bem como se passa a reconhecer uma maior pluralidade de atores, públicos e privados, capazes de produzir direito, em um ambiente marcadamente transnacional.

O propósito do presente artigo é examinar essa tendência do transadministrativismo, ou direito administrativo transnacional. Na primeira seção, destaca-se a crise do direito administrativo nacional, decorrente do fenômeno da globalização jurídica. Na segunda seção, delineia-se a emergência de um novo direito administrativo transnacional. Em seguida, são apontadas as principais características desse novo direito administrativo transnacional, para, enfim, na última seção, destacar-se os desafios práticos e as complexidades decorrentes da emergência desse novo direito.

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

Recorrendo à pesquisa bibliográfica, o presente trabalho terá base lógico-investigativa apoiada no método indutivo[2], tendo sido utilizadas, ainda, as técnicas do referente[3], da categoria[4] e do conceito operacional.[5]

2 A CRISE DO DIREITO ADMINISTRATIVO NACIONAL

O conceito de validade sempre foi tido como essencial à norma jurídica. Ele era tratado, consoante destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como "um consectário da preexistência de um Estado legislador".[6]/[7] Segundo o autor, a validade da norma jurídica atuava em quase todos os campos das relações humanas, "estendendo a estatalidade ao plano internacional, por meio de consensos negociados que, por sua vez, conferiam validade às normas assim produzidas."[8] E havia uma característica comum a essas normas estatais, fossem nacionais ou internacionais: "sua validade territorial, uma vez que só produzem efeitos em territórios determinados".[9]

Entretanto, a complexidade das relações contemporâneas, em contextos sociais, econômicos, políticos e jurídicos absolutamente novos e sem precedentes, impõe desafios no âmbito da compreensão do Direito. A internacionalização dos fenômenos operada pela maior interação entre os atores, em decorrência dos fluxos econômicos, das facilidades logísticas e, também, das comunicações instantâneas, induz uma necessária reavaliação de conceitos jurídicos há muito tempo cristalizados. Isto porque, conforme destaca Moreira Neto, multiplicam-se relacionamentos humanos "no espaço social, no espaço econômico, no espaço político e, por certo, nos expandidos espaços jurídicos globais, todos demandando novas e diferenciadas normas de convivência".[10]

Esse novo ambiente se afirma no contexto do fenômeno da globalização, que admite múltiplas compreensões. Há a dimensão social, a econômica e a política, sendo que desta última se extrai o que se poderia denominar *globalização jurídica*.[11] Produzem-se, assim, três categorias próprias de regras: as *transespaciais*, as quais não adotam referências a

2. MÉTODO INDUTIVO: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em "pesquisar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral" (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 14ª ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018, p. 91).

3. **REFERENTE**: "explicitação prévia dos motivos, objetos e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa" (*Ibidem,* p. 62.).

4. **CATEGORIA**: "a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia" (*Ibidem,* p. 31).

5. **CONCEITO OPERACIONAL:** "definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos" (PASOLD, *op. cit.,p*. 43.)

6. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativismo: uma apresentação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set. / dez., 2014. p. 71.

7. Esse conceito de validade foi produzido em um contexto de afirmação dos Estados contemporâneos: "Passava, então, a ser necessário impor *limites* e *condicionamentos* a essas imensas assimetrias formadas entre governos absolutos, de um lado, e sociedades subjugadas, de outro, *definindo-os juridicamente*, dando assim surgimento a um sistema de normas diferenciado, até então praticamente inexistente: não mais referido apenas às relações entre os governados, porém entre estes e o Estado, orientado pelo conceito em formação do *interesse público*, marcando desse modo o aparecimento de um *direito público*." (*Ibidem,* p. 77)

8. *Ibidem,* p. 71.

9. *Ibidem.*

10. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O direito administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

11. "O advento do fenômeno da globalização jurídica (...) importa em um debate relevante sobre as fontes normativas do Direito em tempos de globalização e sobre o local geopolítico e institucional de produção das normas nos albores desses novos tempos. Não se trata apenas de definir os limites dos poderes do Estados nacionais em estabelecer preceitos normativos vinculantes, efetivos e eficazes, mas, noutro lado, de analisar o progresso de novos mecanismos normativos privados, não-estatais, plurais e específicos que versam sobre os mais variados comportamentos sociais." (STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 75.)

fronteiras; as *transnacionais*, sem referência a nações; e as *transestatais*, que não possuem referência a centros de poder político estabelecidos.[12]

É necessário pontuar que tais limitações/transformações não se limitam ao aspecto territorial; vão além e compreendem também o âmbito material das normas, "pois o ritmo da civilização vai impondo a necessidade de ordenação de cada vez maior número e tipos de relações que se travam entre as pessoas."[13] Como assevera Moreira Neto, "o que se nota é um deslocamento contingencial dessa histórica referência estatal, uma vez que vai deixando de atender à realidade da incessante multiplicação das demandas de juridicidade".[14] Trata-se de verdadeira transformação do enfoque justificativo de validade das normas jurídicas, uma vez que "não mais são válidas apenas as normas jurídicas produzidas por *centros de poder estatal*, mas, igualmente, as que dimanam de quaisquer outros *centros de poder* instituídos, operando e produzindo efeitos independentemente dos lindes territoriais estatais."[15]

O que se percebe, nesse contexto, é a intensificação dos fluxos comerciais no âmbito transnacional, o que provoca, inclusive, uma crescente dependência dos Estados em relação às corporações transnacionais, das grandes instâncias econômicas. Essas forças econômicas, que operam no mercado global, influenciam diretamente a capacidade de controle do Estado, impactando suas iniciativas e programas políticos.[16] De acordo com Julios-Campuzano:

> *De esta forma, los Estados se enfrentan a un panorama político descentralizado a nível internacional, de suerte que el derecho estatal compite en distintos ámbitos de validez personal, material, espacial o temporal con toda una tupida red de normas, en muchos casos informales, surgidas al abrigo de la expansión exponencial del mercado y del sistema de producción global, nuevas formas de juridicidade entre las que destacan la legislación producida por los organismos multilaterales, los nuevos patrones de contractualidad jurídica, el surgimiento de un derecho privado transnacional entre organizaciones, el desarrollo de un derecho "intraorganizacional" o la emergencia de la lex mercatoria, entre otras*.[17]

Assim, Julios-Campuzano prossegue afirmando que a era atual está definitivamente marcada pelo surgimento de um novo parâmetro jurídico, cujos traços distintivos essenciais são a desterritorialização do direito e dissolução das ordens hierárquicas unívocas. Passa-se a um ambiente de pluralidade, interdependência e condicionamento recíproco de forças de diferentes alcances nos âmbitos da vida social, política, jurídica e econômica.[18]

Desse ambiente, "surge e se desenvolve preocupantemente no mundo contemporâneo um *déficit da soberania estatal*".[19] Para Moreira Neto,

> [...] como ficção jurídica que é, na realidade, a soberania, ela apenas reflete historicamente o poder real das diferentes nações, que são cada vez menos aptas para regrar eficiente-

12. MOREIRA NETO, *op. cit., 2018,* p. 241.

13. MOREIRA NETO, *op. cit., 2014,* p. 72.

14. *Ibidem.*

15. *Ibidem.*

16. JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *A vueltas com el constitucionalismo cosmopolita. Crisis del estado, pluralismo jurídico y constitución*. **Revista do Instituto de Hermenêutica,** Belo Horizonte, ano 13, n.18, p. 237-263, jul./dez., 2015. p. 237-238.

17. *Ibidem,* p. 243.

18. "Se proclaman así las tres grandes notas que distinguen al derecho de nuestra era: frente a la univocidad, la plurivocidad; frente a la autarquía, la interdependencia; frente a la autonomía, la heteronomía." (*Ibidem,* p. 237-238.)

19. MOREIRA NETO, *op. cit., 2014,* p. 71.

> mente essas multifárias relações econômicas e sociais, que estão permanentemente deles a exigir a indispensável *segurança jurídica*.
>
> Como, não obstante, esse déficit é real, exigindo ser preenchido nas relações que se travam entre povos cada vez mais conscientes e interagentes, por isso a reclamar ordenamentos capazes de prover segurança jurídica às suas multifárias relações, as sociedades, postas independentemente dos Estados e de suas respectivas soberanias, elas próprias, para atender a essas demandas, passam a criar *novos centros de poder* além dos afetos aos Estados-nação: portanto, não mais nacionais, nem internacionais, nem supernacionais, mas *transnacionais*.[20]

Esses fenômenos da contemporaneidade provocam uma crise muito intensa no direito administrativo, ao menos daquela noção baseada na pura estatalidade. Opera-se um alargamento do objeto de estudo desse ramo do direito, contemplando a utilização de novos instrumentos, a cooperação entre agentes públicos e privados, bem como entrada de atores administrativos nos níveis supranacionais e internacionais. Há uma clara interação entre direito nacional e internacional, a qual, conforme destaca Stephan Schill, acaba por corroer fundamentos que tradicionalmente alicerçavam o direito administrativo:

> [...] *primeiro*, a hierarquia (ou comando e controle) como um modelo de ordenamento interno e externo para as relações do direito administrativo e um método de governança; e, o *segundo*, a ligação intrínseca entre a ação administrativa, o Estado e o direito nacional. Ambos os elementos estão se dissolvendo com o surgimento de formas não hierárquicas de governança e de ações administrativas que não estão vinculadas ao território e ao direito nacional de um determinado Estado. Isso põe em xeque os principais critérios que tradicionalmente definem o direito administrativo: sua diferença com o direito privado enquanto uma ordem horizontal pautada no consenso entre atores com os mesmos direitos; sua diferença com os ordenamentos jurídicos administrativos de outros Estados; e sua diferença com o direito internacional.[21]

O paradoxo, entretanto, é que tais transformações, ao mesmo tempo que enfraquecem, também fortalecem os Estados. Para Moreira Neto, inclusive, no confronto entre as tendências, os ganhos superam as perdas:

> Com efeito, tão certo que um monopólio legislativo estatal já não mais vigora, a regulação internacional já suplanta a nacional em inúmeros setores e, notadamente, a segurança externa passa a depender mais de uma situação de equilíbrio negociada, que da força imposta pelas potências bélicas. Mas essas perdas se compensam pelas acrescidas funções estatais, mantidas e ampliadas com exclusividade, de planejador de políticas públicas econômicas e sociais e de estrategista e provedor de defesa armada interna e externa em seus respectivos espaços territoriais e com implicações regionais, quando não globais, em se tratando de superpotências militares.[22]

O que se observa, assim, é que essa crise do direito estatal, de caráter marcadamente nacional, propicia o surgimento de um novo direito, de caráter transnacional, não adstrito aos limites territoriais dos estados nacionais, e não necessariamente enquadrada em uma rede hierárquica lastreada na pirâmide normativa kelseniana.

20. MOREIRA NETO, *op. cit., 2014,* p. 71.

21. SCHILL, Stephan. Abordagens jurídicas transnacionais sobre direito administrativo: a conceituação dos contratos públicos na globalização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 13-53, jan. / abr., 2015. p. 16-17.

22. MOREIRA NETO, *op. cit., 2018, p*. 268.

3 A EMERGÊNCIA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL

O fenômeno da globalização, nesse contexto, traz desafios ao direito administrativo. De um lado, eles estão relacionados com uma maior incidência de problemas jurídicos transnacionais, pois ultrapassam os limites territoriais de um determinado Estado-nação; de outro, demandam soluções que não estão vinculadas a um centro de poder específico.

Para Stephan Schill, tal quadro traz consigo dois fenômenos particulares:

> [...] em primeiro lugar, a crescente desterritorialização da sociedade moderna no processo de globalização e, portanto, a natureza transnacional das necessidades e preocupações da sociedade (variando desde transações transfronteiriças simples a fenômenos globais, como a internet); e, em segundo lugar, a desnacionalização da autoridade jurídica para que possa se familiarizar com esse tipo de problemas, incluindo o deslocamento da autoridade jurídica para as instituições internacionais, o exercício da autoridade extraterritorial das administrações nacionais e o maior envolvimento dos agentes privados. A maneira de pensar o direito e os processos jurídicos nesse contexto e de forma abrangente constitui o objeto de uma abordagem jurídica transnacional. Ela se pauta em uma estrutura de pensamento que transcende tanto a divisão nacional-internacional quanto a divisão público-privado, e tem como objetivo compreender o direito hoje, incluindo o direito administrativo, como um fenômeno transnacional.[23]

O que se tem, assim, é "uma ruptura crucial com a ideia tradicional de que a autoridade administrativa e, portanto, o direito administrativo, estão necessariamente relacionados ao Estado-nação."[24] Isso porque "a administração da atualidade se dá tanto em nível nacional quanto em nível internacional, e envolve agentes públicos e privados".[25]

> Isso aumenta o volume de fontes jurídicas do direito administrativo, bem como o número de agentes que o empregam e o moldam de forma criativa. Os processos jurídicos transnacionais desafiam a ideia de que o direito administrativo tem um centro ou ápice, como a que existia no Estado-nação clássico, com sua burocracia weberiana de comando e controle capaz de governar de cima para baixo. Hoje, o direito administrativo como um todo carece de uma estrutura hierárquica; em vez dela, ele é constituído por múltiplos agentes que trazem seus conhecimentos e perspectivas sobre o direito administrativo para o debate em diferentes contextos e fóruns.[26]

A emergência de novos atores, públicos e privados, é fundamental para a compreensão do novo contexto do direito administrativo transnacional. Não é mais determinado apenas por agentes estatais a forma de uso, ou a interpretação, de contratos públicos e outros atos administrativos. Para Stephan Schill, afigura-se necessário "perceber que só uma perspectiva ampla e transnacional sobre os diferentes espaços de produção, implantação e interpretação de normas nos permitirá alcançar uma visão abrangente da contratação pública e do direito que a rege".[27]

O processo pelo qual passa o direito administrativo acompanha uma evolução da ideia de Estado contemporâneo.

23. *Ibidem, p.* 45.
24. *Ibidem,* p. 45-46.
25. *Ibidem.*
26. *Ibidem.*
27. *Ibidem,* p. 44-45.

> O Estado, nascido sob a forma de sociedade nacional, territorializado e submetido a um Governo próprio, inicia, assim, um processo de inserção em comunidades mais amplas, tanto ingressando nos processos regionais de integração, quanto sendo cooptado pela rede transnacional. Sem dúvida, a humanidade encontra-se diante de uma gravíssima e real tensão constitucional. Embora politicamente onipotente no plano interno, percebe-se o Estado impotente frente ao cenário globalizado. É nítido que os modelos constituintes vigentes, não mais são suficientes para regular as relações internas e externas que se desenvolvem. De fato, é preciso pensar a transnacionalidade da dimensão jurídica à luz das significativas mudanças no último século, fato que leva a defender o direito transnacional na qualidade de um ordenamento originado e exercido à margem da soberania, independente do reconhecimento externo ou recepção formal interna pelos Estados. Tal evidência repercute sobremaneira no modelo constitucional construído na fase contemporânea.[28]

Trata-se de um caminho sem volta: a constituição de uma percepção de uma sociedade global, não limitada a fronteiras nacionais, na qual deva ser produzida uma normatização que corresponda ao estágio do pluralismo jurídico contemporâneo.[29]

O termo transnacional, de acordo com Bitencourt Neto, tem por propósito caracterizar "a ultrapassagem da base territorial e populacional dos Estados, isoladamente considerados, para a sua incidência". De acordo com o autor, a aplicação de suas normas se dá tanto a sujeitos privados quanto a Estados, bem como a sua abrangência se projeta a matérias com repercussão regional ou global, ou seja, "para além do interesse exclusivo de determinado Estado".[30]

Consoante destaca Moreira Neto, "as propostas mais antigas sugerem o emprego da expressão *direito administrativo global*, (...) ou *direito administrativo mundial*, conotando-as diretamente ao fenômeno mais abrangente da globalização ou mundialização em curso". No entanto, mais recentemente, tem crescido a aceitação da expressão direito administrativo transnacional, "na qual a ênfase se desloca da globalização para o desligamento desta nova disciplina administrativa em relação ao Estado e, por essa razão, mais sucintamente denominada de *transadministrativismo*".[31] A partir disso é que se define o transadministrativismo como "a disciplina jurídica das relações assimétricas de poder que se institucionaliza consensualmente fora e além do Estado".[32]

É importante compreender que o transadministrativismo, ou direito administrativo transnacional, não resulta apenas de regimes regulatórios globais, decorrentes de acordos internacionais, os quais seriam insuficientes para explicar, de modo abrangente, o fenômeno da fragmentação jurídica. Eles não compreenderiam os regimes jurídicos privados não estatais que, de acordo com Fischer-Lescano e Teubner, "são justamente estes regimes os que dão origem ao 'direito global sem Estado', o principal responsável pela multidimensionalidade do pluralismo jurídico global".

Para esses autores,

28. FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; LIMA, Renata Albuquerque. Teoria constitucional em mutação: perspectivas do constitucionalismo contemporâneo frente aos desafios da globalização e transnacionalidade / Constitutional theory changing: perspectives of contemporary constitutionalism to the challenges of globalization and transnationality. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 118-141, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1585. Acesso em: 06 set. 2021. doi: https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1585. p. 130.

29. *Ibidem,* p. 138.

30. BITENCOURT NETO, Eurico. Direito administrativo transnacional. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 7, n. 24, p. 109-126, jan. / mar., 2009. p. 110.

31. MOREIRA NETO, *op. cit.*, 2014, p. 68.

32. *Ibidem,* p. 78.

> [...] somente é possível compreender o pluralismo jurídico em sua integralidade se abandonarmos a suposição de que o direito global apenas extrai sua validade de processos legislativos e de sanções estatais, provenientes de fontes jurídicas internas ao Estado, ou de fontes jurídicas internacionais oficialmente sancionadas. Isto remete a outro impacto da fragmentação social sobre o direito e nos compele tanto a expandir a concepção que temos sobre o direito — de modo a também abarcar as normas situadas para além das fontes do Estado Nação e do direito internacional — quanto, simultaneamente, a reformular nosso conceito a respeito desse regime.[33]

Consoante destaca Bitencourt Neto,

> A intensificação das relações internacionais e da globalização econômica teve, como uma de suas consequências, a proliferação de organizações não estatais, supranacionais e transnacionais, em que se relacionam entre si Estados e sujeitos privados, influenciando a atuação dos poderes públicos internos, especialmente no exercício das funções legislativa e administrativa e levando a uma intensificação da integração jurídica. A sujeição não apenas de Estados, mas também de agentes privados à regulação de organizações transnacionais faz com que sejam superadas, em muitos casos, as balizas conceituais do Direito Internacional Público e se possa falar já na progressiva construção de um Direito Administrativo Global.
>
> Para além do fenômeno do Direito Administrativo Europeu, a ultrapassagem do marco nacional do Direito Administrativo conduz à construção da noção de Direito Administrativo Global, no âmbito de relações travadas sob o pálio de organizações transnacionais dotadas de poderes de autoridade, capazes de decisões administrativas impostas com certa imperatividade, ainda que se possam caracterizar como auto regulação. Trata-se de uma mais difusa e fluida área de incidência de normas jus-administrativas, sem que se possam identificar, ao menos de modo consolidado, bases de natureza jurídico-constitucional; daí a dificuldade de organizá-las sob perspectiva sistêmica.
>
> Pode-se assim dizer que o Direito Administrativo Global compreende o conjunto de princípios e regras administrativas, especialmente de caráter procedimental, mas não só, que regulam relações travadas na arena global, ou no espaço jurídico global, aplicadas por organizações transnacionais em que atuam Estados, organizações internacionais e sujeitos privados.[34]

Fica evidente, assim, a complexidade – e, ao mesmo tempo, a riqueza normativa - desse novo contexto, em que a produção normativa emerge de múltiplos atores globais, não restritos aos estatais e não necessariamente por eles legitimados.

4 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL

As transformações do direito administrativo, e sua migração de uma perspectiva centrada no direito nacional para um âmbito transnacional, trazem implicações sobre as suas principais características típicas e particulares, as quais merecem ser examinadas. Se o direito administrativo não pode mais ser interpretado "em torno da ideia de um centro monolítico ou de um ápice de uma estrutura piramidal",[35] ele precisa ser dissociado de suas bases exclusivamente estatais e nacionais.

radicionalmente, o direito administrativo se centrava em algumas características bem marcantes. Segundo Pérez-Luno, elas se desdobravam nas seguintes: (i) a *estatalidade do*

33. FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes: A busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan. / mar., 2012. n.p.

34. BITENCOURT NETO, *op.cit.,* p. 118.

35. SCHILL, *op. cit.,* p. 17.

ordenamento jurídico, em que o "Estado moderno tomou para si a produção da norma legal, tendo nele passado a função legiferantes dos reis e dos príncipes às assembleias de representantes do povo, mas sempre com a indispensável participação estatal";[36] (ii) a segunda é a *exclusividade do ordenamento jurídico*, segundo a ideia de que compete ao Estado "definir com exclusividade o que deva ser uma norma legal", sendo que a validação de qualquer outra no ordenamento jurídico também depende de sua chancela;[37] (iii) a terceira consiste na *unidade do ordenamento jurídico*, que era definido como "um sistema unitário, fechado, lógico e coeso", como um todo único, claramente delimitado e específico;[38] (iv) a quarta, na *plenitude do ordenamento jurídico*, segundo a ideia de que ele deve conter, em teoria, todas as previsões legais para regrar quaisquer situações que apresentem relevância jurídica, "o sistema deve ser *pleno*, ou seja: não admitir *lacunas* e *contradições*, que deveriam ser superadas por uma hermenêutica introspectiva, entendida como a que esteja implícita no próprio ordenamento jurídico, tanto pelo recurso a analogias, quanto por regras subsuntivas autorreferenciadas";[39] (v) a quinta, a seu turno, diz respeito à *suficiência do ordenamento jurídico*, "por conter hipoteticamente todas as normas aplicáveis, para tanto exclusivamente produzidas pelos órgãos legiferantes do Estado".[40]

Por outro lado, na pós-modernidade, sob inspiração de um "renovador influxo axiológico aportado por uma combinação das teorias dos direitos humanos e da democracia substantiva", houve uma gradativa substituição dos atributos da unidade, da plenitude legislativa e da coerência sistêmica por três novos paradigmas: "pluralidade, integração jurisdicional e reconstrução argumentativa do sistema".[41]

Emergiram, assim, como características marcantes de um novo direito administrativo transnacional: (i) a *extraestatalidade*, de modo que ordenamento jurídico passa a compreender não apenas normas estatais, mas também normas extraestatais;[42] [43] (ii) o *compartilhamento,* em razão da circunstância de que não cabe mais exclusivamente ao Estado definir o que se põe como norma jurídica, observando-se "que os diversos ordenamentos jurídicos pós-modernos passam, pouco a pouco, a compartilhar princípios e valores provenientes de outros ordenamentos, com isso, a se beneficiar de um hibridismo estimulante e enriquecedor";[44] (iii) a *pluralidade normativa*, de modo que as ordens jurídicas nacionais, internacionais e globais emanadas das mais distintas fontes, estatais ou extraestatais, se entrelaçam e se influenciam reciprocamente;[45] (iv) a *abertura integrativa*, segundo a qual opera-se um "apelo ampliado a um hermenêutica aberta, já que o próprio

36. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Direito Administrativo e policentrismo de suas fontes. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 273.

37. *Ibidem.*

38. *Ibidem,* p. 274.

39. *Ibidem.*

40. *Ibidem.*

41. *Ibidem,* p. 275.

42. *Ibidem.*

43. "Se na arquitetura do Estado Moderno em suas múltiplas facetas, a norma se relacionava com o poder para prevenção e controle social internamente às suas fronteiras territoriais, na lógica proibido-permitido, a tensão que se opera com o alargamento dos atos de globalização, tem originalmente transitado entre homogeneização e assimilação." (STAFFEN, *op.cit., p.* 39.)

44. PÉREZ LUÑO, *op. cit.,* p. 276.

45. *Ibidem,* p. 277.

ordenamento jurídico, ao tornar-se pluralista, expressamente se abriu a novas fontes, não mais exclusivamente as da lei, mas as do Direito";[46] e, por fim, (v) a *integração*, por meio de uma ordem jurídica enriquecida e não mais fechada em si mesma, "enriquecida de possibilidades pela permanente e sempre renovada reconstrução argumentativa".[47]

Como se observa, "uma abordagem transnacional do direito administrativo tem um foco diferente das demais na busca da unidade, ou de semelhanças, entre diferentes leis administrativas". Como ressalta Stephan Schill, "ela se pauta na análise funcional das relações administrativas e não constrói uma teoria do direito administrativo com base nas fontes do direito como peça central".[48]

> Em vez disso, ela reconhece que o direito administrativo em um espaço transnacional provém de diferentes fontes, nacionais e internacionais, mas que também surge da conduta dos agentes públicos e privados. Essa vertente estrutura o direito administrativo ao voltar sua atenção para os agentes administrativos e os instrumentos que eles usam. Além disso, ela busca desenvolver os princípios subjacentes à ação administrativa independentemente de base jurídica específica e, assim, procura marcos do direito material e processual que aplaquem as ambições universalistas e a proteção das especificidades dos sistemas nacionais. Tais princípios podem estruturar o direito administrativo independentemente da fonte aplicável ou do agente pertinente.[49]

Prossegue o autor destacando que "no que diz respeito ao método, o conteúdo dos princípios do direito administrativo transnacional não pode ser relacionado a qualquer sistema jurídico específico, seja ele nacional ou internacional". Para ele,

> [...] em vez disso, os princípios do direito administrativo transnacional devem ser desenvolvidos por meio de uma análise comparativa do direito que englobe ambos os ordenamentos jurídicos administrativos nacionais, bem como os regimes jurídicos internacionais, e considere as fontes pertinentes do direito privado. Além disso, as fontes e os processos tanto formais quanto informais são importantes para entender como o direito administrativo configura as relações sociais. Tudo isso não exclui o fato de que pode haver conflitos entre os diferentes agentes administrativos e entre as exigências das diferentes fontes do direito administrativo. No entanto, uma abordagem transnacional sobre o direito administrativo não enfatiza os conflitos; em vez disso, ela observa os pontos em comum e os esforços conjuntos dos agentes administrativos em diferentes níveis e lugares para se comprometerem na tarefa da governança administrativa.[50]

A partir disso, deve-se reconhecer, em relação à teoria do direito administrativo, que, em âmbitos importantes, "o Estado não governa mais de forma completamente unilateral pelo comando e controle, mas cada vez mais tende a seguir a vertente cooperativa, inclusive por meio de agentes públicos e privados estrangeiros". Tal circunstância se vê refletida no direito administrativo "ao se evitar colocar o exercício unilateral da autoridade pública no centro da discussão, buscando englobar as formas cooperativas de governança administrativa". Não se pode mais ignorar que "o capital pode fluir cada vez mais livremente entre jurisdições em busca de investimentos mais eficientes, [...] influenciando a forma de governar e administrar dos Estados".[51]

46. *Ibidem*, p. 277-278.
47. *Ibidem*, p. 278.
48. SCHILL, *op. cit.*, p. 31-32.
49. *Ibidem.*
50. *Ibidem*, p. 32.
51. *Ibidem*, p. 37.

5 OS DESAFIOS PRÁTICOS E COMPLEXIDADES DO NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL

Esclarecidas as balizas da crise por que passa o direito administrativo e delineadas as bases da emergência de um direito administrativo transnacional, inclusive no que tange a suas características essenciais, afigura-se pertinente trazer à consideração desafios práticos e complexidades decorrentes desse processo de transformação.

De um lado, a ideia do Estado-nação como fonte exclusiva do direito administrativo perde espaço; de outro, o direito administrativo se torna cada vez mais presente no debate público, considerando que os Estados continuam sendo atores relevantes na promoção de políticas públicas e econômicas.

Em vista disso, em termos de globalização, o direito administrativo se amplia consideravelmente, ampliando o seu objeto para outras áreas, como é o caso da regulação da energia, telecomunicações, segurança alimentar, saúde, migração, emprego, antitruste, concorrência e regulamentação do mercado financeiro. Além disso, como aponta Stephan Schill, novas fronteiras se apresentam, como é o caso dos debates sobre *fracking*, captura e armazenamento de carbono e geoengenharia.[52]

Mas há ainda outros âmbitos de incidência. O direito administrativo "descobriu modos e instrumentos inéditos de governança, como informações indicadores e incentivos fiscais, além de arranjos contratuais, como as parcerias público-privadas (PPs) e licitações".[53] E, além disso, o direito administrativo também

> [...] adentrou o espaço jurídico transnacional com as agências nacionais reguladoras do comportamento extraterritorial, lidando com a responsabilidade corporativa ou ambiental em investimentos e comércio estrangeiro; com as agências nacionais de cooperação entre fronteiras, por meio do compartilhamento de informações ou da implementação de projetos conjuntos; e com instituições internacionais e junto com o direito internacional, executando funções administrativas e submetendo-se à análise de ferramentas do direito administrativo, como acontece no Comitê da Basileia, na Agência Internacional de Energia Atômica (Aiea), no Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) ou nos bancos de desenvolvimento multilateral. Tudo isso levou a uma expansão impressionante do direito administrativo, em parte, dentro, mas, acima de tudo, para além do Estado-nação.[54]

O que se observa é que hoje "contratação pública está internacionalizada, não apenas no que diz respeito aos agentes envolvidos, mas também em termos das fontes jurídicas que abrangem os níveis nacionais, supranacionais e internacionais". Consoante destaca Stephan Schill, "elas afetam todas as fases da contratação pública, incluindo a seleção de empreiteiros, a celebração e a execução dos contratos públicos, bem como a solução dos litígios". O autor destaca que "elas podem afetar a elegibilidade pessoal dos empreiteiros; a elegibilidade substantiva dos projetos que são implementados por meio dos contratos públicos; os procedimentos aplicáveis à seleção, conclusão e execução dos contratos públicos; os direitos materiais e a obrigação que regem a execução dos contratos", dentre outros fatores.[55]

52. *Ibidem*, p. 15-16.
53. *Ibidem.*
54. *Ibidem.*
55. *Ibidem*, p. 37-38.

Nessa área de contratações públicas,

> Os direitos concedidos aos investidores estrangeiros nesses instrumentos afetam o direito material e processual aplicável aos contratos públicos, independentemente do direito nacional que rege o Estado da parte do contrato. Os tratados de investimento estipulam requisitos independentes para o procedimento administrativo, como o direito de ser ouvido e o dever de fundamentação (*reason-giving*), o condicionamento do exercício da discricionariedade administrativa e a exigência da não discriminação de empreiteiros nacionais. Eles também podem limitar os poderes contratuais regulatórios ou especiais do Estado da parte contratada para alterar ou rescindir contratos públicos. Por fim, os tratados de investimento concedem aos investidores estrangeiros acesso a um fórum de solução de litígios específico, ou seja, a arbitragem internacional. Dado que as entidades estrangeiras estão envolvidas como partes de um contrato público, o direito internacional complementa o direito nacional dos contratos públicos (em parte complementando-o, em parte substituindo-o).[56]

Em certa medida, pode-se afirmar que a contratação pública é significativamente influenciada "pelas expectativas criadas e pelas exigências estipuladas, em nível transnacional, que são transmitidas para o nível nacional por meio do envolvimento de financiadores ou garantes dos contratos celebrados entre os Estados e os agentes privados".[57] Há um conjunto de políticas em nível internacional que afetam a contratação pública em razão de afetarem a elegibilidade dos projetos, o que, também, motiva os Estados a adaptarem suas leis e políticas administrativas aos padrões internacionais.

Entretanto, segundo Stephan Schill, "não é só o *soft law* criado por financiadores públicos que influencia a contratação pública nacional". Há sistemas autorregulatórios puramente privados, que estabelecem requisitos para a gestão de riscos socioambientais no financiamento privado de projetos de desenvolvimento; há, também, contratos-modelo que servem para a celebração de contratos entre agentes públicos e privados, como ocorre no caso da indústria do petróleo e também no setor de bancos privados que atuam no financiamento soberano.[58]

Não se pode desconhecer, além disso, o papel desempenhado pelo instituto da arbitragem nos contratos público-privados. É que árbitros, quando chamados a resolver litígios em contratos importantes, não resolvem apenas o caso concreto, mas também "desenvolvem a legislação relativa às relações subjacentes, inclusive em áreas tão importantes como os setores de energia, serviços públicos e infraestrutura". Nesses casos, "eles de fato fazem a lei porque as sentenças arbitrais se tornam públicas e influenciam posteriores tomadas de decisão enquanto jurisprudência. O direito então elaborado tem a probabilidade de se tornar cada vez mais independente dos contextos nacionais específicos".[59]

Um aspecto importante, em relação a essa matéria, notadamente quanto às consequências dessa influência dos fatores transnacionais sobre o direito administrativo nacional, é destacado por Julios-Campuzano:

> *Además de una tupida red de mecanismos informales de decisión en la esfera económica supranacional, la globalización ha generado una constelación de foros, instancias y organismos económicos internacionales en los que, con la participación directa o indirecta de los Estados, se dictan pautas, se establecen medidas y se promulgan resoluciones que ordenan la*

56. *Ibidem*, p. 38.

57. *Ibidem*, p. 42-43.

58. *Ibidem*, p. 43-44.

59. *Ibidem*, p. 44.

> *actividad económica de los mercados em el ámbito intraestatal y en el contexto internacional, limitando así los márgenes de soberanía de los Estados en la definición de sus programas de política económica y asistencial. (...) Es fácil inferir que, en estas instancias económicas, las relaciones de poder interestatales son flagrantemente asimétricas, y que esa desigualdade provoca paradojas sutiles y lacerantes puesto que los Estados económicamente más débiles se ven arrastrados de manera inexorable por las decisiones que los países más poderosos imponen "democráticamente" en los procesos decisorios.*
>
> *De este modo, las estructuras de poder del sistema consuman la imposición coactiva de sus programas de política económica a los países menos desarrollados que se ven forzados a acatar los dictados de la "gobernabilidad sistémica", a partir de dos factores principales: 1) el escaso peso de estos países en la esfera internacional y su posibilidad extraordinariamente limitada de intervenir de forma relevante en los procesos decisorios supranacionales; 2) la ayuda económica de las instancias financieras globales, cuya concesión queda supeditada a la aceptación y desarrollo de los programas de ajuste económico elaborados por los burócratas del capitalismo transnacional. En esa red compleja de instancias y organismos participan no sólo instituciones oficiales, sino también foros informales que se arrogan competencias em la reordenación de la economía mundial. Ejemplo de lo primero son el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Banco Central Europeo (BCE) o la Organización Mundial del Comercio (OMC) que es la institucionalización con carácter permanente de los diversas rondas de Acuerdos Generales sobre Aranceles y Comercio (GATT). En el segundo grupo podemos citar, sin ánimo de exhaustividad, los encuentros periódicos de los paises más industrializados del planeta (G-7) y de su versión ampliada tras la incorporación de la Federación Rusa (G-8) o los encuentros periódicos de los lideres de Bancos Centrales.*[60]

Conforme destaca Saskia Sassen,

> *Este tipo de convergencia sumamente especializada se da también en muchos otros casos, tales como la regulación de las telecomunicaciones, las operaciones financeiras, el uso de Internet, etc. En algunos sectores existe hace largos años una convergencia elemental a escala mundial o, al menos, una coordinación normativa, pero hoy se observa una intensificación marcada de las labores para generarla.*[61]

Nesse contexto, se os Estados nacionais desejam se tornar competitivos no âmbito das trocas/fluxos econômicos, cujas regras são ditadas por instâncias de poder difusas cuja legitimidade advém da adesão de setores econômicos específicos e da necessidade de padronização das trocas econômicas nesses âmbitos, eles são forçados a se adaptarem, o que inclui o conteúdo do seu direito.[62] Isso inclui a adaptação a importantes regimes jurídicos privados como a *lex mercatoria* relativa à economia internacional, e a *lex digitalis*, referente à internet.[63]

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos evidentes limites do presente estudo, que jamais teve a intenção de esgotar o tema, dada a sua complexidade, multidimensionalidade e riqueza de exemplos, pode-se afirmar que foi possível delinear, em breves linhas, as bases da emergência de um novo direito administrativo transnacional. Supera-se, na pós-modernidade, os atributos da ter-

60. JULIOS-CAMPUZANO, *op. cit., p*. 239-240.

61. SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridade y derechos: De los Ensamblajes Medievales a Los Ensamblajes Globales**. Traducido por María Victoria Rodil. 1ª ed., Madrid: Katz Editora, 2010. p. 296

62. JULIOS-CAMPUZANO, *op. cit.,* p. 242.

63. FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes: A busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan. / mar., 2012.

ritorialidade e da exclusividade das fontes normativas estatais (tidas, então, como plenas e coerentes), passando-se a admitir, em um contexto de intensa globalização jurídica, a pluralidade, integração jurisdicional e reconstrução argumentativa do sistema.

Opera-se, desse modo, uma profunda transformação das características mais marcantes do direito administrativo. Substitui-se a estatalidade do ordenamento jurídico pela extra-estatalidade; a exclusividade, pelo compartilhamento; a unidade, pela pluralidade; a plenitude, pela abertura integrativa; e a suficiência, pela integração. O direito administrativo passa a ser válido para assuntos endógenos e exógenos à dimensão territorial do Estado.

Esse novo contexto se projeta em relação às interações transnacionais de setores econômicos importantes, embora não se esgote apenas nos fluxos econômicos. O fato é que os Estados continuam a figurar como atores importantes na implementação de políticas públicas e de desenvolvimento, nas mais diferentes áreas, o que evidencia um papel preponderante a ser desempenhado por um novo direito administrativo, não mais necessariamente territorializado e de fonte normativa unívoca, mas sim integrado a um contexto colaborativo e transnacional.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT NETO, Eurico. Direito administrativo transnacional. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 7, n. 24, p. 109-126, jan. / mar., 2009

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; LIMA, Renata Albuquerque. Teoria constitucional em mutação: perspectivas do constitucionalismo contemporâneo frente aos desafios da globalização e transnacionalidade / Constitutional theory changing: perspectives of contemporary constitutionalism to the challenges of globalization and transnationality. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 118-141, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1585. Acesso em: 06 set. 2021. doi: https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1585.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes: A busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan. / mar., 2012

JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *A vueltas com el constitucionalismo cosmopolita. Crisis del estado, pluralismo jurídico y constitución*. **Revista do Instituto de Hermenêutica,** Belo Horizonte, ano 13, n.18, p. 237-263, jul. / dez., 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativismo: uma apresentação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set. / dez., 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O direito administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14ª ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Direito Administrativo e policentrismo de suas fontes. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridade y derechos: De los Ensamblajes Medievales a Los Ensamblajes Globales**. Traducido por María Victoria Rodil. 1ª ed. Madrid: Katz Editora, 2010.

SCHILL, Stephan. Abordagens jurídicas transnacionais sobre direito administrativo: a conceituação dos contratos públicos na globalização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 13-53, jan. / abr., 2015.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

O "TEATRO DO ABSURDO" CONSTITUCIONAL

Thiago de Miranda Coutinho[1]

Submetido em: 15/09/2021
Aceito em: 27/10/2021

RESUMO
O presente Artigo visa contextualizar o momento de instabilidade constitucional que assola o Brasil. O clima desarmônico entre alguns membros dos Poderes constituídos – além dos reiterados choques aos preceitos constitucionais –, lança uma inevitável analogia ao "Teatro do Absurdo" (gênero artístico reconhecido por suas peculiares características). Buscou-se, assim, refletir acerca deste momento histórico enfrentado pelo Estado Democrático de Direito e sua Lei Maior, a Constituição Federal.

1 INTRODUÇÃO

Uma das finalidades da Arte é proporcionar ao espectador uma espécie de "espelho crítico", cujo reflexo – aliado ao senso pessoal de julgamento –, permite analisar e compreender fatos e acontecimentos reais sob a ótica do sábio paralelo que o mundo artístico exprime, como bem defendia Michel Ragon.[2]

Eis que dessa manifestação universal, singulares são as ideias, sensações e emoções transmitidas, sendo – quase que unanime, apenas –, a conclusão de que é mais fácil senti-la a defini-la (a Arte).

Contudo, talvez, se há que se chegar próximo a um conceito do que é Arte, que se utilize, então, das palavras de Georges Duby:[3] "A Arte é a expressão da sociedade no seu conjunto: crenças, ideias que faz de si e do mundo. Diz tanto quanto os textos do seu tempo, às vezes até mais".

E é justamente desse "dizer até mais" que se diz muito! Entretanto, para que se possa beber (perceber) desta conexão entre Arte e realidade, são necessárias doses de predisposição, sensibilidade e "espelho crítico". Afinal, raramente a ordem é cronológica; fortuitamente, ela é clara; e, nem sempre, este lastro intelectual necessário para compreende-la é desenvolvido por quem a consome.

Por vezes, a Arte sobe ao palco da realidade e é encenada sem que os "atores do agora" desejem tal espetáculo, pois – paradoxalmente –, eles repudiam o próprio enredo. Inclusive, se a Arte fosse mera caricatura da vida, Oscar Wilde não diria a célebre frase: "a vida imita a Arte muito mais do que a Arte imita a vida".[4]

1. Pós-graduado em Inteligência Criminal. Agente de Polícia - PCSC. Graduando em Direito (Univali).

2. Michel Ragon foi um escritor, historiador e crítico de arte e literatura francês. (1924 – 2020). RAGON, M. **Da crítica considerada como uma criação**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

3. George Michael Claude André Duby foi um historiador e professor francês (1919 – 1996). POIRRIER, Philippe. **Les enjeux de l'histoire culturelle**. Paris: Le Seuil, 2004.

4. Frase do ensaio: "A decadência da mentira" (1891). WILDE, O. **A decadência da mentira e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2021.

2 O PARALELO ENTRE O TEATRO DO ABSURDO E O DIREITO

Na esteira do pensar sobre o que é Arte e o que é "a" Arte; do filosofar acerca do porquê dessa ou daquela premissa ir ao encontro do Direito; e, também, de que modo tudo isso pode ir de encontro aos ditames legais, sobram motivos para traçar um acareamento prático-ideológico entre a Arte contida no "Teatro do Absurdo" e os capítulos constitucionais (ou nem tanto assim) da fatídica atualidade brasileira.

Realidade essa, que expõe verdadeiras afrontas às regras contidas na Carta Magna, potencializadas por uma crise mundial em decorrência da Covid-19. Uma pandemia que colocou a prova, não apenas a capacidade de gestão dos líderes públicos, mas que também evidenciou a forma como são interpretados (neste emaranhado de problemas sanitários e sociais) o próprio conceito de Estado Democrático de Direito e a sua Lei Maior; e o pior, com forte apelo e incitação popular.

Mas transcorrendo a respeito daquele estilo cultural tão peculiar aqui referenciado (e porque não, também reverenciado), não se pode prescindir em melhor explicá-lo.

Uma vez criada no final da década de 1950 pelo jornalista de origem húngara, mas radicado na Inglaterra, Martin Esslin,[5] a expressão "Teatro do Absurdo" buscou condensar obras cuja dramaturgia divergisse daquelas tidas como tradicionais à época.

Neste sentido, como ponto central, tais peças reuniam uma abordagem excêntrica a temáticas existencialistas e, assim, buscavam expressar aquilo que acontece quando a própria existência humana é considerada sem propósito: a ruptura do diálogo!

Não obstante, contextualizado em tempos de pós-segunda guerra mundial, o "Teatro do Absurdo" permeava um ambiente onde, através da Arte tragicômica, buscava-se retratar as agruras de uma sociedade moderna em crise, mormente à fragilidade de valores éticos e morais (postos e impostos) durante a segunda metade do século XX, que a história humana contou.[6]

Salienta-se, também, que suas personagens detêm posturas discrepantes à normalidade por meio dos seus comportamentos desarrazoados que, ao cabo, revelavam ações inesperadas e – na contramão e contradição da obviedade –, nada convencionais. Eis, decerto, motivo que o tornou tão aclamado.

E justamente em oposição aos enredos comumente conhecidos – onde se tem delimitados o início, meio e fim de uma obra –, o "Teatro do Absurdo" ostenta peças imprevisíveis e desenhadas entre as colunas de um amontoado de acontecimentos inabituais, cuja existência de elementos fantasiosos e devaneadores são pilares do contexto poético proposto; dificultando, inclusive, a compreensão da narrativa (como na vida, no texto e na atualidade dos acontecimentos).

3 O ENREDO DE UMA REALIDADE BRASILEIRA

Como na magia de um carrossel, a história se repete. Sendo que, após uma das maiores operações policiais desnudar um complexo arcabouço de corrupção entranhado no

5. Martin Julius Esslin foi um produtor, jornalista, crítico e professor de arte dramática. Criador do gênero "Teatro do Absurdo" (1918 – 2002). ENCICLOPÉDIA ITAÚ CULTURAL. **Teatro do Absurdo**. São Paulo: Itaú Cultural, 2021. Disponível em: http://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo13538/teatro-do-absurdo. Acesso em: 04 set. 2021.

6. *Ibidem*.

seio da administração pública federal, travou-se uma das mais emblemáticas batalhas jurídicas brasileiras.

Tamanha repercussão e espetacularização do devido processo legal inflamou, politicamente, os ânimos já exaltados E toda essa pirotecnia midiática acarretou no início da nociva, sob todos os aspectos, guerra do "nós contra eles".

Instituiu-se quase que a força, uma falaciosa e constrangedora vinculação da bandeira nacional a um determinado "lado"; a uma determinada figura pública tida como opção do "bem contra o mal". Ao modo que orgulhar-se do símbolo maior da nação brasileira fosse atestar aos desavisados, uma espécie de "posicionamento político ideológico culposo".

Inclusive, manifestando-se em sua rede social sobre tal contexto, o historiador e professor Leandro Karnal assim discorreu sobre essa temática:

> Ao estabelecer o 'nós' contra 'eles', o ódio cria um elemento de identidade, um lugar aquecido no mundo. Eu sou o puro bem e busco amparo no grupo que pensa como eu como eco e ressonância. Os outros? São o lado ruim da sociedade e tudo seria perfeito se fossem eliminados, pensa aquele tomado pela raiva. O ódio estimula um narciso infantilizado e carente que detesta a contradição. O ódio é muito perigoso, porém, uma das maiores zonas de conforto já inventadas pelo ser humano. O drama do ódio é que ele dá sentido ao vazio, cria grupos e me poupa do trabalho de pensar. Em resumo: o ódio é uma droga altamente viciante. (adaptado de KARNAL, Leandro. Todos contra todos: o ódio nosso de cada dia).[7]

No mesmo sentido, um dia após o povo brasileiro celebrar o 199º dia da independência, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal declarou no plenário da Suprema Corte que: "A convivência entre visões diferentes sobre o mesmo mundo, é pressuposto da democracia que não sobrevive sem debates sobre o desempenho dos seus governos e de suas instituições."[8]

Assim como um rio que desagua no mar, o que se percebe no Brasil (em se tratando de aclamação popular), é o nascimento de um estereótipo caricato tido, por muitos, como "salvador da pátria"; ou, simplesmente, alguém cujas propostas estariam (na visão destes muitos) "acima de tudo" ou de qualquer suspeita ou contestação.

E quanto aos que "ousam" discordar desse viés, ou que apenas o questionam, como rege a democracia, recebem uma rotulação hostil e impublicável.

E foi exatamente este o ponto coadunado pelo Excelentíssimo Sr. Ministro, Luiz Fux, nesta outra passagem do seu mesmo pronunciamento no STF, em 08/09/2021, já anteriormente elencado:

> A crítica institucional não se confunde, e nem se adequa, com narrativas de descredibilização do Supremo Tribunal Federal e de seus Membros, tal como vem sendo gravemente difundidas pelo chefe da nação. Ofender a honra dos ministros, incitar a população a propagar discursos de ódio contra a instituição do Supremo Tribunal Federal e incentivar o descumprimento de decisões judiciais são práticas antidemocráticas e ilícitas, intoleráveis em respeito ao juramento constitucional que todos nós fizemos ao assumirmos uma cadeira nesta corte.[9]

7. KARNAL, Leandro. **Todos contra todos**: o ódio nosso de cada dia. Rio Grande do Sul, 07 set. 2021. Instagram: @leandro_karnal. Disponível em: https://www.instagram.com/leandro_karnal/. Acesso em: 13 set. 2021.

8. FUX, Luiz. **Pronunciamento do Ministro Luiz Fux no plenário do STF, em 08/09/2021**. 2021. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 13 set. 2021.

9. FUX, *op. cit*.

Interessante destacar, ainda, que – no ponto –, segundo a própria definição criada pelo idealizador do "Teatro do Absurdo", Martin Esslin:

> O teatro do absurdo se esforça por expressar o sentido do sem sentido da condição humana, e a inadequação da abordagem racional, através do abandono dos instrumentos racionais e do pensamento discursivo e o realiza através de uma poesia que emerge das imagens concretas e objetificadas do próprio palco.[10]

Justamente aqui, onde qualquer semelhança com os tempos experienciados no Brasil, onde a gestão da crise pandêmica não só destoa, como caminha na contramão do mundo; da clara cizânia ideológica entre os Poderes constituídos; do constante atrito entre normas; do conflituoso e arriscado uso de princípios do Direito para justificar (ou arguir) "razões desarrazoadas"; do aviltamento a preceitos basilares de uma democracia; e, não obstante, da dúvida de alguns sobre o que seria um Estado Democrático de Direito, que estas não são meras coincidências às características do "Teatro do Absurdo" tupiniquim.

Se o grande jurista e advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto fosse vivo, certamente daria bons conselhos a todos os atores que conduzem o país. Por sorte, ainda em vida, no avançar da sabedoria dos já ultrapassados noventa anos, Sobral Pinto deixou (em entrevista) um recado aos jovens:

> Eu conheci um mundo organizado juridicamente. Após a primeira guerra mundial, tudo isso se alterou. A violência entrou no mundo. Um mundo onde o direito não mais funcionava, onde não havia mais nenhum respeito pela lei. O que mandava era a força. Então, os moços de hoje estão neste clima. Eles acham que a força, que a violência é quem comanda. Não! Isso é uma transição. Uma transição funesta, perigosa!
>
> Eles devem lutar para que se volte àquela concepção anterior à Primeira Guerra Mundial, em que o Direito é que realmente geria e governava a atividade do homem na vida privada e na vida pública, nas empresas e em toda parte. O direito era uma realidade. Ninguém ousava desrespeitá-lo. Então, essa é a mensagem: eu conheci este mundo. Se ele existiu, ele pode voltar a existir.
>
> Então, aí que eu digo aos moços: Trabalhem, não com violência. Trabalhem através da palavra, do raciocínio, do argumento, No sentido de convencer a todos que devem realmente organizar o seu país dentro de uma organização jurídica perfeita, em que os três poderes funcionem livremente se respeitando mutuamente.[11]

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE EM DEFESA DA DEMOCRACIA

Não raras vezes, de forma descrente se indaga quanto à realidade (e veracidade) dos fatos dessa narrativa protagonizada por aqueles que tem, justamente, o compromisso de zelar pela Constituição Federal.

Afinal, como pode tamanha voracidade em dar sentido às próprias interpretações do texto legal no afã de provar justamente o contrário do que se fala? Descumprir a Constituição alegando estar defendendo-a é, no mínimo, inquietante!

Oportunamente, cita-se mais um trecho do pronunciamento feito pelo Presidente do STF, Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, em 08/09/2021:

10. ESSLIN, Martin. **O teatro do absurdo**. Trad. Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

11. SOBRAL, o homem que não tinha preço. Direção: Paula Fiuza. Produção: Casé Filmes e Canal Laranja. Rio de Janeiro: Art Films, 2012.

> Infelizmente, tem sido cada vez mais comum que alguns movimentos invoquem a democracia como pretexto para promoção de ideais antidemocráticos. Estejamos atentos a estes falsos profetas do patriotismo que ignoram que democracias verdadeiras não admitem que se coloquem o povo contra o povo ou o povo contra as suas instituições. Todos sabemos que quem promove o discurso do nós contra eles não propaga democracia, mas a política do caos.[12]

Paralelo a isso, o que dizer então da desarmoniosa relação entre os Poderes (tão condenada por Sobral Pinto) que, semanalmente, criam fatos novos para medirem – veja só –, seus poderes. Estes, outorgados pelo povo e que, em completa dissonância com o texto legal, deveriam ser harmoniosos entre si:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.
> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.[13]

Ao povo, incrédulo, pairam na sofreguidão dos dias, inúmeros pontos a serem questionados no tocante aos reflexos dessa crise "sócio, política, sanitária, institucional e constitucional" que avilta, sobremaneira, os direitos e garantias fundamentais esculpidos a duras penas em 1988.

Nesta toada, ao se descortinar o que beira uma tragicômica peça em cartaz no país, já será possível ver, ouvir e sentir os vestígios deixados pelo "Teatro do Absurdo" nas cenas do agora. Cenas que ganham novos atores que buscam externar suas insatisfações com o rumo dos acontecimentos; com o horizonte que se avizinha; com os próximos atos dessa peça.

Foi o que fez o Conselho dos Tribunais de Justiça e o Colégio de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil que, em nota, expuseram suas impressões sobre este momento de turbulência constitucional:

> O Conselho dos Tribunais de Justiça e o Colégio de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil, fiéis às suas tradições republicanas, vêm reafirmar seu compromisso com a preservação do Estado Democrático de Direito e com a necessária harmonia e independência entre os Poderes. E repelir toda e qualquer conduta que estimule desrespeito a decisões judiciais, pois isso estaria na contramão do que dispõe a Constituição Federal, além de macular o regime democrático, o que é inadmissível! Por fim, reafirmar, também, a convicção de que, numa democracia, é o Supremo Tribunal Federal o guardião e o intérprete máximo da Constituição Federal, sendo imperativo que exerça a sua jurisdição com tranquilidade e independência, condições imprescindíveis, que também se estendem aos demais Tribunais, juízes e juízas do Brasil, para que as decisões judiciais possam ser efetivas, justas e o País mereça credibilidade internacional.[14]

12. FUX, *op. cit*.

13. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

14. CONSELHO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA; COLÉGIO DE PRESIDENTES DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL. **Nota Oficial**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/static/2021/09/Nota-Oficial-Conselho-e-Codepre1.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

5 O PRELÚDIO DO FIM

Nesta odisseia entre a Arte e o Direito aqui retratada, denota-se que entre os elementos que constituem a linguagem teatral estão: as personagens, o cenário, a música e os objetos de cena.[15]

Curiosamente, no ano de 2014, numa espécie de Prelúdio, o Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho era provocado sobre um "roteiro" parecido ao atual:

> Diante de uma situação de tal monta, de todo caótica, qual o caminho a se adotar? Desistir ou lutar?
>
> A resposta parece evidente, mas não tem sido assim. Embaralhadas as coisas pela complexidade e fustigados pela pressa de se ver tudo resolvido "para ontem" (isso seria um sintoma dos tempos em que se vive?), muitos têm procurado soluções alternativas, algumas com real brilho, sem embargo de que tudo se possa estar fazendo em detrimento dos fundamentos e, pior – porque mais difícil de perceber – dos fundamentos dos fundamentos.
>
> Por isso, atenção, muita atenção. É preciso ter paciência; que se não concilia com resignação. Afinal, esperança é de democracia; e ela, seja lá em que face se apresente, não é nunca o que se quer e sim sempre o que se conquista. Por isso é preciso muita paciência, tanto quanto resistência para não se desistir nas primeiras ou mesmo nas mais duras dificuldades; e luta porque, no jogo pela democracia, muitos não querem saber de fair play, começando por aqueles que, como diziam os romanos, pensam-se em um lugar de legibus solutio. Trata-se, portanto, de uma receita amarga, de luta dura; mas é a que se pode ter se não se quiser fazer a racionalidade ou manter tudo como está ou – pior – fazer um novo sistema que seja igual ao que se quer superar.[16]

E da forma como os indícios e resquícios do "Teatro do Absurdo" ecoam, eis que em outra oportunidade, desta vez em 2016, novamente nos alertou o Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

> O problema da Moral, assim, não é ela em si e sim a individualização com a qual se apresenta, de todo fluida e de pouco controle.
>
> Pior mesmo, é o que se passa com aqueles que, a partir desse lugar solitário, querem ser os moralizadores e usando suas posições imaginam consertar o mundo, não raro impondo aos outros aquilo que têm como padrão.
>
> Ao afirmar que são figuras diferentes (ou mesmo opostas), distinguiu-os dizendo que o "homem moral se impõe padrões de conduta e tenta respeitá-los, ao passo que o moralizador quer impor ferozmente aos outros os padrões que ele não consegue respeitar.
>
> O escopo é a vitória a qualquer custo. Sintomático, portanto, que se pretenda relativizar todas as regras e princípios, de modo que possam servir ao intérprete da forma mais adequada às suas necessidades; e mesmo que se tenha que avançar contra textos com alta substancialidade como os da Constituição Federal.[17]

15. GOIÂNIA. Prefeitura Municipal. **Viagem às Américas**. Disponível em: https://sme.goiania.go.gov.br/conexaoescola/ensino_fundamental/viagem-as-americas/. Acesso em: 13 set. 2021.

16. Texto parcialmente apresentado em palestra proferida no Seminário de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal em homenagem a Winfried Hassemer, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), em 21/03/2014. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro?** 2015. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro. Acesso em: 13 set. 2021.

17. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise**: interlocuções a partir da literatura. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

6 O EPÍLOGO DO "ÓBVIO"

E quando o público já se prepara para o fim do espetáculo, muitas vezes trágico, diante de uma extenuante apresentação, eis que o protagonista surge no tablado em uma cena inesperada; e, de certa forma, inexplicável a considerar todo o enredo desenvolvido até então. E na contramão do que assistiam – agora perplexos –, os espectadores são, mais uma vez, surpreendidos pelo "Teatro do Absurdo"!

Qualquer semelhança com a realidade seria mera coincidência?

Coincidência ou não, se travamos até aqui um enlace entre Arte e Direito, nada mais justo do que promover mais um encontro através, agora, da música de João Nogueira, que por meio do samba "Vovô Sobral" datado de 1979, retratou Sobral Pinto na forma de crônica da vida suburbana naqueles tempos de contradições sociais:

> O Vovô Sobral falou
>
> Que o voto direto é o anseio do trabalhador
> Que esse é um direito que exige cada cidadão
> A escolha do novo chefe da nação
>
> O Vovô Sobral falou
> Que o bravo soldado vai ver o seu real valor
> Agindo pelo bem do povo e sua proteção
> Assim como reza a constituição
>
> Vovô Sobral
> Pra quem não conhece é um grande homem
> Tornou-se jurista de renome
> Patrono de todo tribunal
>
> Vovô Sobral
> No alto dos seus 90 anos
> Reclama por direitos humanos
> Nas praças de cada capital
>
> Pagou geral
> Ele hoje é a razão que guia o povo
> Pois sendo o mais velho
> Hoje é o mais novo
> Herói da justiça nacional
>
> Como eu gosto do vovô Sobral.[18]

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

E, por fim, o que dizer dessas idas e vindas da vida? Como resposta, novas indagações: e quando o palco da existência humana carecer de significado ou, quem sabe, perecer por propósitos? E quando a racional conclusão der acento (ou aceno) à plateia do silêncio?

Seguramente, o povo será a comédia dentro do "Teatro do Absurdo".

18. NOGUEIRA, João. **Pelas terras do pau-brasil**. 1979. Disponível em: https://www.letras.mus.br/joao-nogueira/discografia/pelas-terras-do-pau-brasil-2005/. Acesso em: 13 set. 2021.

Figura 1 - Imagem da jornalista Sarah Teófilo, repórter da RecordTV, em Brasília no dia 07/09/2021.

Fonte: Sarah Teófilo.[19]

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

CONSELHO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA; COLÉGIO DE PRESIDENTES DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL. **Nota Oficial**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/static/2021/09/Nota-Oficial-Conselho-e-Codepre1.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise**: interlocuções a partir da literatura. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro?** 2015. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro. Acesso em: 13 set. 2021.

19. TEÓFILO, Sarah. **Brasília, 7 de setembro de 2021**. Brasília, 07 set. 2021. Instagram: @sarah.teofilo. Disponível em: https://www.instagram.com/sarah.teofilo/. Acesso em: 13 set. 2021.

ENCICLOPÉDIA ITAÚ CULTURAL. **Teatro do Absurdo**. São Paulo: Itaú Cultural, 2021. Disponível em: http://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo13538/teatro-do-absurdo. Acesso em: 04 set. 2021.

ESSLIN, Martin. **O teatro do absurdo**. Trad. Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

FUX, Luiz. **Pronunciamento do Ministro Luiz Fux no plenário do STF, em 08/09/2021**. 2021. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 13 set. 2021.

GOIÂNIA. Prefeitura Municipal. **Viagem às Américas**. Disponível em: https://sme.goiania.go.gov.br/conexaoescola/ensino_fundamental/viagem-as-americas/. Acesso em: 13 set. 2021.

KARNAL, Leandro. **Todos contra todos**: o ódio nosso de cada dia. Rio Grande do Sul, 07 set. 2021. Instagram: @leandro_karnal. Disponível em: https://www.instagram.com/leandro_karnal/. Acesso em: 13 set. 2021.

NOGUEIRA, João. **Pelas terras do pau-brasil**. 1979. Disponível em: https://www.letras.mus.br/joao-nogueira/discografia/pelas-terras-do-pau-brasil-2005/. Acesso em: 13 set. 2021.

POIRRIER, Philippe. **Les enjeux de l'histoire culturelle**. Paris: Le Seuil, 2004.

RAGON, M. **Da crítica considerada como uma criação***. São Paulo: Perspectiva, 1979.*

SOBRAL, o homem que não tinha preço. Direção: Paula Fiuza. Produção: Casé Filmes e Canal Laranja. Rio de Janeiro: Art Films, 2012.

TEÓFILO, Sarah. **Brasília, 7 de setembro de 2021**. Brasília, 07 set. 2021. Instagram: @sarah.teofilo. Disponível em: https://www.instagram.com/sarah.teofilo/. Acesso em: 13 set. 2021.

WILDE, O. **A decadência da mentira e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2021.

SESSÕES VIRTUAIS DE JULGAMENTOS E A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Weber Luiz de Oliveira[1]
Felipe Wildi Varela[2]

Submetido em: 24/09/2021
Aceito em: 19/10/2021

RESUMO
O presente artigo expõe as Sessões Virtuais do Supremo Tribunal Federal. Seu objetivo é demonstrar como Precedentes Vinculantes, notadamente teses de Repercussão Geral e Decisões em Controle Concentrado de Constitucionalidade, são assentadas pela Corte Constitucional brasileira em sessões em que inexiste a reunião (física ou telepresencial), dos julgadores, considerando que tal norma judicial vincula toda a Jurisdição e reflete, direta ou indiretamente, na Administração Pública. Com uma pesquisa empírica dos julgamentos em Sessões Virtuais no ano de 2020 conclui-se que é ausente um debate mais aprofundado, dialético, contextual e democrático para a formação de Precedentes Vinculantes por tal instrumento tecnológico de julgamento.

1 INTRODUÇÃO

É objeto desse texto, notadamente diante da alteração social e política causada pela pandemia do coronavírus, a aceleração dos julgamentos em Plenários Virtuais de ações e recursos nos Tribunais Superiores, particularmente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Enfoque mais detalhado é dado à formação virtual de Precedentes Judiciais Vinculantes, em especial Teses de Repercussão Geral e Decisões em Controle Concentrado de Constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, a primeira Seção conceitua o que se entende por Plenário Virtual e a sua disciplina regimental no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

A segunda Seção, em um recorte e delimitação sobre o tema em relação ao Supremo Tribunal Federal, trata da formação de Precedentes Vinculantes por esta Corte Constitucional, apresentando estatística acerca do número de processos com tal natureza julgados no ano de 2.020, em comparação com os anos anteriores.

Na sequência, a terceira e última Seção expõe, considerando a formação dos Precedentes Vinculantes apresentados na Seção anterior, que a Norma Jurisdicional então assentada nos julgamentos em Sessões Virtuais necessita de um diálogo mais adequado

1. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajái (Univali/SC). Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul/LFG. Membro de Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil - IBDP. Procurador do Estado de Santa Catarina, com atuação nos Tribunais Superiores.

2. Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Máster Universitario em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha. Graduado em Direito pela UNIVALI. Procurador do Estado de Santa Catarina.

e plural, seja entre os formadores de tal norma, os Ministros, seja para os seus destinatários, a comunidade jurídica e especialmente os contendores na demanda formativa da Norma Jurisdicional.

Nas Considerações Finais apresentam-se críticas aos julgamentos em Plenário Virtual nos casos em que se evidencia prejuízo ao devido processo legal, principalmente pela ausência de dialética entre os sujeitos da relação processual. Conclui-se, ainda, pela ofensa ao princípio democrático a formação de Norma Jurisdicional sem amparo em um efetivo debate público e aberto sobre as questões que estão em julgamento, considerando que estabelecem decisões a vincular toda a Jurisdição.

2 JULGAMENTOS VIRTUAIS

O julgamento em Sessões Virtuais não é uma novidade decorrente da pandemia do Coronavírus e da limitação à realização presencial de sessões de julgamento. O que a crise[3] da pandemia fez nesse cenário jurisdicional foi acelerar o uso de ferramentas tecnológicas.

Possibilitou-se o julgamento nesse formato em 2007 com a criação pelo Supremo Tribunal Federal do "Plenário Virtual", "sistema que permite aos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) deliberarem se determinada matéria apresenta ou não repercussão geral, pré-requisito introduzido pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004 (Reforma do Judiciário) para admissibilidade de Recurso Extraordinário (RE)"[4].

O termo *virtual* é utilizado para caracterizar a ausência física dos julgadores nas Sessões, possibilitando que a decisão colegiada seja realizada sem a reunião em plenário edificado para a o debate e conjunção de fundamentos, em uma dialética presencial.

O Plenário, por ser Virtual, impossibilita a troca de argumentos já que não há, em *tempo real*, a oitiva e contraditas entre os julgadores. O que ocorre é a inclusão em sistema de informática ou plataforma eletrônica dos votos de cada julgador. Ao final, o resultado do julgamento se dá pela contagem dos votos que formaram maioria em determinada posição.

A pandemia do coronavírus[5] acelerou, reforçou e maximizou o uso dessa ferramenta ou tipo de julgamento, porquanto o afastamento e isolamento social contribuiu com a idealidade e procedimento do Plenário Virtual, qual seja, a realização de julgamentos sem o encontro entre as pessoas (julgadores, advogados, procuradores, serventuários etc.).

3. A propósito da categoria "crise" é oportuno destacar a obra de Zygmunt Bauman e Carlo Bondoni, **Estado de Crise**, trad. Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2016. Ressaltam os autores que, conquanto contemporaneamente hajam referências, genericamente, à crise como conjuntura ou depressão, "a noção de 'crise' transmite a imagem de um momento de transição que se presta necessariamente ao crescimento, como prelúdio de uma melhoria para um status diferente, um passo adiante decisivo. Por isso o termo incita menos medo. Como se pode ver, 'crise', em seu sentido próprio, expressa algo positivo, criativo e otimista, pois envolve mudança e pode ser um renascimento após uma ruptura. Indica separação, com certeza, mas também escolha, decisões e, por conseguinte, a oportunidade de expressar uma opinião. Num contexto mais amplo, a noção adquire sentido de maturação de uma nova experiência, a qual leva a um ponto de não retorno (tanto no âmbito pessoal quanto no histórico-social)" (p. 11).

4. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271627 . Acesso em: 25 fev. 2021. A propósito do requisito constitucional da repercussão geral Pedro Miranda de Oliveira bem esclarece: "Enfim, o STF, para dar uma *resposta judiciária de qualidade*, necessita de certos *elementos de contenção*. Do contrário, ou bem não conseguirá gerir a quantidade de processos que a ele chegam diariamente, levando ao represamento e ao atraso na prestação jurisdicional; ou bem acabará ofertando resposta judicial de massa, com evidente prejuízo para os valores *segurança e justiça*. Nesse contexto está inserida a *repercussão geral das questões constitucionais*, em que se conferiu flexibilidade ao STF para conhecer apenas as matérias que entender realmente importantes para a sociedade brasileira" (**Recurso Extraordinário e o requisito da repercussão geral**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 86)

5. Na **Coluna Advocacia Pública e outros Temas Jurídicos em Debate** contextualizamos o cenário da pandemia e seus efeitos no Direito Público e na Sociedade: OLIVEIRA, Weber Luiz de. Coronavírus: para onde vai o mundo? Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/coronavirus-para-onde-vai-o-mundo . Acesso em: 25 fev. 2021.

O procedimento ou sistemática do julgamento em Sessões Virtuais em cada Tribunal tem suas particularidades, como se passa a expor em relação ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

2.1 Superior Tribunal de Justiça

No Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça[6] as Sessões Virtuais foram incluídas no Título III-A pela Emenda Regimental n. 27/2.016. O art. 184-A criou "órgãos julgadores virtuais correspondentes à Corte Especial, às Seções e às Turmas do Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de julgamento eletrônico de recursos".

O acesso às Sessões Virtuais pelas partes e advogados se dá através da "página do Superior Tribunal de Justiça na internet, mediante a identificação por certificado digital" (art. 184-B).

Os recursos que podem ser julgados virtualmente são apenas os recursos incidentais ou recursos internos, ou seja, embargos de declaração, agravo interno e agravo regimental. As Sessões Virtuais têm duração de sete dias, período em que o relator disponibiliza o seu voto na plataforma eletrônica do STJ e aguarda a manifestação dos demais Ministros.

O procedimento da Sessão Virtual no STJ é assim disciplinado pelos arts. 184-D a 184-H do Regimento Interno:

- Inclusão dos dados do processo na plataforma eletrônica do STJ, com relatório e voto;
- Ministros, partes, Ministério Público e Defensoria Pública podem pedir destaque para retirada de pauta (à exceção do destaque realizado por Ministros é prerrogativa do Ministro relator retirar, ou não, o processo de pauta)[7];
- Pode-se apresentar Memoriais e solicitar sustentação oral, quando cabível (hipótese praticamente inexistente);
- Iniciado o Julgamento Virtual se disponibiliza, apenas aos Ministros, o relatório e o voto do relator, que têm 7 corridos dias para votar;
- O silêncio acarretará a adesão integral ao voto do relator;
- Finalizados os 7 dias o sistema, automaticamente, lançará na plataforma eletrônica o resultado.

Muito embora não seja objeto do presente texto o julgamento telepresencial ou por videoconferência é oportuno diferenciá-lo da Sessão Virtual.

O julgamento em videoconferência, considerado um julgamento "presencial", conforme Resolução STJ/GP n. 9/2.020, foi inicialmente autorizado por prazo determinado, até 31.05.2020. Contudo, sucessivas prorrogações foram realizadas considerando a continuidade da pandemia do coronavírus e a necessidade do afastamento social.

6. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839 . Acesso em: 25 fev. 2021.

7. Dispõe o art. 184-F, § 2º do RISTJ: "O processo será excluído da pauta de julgamento virtual nas hipóteses em que, no prazo do parágrafo único do art. 184-D, qualquer integrante do Órgão Julgador expresse não concordância com o julgamento virtual, se acolhida a oposição feita por qualquer das partes, pelo defensor público ou pelo Ministério Público ou se houver o deferimento de sustentação oral".

Na videoconferência partes e Ministros podem requerer destaque para retirada de pauta. Já se decidiu ser obrigatória tal retirada se assim for postulado (RMS 62.150, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 11.05.2020). Veda-se julgamento monocrático, à exceção de perecimento do direito ou réu preso.

É possibilitada a sustentação oral por videoconferência, devendo o advogado, procurador ou defensor público realizar inscrição 24 horas antes do início da sessão telepresencial. Questões de fato, para serem suscitadas, devem ser precedidas de inscrição nos moldes da sustentação oral.

2.2 Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal as Sessões Virtuais foram disciplinadas pelas Resoluções 587/2.016, 611/2.018, 642/2.019, 669/2.020, 675/2.020, 684/2.020 e 690/2.020, como também pela Emenda Regimental n. 53/2.020.

Em uma primeira regulamentação a Resolução n. 587, de 29 de julho de 2.016, possibilitou o julgamento em ambiente eletrônico apenas de agravos internos e embargos de declaração.

A Resolução n. 642, de 14 de junho de 2.019, alargou os recursos e incluiu ações que passaram a ser possíveis de serem julgadas em Sessões Virtuais, quais sejam: I – agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração; II – medidas cautelares em ações de controle concentrado; III - *referendum* de medidas cautelares e de tutelas provisórias; IV - recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF; V – demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF.

Possibilitou-se o julgamento de Recursos Extraordinários com Repercussão Geral reconhecida em ambiente eletrônico, mas desde que a matéria discutida contivesse jurisprudência dominante.

Pela Emenda Regimental n. 53, de 18 de março de 2.020, e pela Resolução n. 669, de 19 de março de 2.020 – as primeiras normas editadas em resposta ao enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal à pandemia do coronavírus e seus efeitos sobre as atividades jurisdicionais de forma remota -, houve abertura irrestrita no sentido de que "*Todos os processos* de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário" (art. 1º da referida Resolução e art. 21-B do Regimento Interno do STF, grifos nossos).

A alteração realizada pela Resolução n. 675, de 22 de abril de 2.020, na Resolução n. 642/2.019 foi a determinação de que o relatório e os votos passassem a ser inseridos no ambiente virtual com suas disponibilizações durante a própria Sessão de Julgamento Virtual. Otimizou-se, ainda, o envio de sustentação oral e de esclarecimentos sobre matéria de fato através do próprio sistema de peticionamento eletrônico, ficando, ambas, "automaticamente disponibilizadas no sistema de votação dos Ministros e ficarão disponíveis no sítio eletrônico do STF durante a sessão de julgamento" (art. 5-A, § 2º).

Em continuidade à melhoria dos procedimentos e do sistema de julgamento por meio das Sessões Virtuais editou-se a Resolução n. 690, de 01 de julho de 2.020, em que se corrigiu a controversa possibilidade de se contabilizar voto de Ministro que não votou como sendo de seguimento do relator, determinando o registro de ausência do ministro não votante e, em caso de empate ou de não se alcançar o quórum de votação, a suspensão do julgamento e sua inclusão "na sessão virtual imediatamente subsequente, a fim de que sejam colhidos os votos dos ministros ausentes" (art. 2º, § 4º).

O procedimento da Sessão Virtual no STF pode, portanto, ser assim resumido:

- Início às sextas-feiras, com disponibilização a todos os sujeitos processuais do relatório e voto do relator;
- Todos os recursos e ações podem ser submetidos ao julgamento;
- Ministros tem 5 dias úteis para votar;
- O relatório, o voto do relator e os demais votos ficam disponibilizados para consulta no sítio da internet do STF durante todo o prazo de julgamento;
- Inicialmente, o silêncio de um ministro acarretava a adesão integral ao voto do relator; pela Resolução n. 690/2020 é preciso atingir o quórum de votação, de modo que o não pronunciamento de algum Ministro é considerado ausência;
- Em caso de não se atingir o quórum de votação ou de empate o julgamento será suspenso e incluído em sessão subsequente para colheita dos votos faltantes.
- Finalizados os 5 dias o sistema, automaticamente, lançará no andamento do processo o resumo do julgamento.
- Ministros, Partes, Ministério Público e Defensoria Pública podem requerer destaque para retirada de pauta (à exceção do destaque de Ministros é prerrogativa do relator retirar ou não o processo da pauta).
- Sustentação oral deve ser enviada, em até 48 horas antes do início da Sessão, por arquivo e por protocolo através do sistema de peticionamento eletrônico, ficando disponível para os Ministros no sistema de votação e no sítio do STF durante a sessão de julgamento;
- Iniciada a sessão de julgamento, questões de fato devem ser realizadas nos termos do procedimento da sustentação oral.

Em relação à Sessão Telepresencial no STF, como salientado em relação ao STJ, também se considera ser um julgamento presencial. Tal forma de julgamento foi autorizada pela Resolução n. 672, de 26 de março de 2.020.

A inscrição para sustentação oral deve se dar até 48 horas antes do início da Sessão por videoconferência. Os advogados e demais procuradores que forem sustentar oralmente são admitidos na videoconferência, participando, em tempo real, dos debates eventualmente realizados no julgamento.

Considerando que os julgamentos em Sessões Virtuais pelo STF têm sido em número elevado de processos, inclusive de Recursos Extraordinários com Repercussão Geral e Ações em Controle Concentrado de Constitucionalidade, se faz o recorte no presente texto

em relação à análise da adequação constitucional de tais julgamentos, tendo em vista, principalmente, que estes pronunciamentos judiciais têm natureza vinculante e, em relação às últimas, eficácia *erga omnes*, nos termos do art. 102, § 2º da Constituição Federal.

3 FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES EM PLENÁRIO VIRTUAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

As Sessões Virtuais de julgamento no STF objetivam otimizar a prestação jurisdicional, acelerar os julgamentos e, em tempos pandêmicos em que há necessária limitação de relacionamentos pessoais e de isolamento social, possibilitar que o Tribunal continue a exercer suas atividades judicantes.[8]

Já afirmamos, em texto sobre a advocacia e a jurisdição robotizada e em análise à Resolução n. 587/2.016 do STF[9], que a então disciplina das Sessões Virtuais, em que se admitia a contabilização de voto de Ministro que não se pronunciou, que se tratava de mais um efeito jurídico do silêncio. Denominamos tal situação de "voto fantasma" – já que se entendia o "não voto" como posição de acompanhamento do relator. Ou seja, atestava-se algo inexistente, irreal.

Essa possibilidade, a nosso juízo inconstitucional, foi revogada, como anteriormente demonstrado, pela Resolução n. 690, de 01 de julho de 2.020, em que se determinou a suspensão do julgamento por falta de quórum e posterior designação de nova data para colheita dos votos dos Ministros faltantes.[10] Permanece, contudo, o "voto fantasma" no STJ.

Através da Emenda Regimental n. 53/2.020 e da Resolução n. 669/2.020 ampliou-se, *à inteireza*, as hipóteses de julgamento pelas Sessões Virtuais, porquanto todos os processos passam a ser submetidos, a critério do relator, a julgamento por este ambiente eletrônico.

Veja-se que aquela limitação da anterior Resolução n. 642/2.019 de julgamento virtual de Recursos Extraordinários com Repercussão Geral "cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF" não mais subsiste. Tal situação pretérita, ao menos, pressupunha uma anterior discussão em variados processos até que se tivesse chegado a citada "jurisprudência dominante", termo, aliás, que tem grande crítica doutrinária sobre o seu significado.[11] Ou seja, a comunidade jurídico-processual, diante da pauta de um Recurso Extraordinário com Repercussão Geral com jurisprudência já dominante em um determinado sentido, tendia a pressupor, considerando a estabilidade,

8. Colhe-se notícia do sítio do STF na internet, de 02 de abril de 2020: " Segundo o ministro Dias Toffoli [Presidente do STF à época], a ampliação das hipóteses de julgamento por meio de sessões virtuais e a disponibilização de ferramenta tecnológica para o envio das sustentações orais 'é salutar para a gestão processual e para a prestação jurisdicional, na medida em que coloca em evidência o postulado da duração razoável dos processos, otimizando, ademais, as pautas dos órgãos colegiados da Corte, que contam com inúmeros feitos que aguardam julgamento'". Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440658&ori=1. Acesso em 25 fev. 2021.

9. OLIVEIRA. Weber Luiz de. Advocacia e Jurisdição Robotizada, *In,* **Coluna Advocacia Pública e outros Temas Jurídicos em Debate.** Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/advocacia-e-jurisdicao-robotizada-por-weber-luiz-de-oliveira-1507983090. Acesso em 25 fev. 2021.

10. Não se pode deixar de aludir sobre outras críticas então realizadas, como a de Cezar Augusto Rodrigues Costa, em texto intitulado "**Considerações sobre julgamento virtual e ampla defesa**": "Agora um ponto muito importante: o ministro que não se manifestar dentro do prazo é considerado como tendo proferido o voto de acordo com o relator, artigo 2º, § 3º. Curioso é que a omissão não leva à presunção de discordância, mas de concordância, caracterizando uma 'revelia jurisdicional' para o(s) omitente(s), assim reputam-se fortes os argumentos trazidos pelo relator. Isso sem se saber o porquê da omissão. Fato é que, em um colegiado de três magistrados, se dois se omitem o voto monocrático do relator possibilitará a solução unânime do colegiado, criando o 'voto monocrático colegiado'. Essa regra vale tanto para a decisão de mérito em si quanto para a prévia admissibilidade do recurso e, em seguida, para a sua solução definitiva". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/opiniao-julgamento-virtual-ampla-defesa. Acesso em: 25 fev. 2021.

11. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante, *In*, **Revista de Processo**, vol. 100, ano 25, p. 81-87, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out/dez. 2000.

integridade e coerência que deve existir na jurisprudência (CPC, art. 926), que a conclusão seria a mesma que já estava consolidada.

Com a Resolução n. 669, de 19 de março de 2.020 se visualiza o incremento do julgamento do mérito de Recursos Extraordinários com Repercussão Geral[12], assentando teses jurisprudenciais sem o anterior qualificativo "com jurisprudência dominante", teses que se tornam, doravante, vinculantes para a jurisdição.

Além das teses oriundas de decisões em controle difuso, há igual e alargadamente, a inclusão no Plenário Virtual de Ações em Controle Concentrado de Constitucionalidade, tendo as decisões desses julgamentos força normativa ainda maior (eficácia vinculante e *erga omnes*).

A elevação do número de julgamentos de recursos e ações constitucionais no STF é notória pela simples análise, empírica, das pautas de julgamentos. Mas, se tem também acesso às estatísticas que se passam a expor e que corroboram a aceleração e elevação do número dos julgamentos, em prejuízo ao devido processo legal no que concerne à colegialidade.

3.1 Estatística de julgamentos de 2020

A análise das Sessões Virtuais no STF não pode prescindir de demonstrar, ainda que superficialmente, as estatísticas de julgamento dos últimos anos, com o objetivo de verificar a elevação do número de recursos e ações julgados[13] em relação ao ano de 2.020.

O número de processos julgados em Plenário Virtual em 2.020 foi de 16.293 (5.786 pela 1ª Turma, 5.310 pela 2ª Turma, e 5.146 pelo Tribunal Pleno). Nos anos anteriores julgou-se: 7.578 em 2.019, 176 em 2.018, 50 em 2.017, 55 em 2016, 82 em 2.015.

A média anual de julgamentos de mérito de Repercussões Gerais de 2015 a 2019 (sem considerar os julgamentos com reafirmação de jurisprudência, que são diminutos) foi de, aproximadamente, 30 processos. Somente no ano de 2.020 o Supremo Tribunal Federal julgou 126 recursos com Repercussão Geral, um crescimento de 420%.

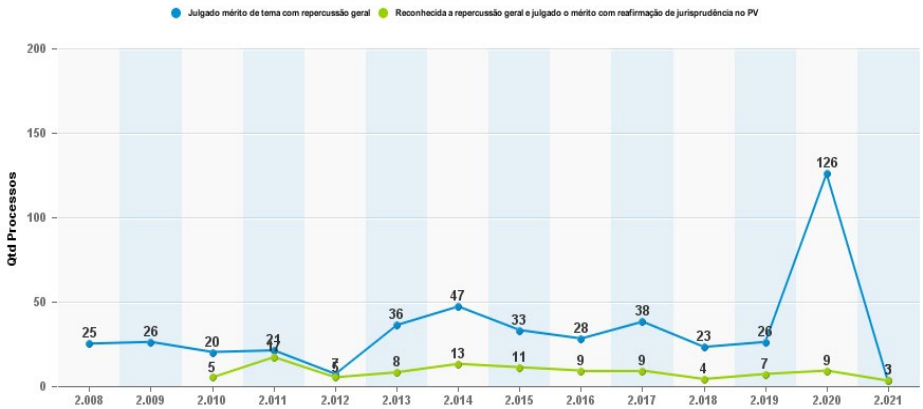
Desse número do ano de 2.020, 46 são de relatoria do Ministro Marco Aurélio (35,71% ou mais de 1/4 do total), que demonstra ter o Ministro vencido a resistência inicial de julgamentos em Sessões Virtuais e inserido em pauta quantidade expressiva de processos, ao fundamento, já de conhecimento notório, de que:

> 1. A crise é aguda. Sem qualquer previsão de o Tribunal voltar às sessões presenciais, há de viabilizar-se, em ambiente colegiado, a jurisdição.
>
> 2. Aciono, em caráter excepcional, o sistema virtual e passo a liberar, considerado o fator tempo, os processos.

12. Conforme se nota nas publicações das pautas e constante no periódico "**Repercussão Geral em pauta**", publicado pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoInformacaoGeral&pagina=conteudoEsquerdo. Acesso em: 25 fev. 2020.

13. Os dados foram colhidos no sítio do STF na internet, com o uso de ferramenta disponibilizada pela Corte denominada **Painel de Julgamentos Virtuais**. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=414c19fa-6916-48d6-b00c-bc822b7d900e&sheet=8445d53b-7c78-4b45-8e01-f667bfd4ef4b&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall. Também: https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=1f9aa2cf-d569-4e98-bd2a-a9dac4e79a69&sheet=3490ef1f-f90e-4b51-9b93-b578efd54efd&theme=simplicity&select=clearall. Acesso em: 26 fev. 2021.

O gráfico[14] abaixo é ilustrativo e expressivo ao esclarecer o exponencial incremento de julgamento de processos com Repercussão Geral:



Em relação aos Julgamentos Virtuais de Ações de Controle Concentrado Constitucionalidade (ADI, ADPF, ADC e ADO) os números de 2.020 são igualmente elevados. Foram julgadas em Sessões Virtuais 604 ações constitucionais, sendo 503 ADI's[15]. Em 2.019 o número foi de 244; em 2.018 julgou-se apenas 2 ações. Os Ministros que mais pautaram ADI's em 2.020 foram Gilmar Mendes (103) e Carmem Lúcia (80).

Apresentadas as estatísticas que demonstram a elevação dos julgamentos pelo STF no ano de 2.020, considerando o uso massivo do Plenário Virtual em razão, principalmente, dos efeitos da pandemia do coronavírus, é mister se encaminhar para parte final desse breve estudo, para apresentar uma análise e perspectiva crítica sobre esse modo de se operacionalizar os julgamentos e a formação de Precedentes Vinculantes.

4 NORMA JURISDICIONAL. DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO

Nas Sessões Virtuais formam-se Precedentes Judiciais Vinculantes virtualmente sem a abertura necessária ao debate qualificado, em colegiado, que se impõe para que uma tese seja de obrigatória aplicação nos processos judiciais e por todos os juízes e tribunais, a teor do art. 927 do Código de Processo Civil.

Como destacam Aline Regina das Neves e Eduardo Cambi o

> plenário virtual, ao dispensar, mediante emprego da tecnologia, a realização de sessões presenciais, afasta os próprios ministros uns dos outros, comprometendo o caráter deliberativo das decisões e criando espécie de *monocratização de decisões*. Isso porque as decisões colegiadas devem ir muito além da mera soma dos votos individuais de cada

14. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg (tópico "Processos com repercussão geral reconhecida e mérito julgado, a cada ano, desde 2008). Acesso em: 26 fev. 2021.

15. Dados disponíveis em: https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=414c19fa-6916-48d6-b00c-bc822b7d900e&sheet=8445d53b-7c78-4b45-8e01-f667bfd4ef4b&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall . Acesso em: 26 fev. 2021. Ou: https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=1f9aa2cf-d569-4e98-bd2a-a9dac4e79a69&sheet=3490ef1f-f90e-4b51-9b93-b578efd54efd&theme=simplicity&select=clearall

> Ministro, sem maiores interações comunicativas entre os juízes responsáveis pela deliberação.[16]

A própria Constituição Federal dá grande carga decisional à Repercussão Geral ao inaugurar no ordenamento constitucional esse filtro de admissibilidade recursal, com o desiderato de que a Suprema Corte analise apenas temas de relevo econômico, político, social ou jurídico, conforme consta expressamente no art. 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil. *Não se trata de um processo simplório, a ser julgado em uma realidade virtual*.

No que concerne às decisões em Controle Concentrado de Constitucionalidade a sua força normativa é constitucionalmente maior, porquanto tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* "relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal", nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal.

A vinculação advinda da definição de tais julgamentos vinculantes pressupõe não apenas o quanto constante no voto vencedor (inserido no ambiente eletrônico do STF), mas, de igual modo, decorre dos debates e fundamentos utilizados por todos os julgadores, de forma a possibilitar que se extraia o "core", a "ratio decidendi", os fundamentos determinantes da tese para que seja objetivamente aplicável, inaplicável ou distinguida.

Assim, em se admitindo a existência de fases do julgamento colegiado direcionado à elaboração de um Precedente, conforme defende Luiz Guilherme Marinoni[17], se pode afirmar, com referido autor, que a

> fase que antecede a proclamação da decisão é aquela em que a decisão é 'construída' – portanto, uma fase pré-decisória -, na qual importam, fundamentalmente, a individualização do objeto da discussão e uma *plena* e *completa* deliberação – considerada a *efetiva* participação dos membros do colegiado e a *completude* da deliberação em relação ao objeto previamente fixado.[18]

São variados os efeitos vinculantes do julgamento de uma Repercussão Geral, sendo destacado o quanto estabelece o art. 1.030 do Código de Processo Civil. Em outras palavras, o modo de ser das decisões judiciais no território brasileiro, em todos os tribunais nacionais, é direcionado em conformidade com teses vinculantes decorrentes, dentre outros pronunciamentos, do julgamento de Repercussão Geral. Densidade e amplitude jurídicas maiores têm as decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por vincularem também a Administração Pública.

Nesse cenário normativo é de se concluir que apenas o julgamento presencial possibilita a divulgação, publicidade e dialeticidade adequada de posicionamentos entre os julgadores, com o objetivo de que a tese assentada possa ser, com melhor e maior democraticidade jurisdicional, de obrigatória aplicação por toda a jurisdição brasileira. Como sustenta Alexandre Freitas Câmara, "a legitimidade democrática e constitucional

16. Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual, *In*, **Doutrinas Essenciais: novo processo civil**, vol. II, orgs. Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 1015, grifos no original.

17. Estas as fases elencadas por Marinoni: "(i) fase em que o colegiado desenvolve o raciocínio decisório, isto é, um raciocínio que permite o encontro da decisão ou da resolução da questão de direito, uma (ii) fase de proclamação da decisão e individualização da eventual *ratio decidendi*, e uma (iii) fase de elaboração da justificativa, quando se chega, finalmente, na (iv) justificativa e, em alguns casos, na (v) *ratio decidendi* – vistas as duas últimas enquanto discurso" (Julgamento colegiado e precedente, *In*, **Doutrinas Essenciais: novo processo civil**, vol. VI, orgs. Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 344, grifos no original).

18. MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente, *In*, **Doutrinas Essenciais: novo processo civil**, vol. VI, orgs. Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018 p. 350 (grifos no original).

de tais padrões decisórios exige, também, uma forma qualificada de deliberação por parte dos órgãos jurisdicionais"[19].

Se atualmente vem se entendendo que Precedente Vinculante é norma (ou texto normativo)[20], evidente que, como tal, em um Estado Democrático, deve ser antecedentemente à sua edição, objeto de diálogo, debate e interações entre os partícipes do processo normativo.

Deve-se dizer que, conquanto a Resolução n. 669/2.020 possibilite a retirada da pauta da Sessão Virtual o processo que se tenha realizado pedido de destaque "por qualquer das partes, desde que requerido até 48 (quarenta e oito) horas antes do início da sessão" (art. 4º, II), tal pedido é submetido ao crivo do relator, que pode, e assim se vê na prática, indeferir.

Em outras palavras, mesmo que as partes (não se possibilita o pedido por *amicus curiae*) visualizem a necessidade de um debate mais qualificado para o julgamento e formação do Precedente, considerando inclusive a inexistência de anterior "jurisprudência dominante" ou mesmo a relevância do tema, muitas vezes atinentes, por exemplo, à questões relativas ao pacto federativo, o julgamento ocorrerá e a tese definida será vinculante.

Assim, a formação de Precedente Vinculante *não pode ser virtual*, *mas real*, aqui entendida a formação dialética, plural, contestadora, argumentativa e persuasiva entre as partes e, principalmente entre os julgadores, para a chegada de um denominador comum pelo colegiado para edição da norma judicial. Isso é o que a democracia impõe, para se evitar que com a informatização do Poder Judiciário se tenha "injustiças informatizadas", na oportuna expressão de Dalmo de Abreu Dallari[21].

Ora, se, como se diz, a jurisprudência tem função nomofilácica[22], é certo concluir que, para tanto, deve pressupor para sua formação a participação dialogal não somente entre os litigantes e entre estes e o juiz, mas, igualmente, pelo colegiado, entre os próprios julgadores, argumentativamente. O julgamento virtual assim não opera e assim não possibilita.

Na esteira de Thomas da Rosa de Bustamante:

> Sem essa cultura argumentativa, o efeito vinculante do precedente judicial pode muito bem ser compreendido, na realidade, como um pretexto para a mera produção discricionária de normas abstratas pelos tribunais, ou mesmo – o que seria pior ainda – para ao mesmo tempo (1) autorizar o Supremo Tribunal Federal a cassar simplesmente qualquer decisão judicial, por meio de Reclamação, e (2) desonerá-lo da difícil tarefa de realizar uma comparação analítica de casos para realizar essa pesada interferência sobre os demais órgãos do Poder Judiciário.[23]

Daí que a seguinte reflexão é imperativa: ao mesmo tempo em que se deve aplicar, por uma imposição normativa do Código de Processo Civil e até da Constituição Federal,

19. **Levando os padrões decisórios a sério**, São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 182.

20. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes superiores e corte supremas:** do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

21. **O poder dos juízes**, 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 159. A expressão utilizada foi extraída do seguinte trecho da obra: "Assim como o fato de adotar uma Constituição escrita não é suficiente para transformar uma ditadura em democracia, a informatização dos tribunais poderá significar apenas advento de uma era de 'injustiças informatizadas'".

22. CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. *In*, **Direito jurisprudencial**, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 225-244.

23. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC, *In*, **Precedentes**, coords. Fredie Didier Jr. [et. al.], Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 296.

os Precedentes Vinculantes da Suprema Corte, o procedimento regimental adotado para sua formação incute um questionamento, uma dúvida sobre a legitimidade democrática da decisão e sobre o que foi assentado de obrigatório seguimento, já que ausentes a mais ampla problematização e pluralização do tema para chegada a uma conclusão consensual, premissas essas inafastáveis para a edição de quaisquer normas jurídicas em um ambiente democrático.

Tem-se, assim, no resultado de tal reflexão o paradoxo *fé cega e pé atrás*[24]. A atual regulamentação do STF a respeito dos Julgamentos Virtuais pode ser nesses termos resumida. Ao mesmo tempo em que se deve acreditar na *verdade revelada* pela tese de Repercussão Geral, se tem a vacilação em saber que a crença agora a ser seguida, vinculativamente, não o foi em termos de amplitude democrática que se entende constitucionalmente dever existir.

Trata-se de uma crença no que não se viu, daí a fé; trata-se de duvidar, por isso, na tese professada, daí o pé atrás.

Portanto, os juízes e tribunais passarão a *professar uma fé*, advinda de uma entidade superior, imersa na dúvida de sua legitimidade democrática. É preciso acreditar, contudo, principalmente em deferência à essa secular entidade, o Supremo Tribunal Federal, aos seus Membros e à Jurisdição Constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto teve como objeto de análise as Sessões Virtuais de julgamento de ações e recursos pelos Tribunais Superiores. O seu objetivo foi demonstrar, em um recorte em relação ao Supremo Tribunal Federal, que a inclusão de recursos e ações que podem gerar eficácia vinculante imprescinde de que seja realizado pelo colegiado de forma presencial.

O afastamento e impedimento de trocas pessoais de fundamentos entre os julgadores, maximizados pela pandemia do coronavírus, são obstáculos para que se julguem recursos e ações que tem em seus resultados eficácias vinculantes e, até mesmo, *erga omnes*.

Se há formação de norma jurídica (ou texto normativo) pela atividade jurisdicional da Corte Constitucional é pressuposto de sua aplicação obrigatória a participação democrática que possibilite o diálogo institucional dos partícipes da conclusão normativa, além dos atingidos pelo que será então formado pelo julgamento.

As Sessões Virtuais, muito embora tenham algumas vantagens no que concerne à aceleração dos julgamentos, à otimização do tempo da Corte e continuidade dos serviços públicos jurisdicionais prestados - que, efetivamente, são dignos de encômios -, por não possibilitarem uma interação efetiva entre o julgadores para uma tomada de solução participativa não podem ser utilizadas para julgar recursos e ações que refletem, de forma vinculante, em toda a Jurisdição e, em relação às ações diretas de inconstitucionalidade, em todos os setores.

24. Paradoxo extraído da música de Humberto Gessinger, **Realidade Virtual**: "É preciso fé cega e pé atrás, olho vivo, faro fino e... tanto faz... É preciso saber de tudo e esquecer de tudo: fé cega e pé atrás. Tá legal, eu desisto: tudo já foi visto, olhos atentos a qualquer momento: é preciso acreditar. Tudo bem, eu acredito: tudo já foi dito, olhos atentos a todo movimento: é preciso duvidar. Viver não é preciso e nem sempre faz sentido, é preciso muito mais, fé cega e pé atrás. A neblina encobre o Cristo e a lagoa se ilumina, com edifícios de cabeça pra baixo e refletores do Jockey Club. Na outra janela, o sol sempre brilha, o risco é calculado: videoguerra, vídeoreinodoscéus, videoguerra, vídeoreinodoscéus. É preciso fé cega e pé atrás olho vivo, faro fino e... tanto faz... é preciso saber de tudo e não pensar em nada fé cega e pé atrás". Disponível em: https://www.vagalume.com.br/engenheiros-do-hawaii/realidade-virtual.html. Acesso em: 26 fev. 2021.

Já que o princípio democrático tem em seu núcleo a participação dialogal realística e transparente para o exercício de qualquer Poder, evidencia-se contrário a este princípio estar o Poder Judiciário, particularmente, o Supremo Tribunal Federal, formando e fazendo adotar, para todos, norma jurisdicional que não concretiza o prévio debate necessário para legitimar o poder dessa Corte Constitucional.

Daí que, em conclusão, somente se legitima democraticamente as Sessões Virtuais de julgamento de ações e recursos quando não estão presentes decisões que tenham em seus resultados e em sua natureza a formação de Precedentes Vinculantes.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt; BONDONI, Carlo. **Estado de Crise**, trad. Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC, *In:* **Precedentes**, coords. Fredie Didier Jr. [et. al.], Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**, São Paulo: Editora Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das Neves. Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual, *In*, **Doutrinas Essenciais: novo processo civil**, vol. II, orgs. Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. *In*, **Direito jurisprudencial**, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. **Considerações sobre julgamento virtual e ampla defesa**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/opiniao-julgamento-virtual-ampla-defesa. Acesso em 25 fev. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GESSINGER, Humberto. **Realidade Virtual**. Disponível em: https://www.vagalume.com.br/engenheiros-do-hawaii/realidade-virtual.html. Acesso em 26 fev. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Julgamento colegiado e precedente, *In*, **Doutrinas Essenciais: novo processo civil**, vol. VI, orgs. Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes superiores e corte supremas:** do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso Extraordinário e o requisito da repercussão geral**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Coronavírus: para onde vai o mundo?, *In*, **Coluna Advocacia Pública e outros Temas Jurídicos em Debate**. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/coronavirus-para-onde-vai-o-mundo . Acesso em 25 fev. 2021.

_____. Advocacia e Jurisdição Robotizada, *In,* **Coluna Advocacia Pública e outros Temas Jurídicos em Debate**. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/advocacia-e-jurisdicao-robotizada-por-weber-luiz-de-oliveira-1507983090. Acesso em 25 fev. 2021.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante, *In*, **Revista de Processo**, vol. 100, ano 25, p. 81-87, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out/dez. 2000.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

AS DISPOSIÇÕES DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO CONTRATANTE POR OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS INADIMPLIDAS POR PRESTADORES DE SERVIÇOS E SUA APLICABILIDADE

Ygor Aquino Almeida[1]

Submetido em: 05/10/2021
Aceito em: 21/10/2021

RESUMO
Este trabalho tem por escopo examinar as disposições da Lei federal nº 14.133/2021 acerca da responsabilidade dos entes públicos contratantes por obrigações trabalhistas inadimplidas por contratados, bem como sua aplicabilidade. Parte-se de uma breve exposição do panorama formado sob a regência da Lei federal nº 8.666/1993 para, após o estabelecimento de premissa para a interpretação das normas jurídicas sobre o tema, examinar os preceitos da Lei federal nº 14.133/2021. Ante a norma do art. 191 da nova lei, também é perscrutada a aplicabilidade da nova lei e a possibilidade de as disposições sobre a responsabilidade por obrigações trabalhistas de contratados incidirem em situações surgidas a partir de contratos administrativos regidos pela Lei federal nº 8.666/1993.

1 INTRODUÇÃO

As contratações públicas correspondem, em termos econômicos, a, aproximadamente, 12% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.[2] Pode-se ter breve noção, com essa estatística, da quantidade de recursos movimentados e da dimensão da influência do setor público na economia do país. Os entes públicos constituem relevantes atores econômicos no cenário brasileiro.

Não é exagero propor, nessa perspectiva, que a configuração jurídica das contratações públicas, em tudo que adiciona encargos ou procedimentos obrigatórios à relação entre os contratantes, tem impacto econômico sensível a nível nacional.

Uma das questões mais importantes sob essa ótica é a relativa à possibilidade de repasse ao ente contratante das obrigações que o contratado assume durante a relação negocial.

1. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Única de Ipatinga. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Única de Ipatinga. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador do Estado de Santa Catarina. Rio do Sul/SC, Brasil. *E-mail*: ygoralmeida@pge.sc.gov.br.

2. IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; CEPAL – COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. **Cadernos Brasil na OCDE**: Compras Públicas. Brasília: Ipea, jul. 2021. Disponível em: http://dx.doi.org/10.38116/cbocdecp/compraspublicas. Acesso em: 26 set. 2021.

2 DO PANORAMA DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR VERBAS TRABALHISTAS INADIMPLIDAS POR PRESTADORES DE SERVIÇOS FORMADO SOB A REGÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993

A lei federal nº 8.666/1993 previra, na redação original do § 1º de seu art. 71, que a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato não transferiria à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderia onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações. A Lei federal nº 9.032/1995 alterou a redação do dispositivo e passou a prever, no § 2º do art. 71, a responsabilidade solidária do ente contratante pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

Atualmente, prevê-se, no § 1º do art. 71 da Lei federal nº 8.666/1993, que o ente contratante não é responsável por obrigações trabalhistas eventualmente inadimplidas pelo contratado:

> § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.[3]

Em 2000, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) firmou jurisprudência no sentido de que a norma decorrente desse dispositivo legal somente seria aplicável "[...] na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente."[4]. Na ocasião, atribuiu-se a seguinte redação ao item IV da súmula de jurisprudência nº 331 do TST:

> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).[5]

O Supremo Tribunal Federal (STF), nesse contexto, foi provocado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, a analisar a constitucionalidade da norma do § 1º do art. 71 da Lei federal nº 8.666/1993. Teve-se como controvérsia jurisprudencial relevante a interpretação que se atribuía ao dispositivo na Justiça do Trabalho, conforme orientação do item IV da súmula de jurisprudência nº 331 do TST. Entendeu-se que a situação equivaleria àquela retratada na súmula vinculante nº 10, pelo fato de que, embora não

3. BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

4. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Recurso de Revista nº 297751-31.1996.5.04.5555**. Relator: Milton de Moura Franca, Brasília, 11 set. 2000. Diário da Justiça, 20 out. 2000. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/d7959ccb8bc6094b5e90b5d7593ea286. Acesso em: 4 out. 2021.

5. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Brasília. Diário da Justiça, 19 e 20 set. 2000. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 4 out. 2021.

se tivesse declarado expressamente a inconstitucionalidade da norma legal, foi afastada sua incidência.

No julgamento de mérito, ocorrido em 24 de novembro de 2010, o STF reconheceu a constitucionalidade da norma. Prevaleceu, porém, que, não obstante o comando legal, seria possível o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente contratante com fundamento na norma do art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Somente surgiria a responsabilidade do ente público, pois, na modalidade extracontratual, por omissão culposa no cumprimento de dever legal. Esse dever consistiria na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada.

Buscando amoldar-se à jurisprudência do STF, o TST alterou a redação de sua súmula de jurisprudência nº 331. Nos itens IV e V da referida súmula, passou a constar:

> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
>
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.[6]

Diante da percepção de que, mesmo após a mudança da redação da súmula de jurisprudência nº 331 do TST, na prática, a responsabilização estava a ser atribuída de forma automática pela Justiça do Trabalho, o STF, sob o regime da Repercussão Geral, voltou a analisar o tema, tendo por paradigma o Recurso Extraordinário (RE) nº 760931/DF.

Na ocasião, foi provido o Recurso Extraordinário da União Federal em face de acórdão do TST do seguinte modo ementado:

> [...] em determinado caso concreto, com base nos elementos fáticoprobatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente
>
> público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. [...] Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização

6. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Brasília. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 27, 30 e 31 mai. 2011. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 4 out. 2021.

> do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação.[7]

Entendeu-se indevida a responsabilização do ente público com presunção de culpa, a qual equivaleria a responsabilizá-lo automaticamente. Além disso, foi fixada a seguinte tese para o tema nº 246 de Repercussão Geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93."[8]

Não obstante o decidido pelo STF, atualmente, prevalece na Justiça do Trabalho que, conquanto a norma do art. 71, § 1º, da Lei federal 8.666/1993 seja constitucional e seja impossível a responsabilização do ente contratante em decorrência tão somente do descumprimento de obrigações trabalhistas pela contratada, o ônus de provar, no âmbito processual, que houve a fiscalização devida é do ente contratante. Tem-se como decisão paradigmática a exarada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) por meio de acórdão do seguinte modo ementado:

> RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93" . O exame da ratio decidendi da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel . Min. Ilmar Galvão, 1ª T . , julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel . Min. Cármen Lúcia, 2ª T . , julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel . Min. Teori Zavascki, 2ª T. , julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T. , julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg . em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando. Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58,

7. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 100700-72.2008.5.02.0373**. Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, Brasília, 11 abr. 2012. Diário da Justiça, 20 abr. 2012. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/fe2ad6c0b7b1e32319611621d44ca417. Acesso em: 4 out. 2021.

8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tese firmada para o Tema nº 246 de Repercussão Geral**. Brasília, 26 abr. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246. Acesso em: 4 out. 2021.

> III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido.[9]

Com base nesse entendimento, se, demandado em Juízo, o ente público nenhuma prova produzir, será responsabilizado, pois não terá se desincumbido do ônus de comprovar a devida fiscalização, no âmbito do contrato administrativo, do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Solução diversa foi estabelecida para a responsabilização do dono da obra por obrigações trabalhistas descumpridas pelo empreiteiro. Foi o que restou materializado na Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1:

> Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.[10]

Para essa hipótese, entendeu o TST que os entes públicos em nenhuma hipótese responderiam subsidiariamente:

> I) A exclusão de responsabilidade solidária ou subsidiária por obrigação trabalhista a que se refere a Orientação Jurisprudencial n.º 191 da SDI-1 do TST não se restringe à pessoa física ou micro e pequenas empresas, compreende igualmente empresas de médio e grande porte e entes públicos (decidido por unanimidade);
>
> II) A excepcional responsabilidade por obrigações trabalhistas prevista na parte final da Orientação Jurisprudencial n.º 191, por aplicação analógica do art. 455 da CLT, alcança os casos em que o dono da obra de construção civil é construtor ou incorporador e, portanto, desenvolve a mesma atividade econômica do empreiteiro (decidido por unanimidade);
>
> III) Não é compatível com a diretriz sufragada na Orientação Jurisprudencial n.º 191 da SDI-1 do TST jurisprudência de Tribunal Regional do Trabalho que amplia a responsabilidade trabalhista do dono da obra, excepcionando apenas "a pessoa física ou micro e pequenas empresas, na forma da lei, que não exerçam atividade econômica vinculada ao objeto contratado" (decidido por unanimidade);
>
> IV) Exceto ente público da Administração Direta e Indireta, se houver inadimplemento das obrigações trabalhistas contraídas por empreiteiro que contratar, sem idoneidade econômico-financeira, o dono da obra responderá subsidiariamente por tais obrigações, em face de aplicação analógica do art. 455 da CLT e culpa in eligendo (decidido por maioria, vencido o Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro);
>
> V) O entendimento contido na tese jurídica nº 4 aplica-se exclusivamente aos contratos de empreitada celebrados após 11 de maio de 2017, data do presente julgamento - ED-IRR - 190-53.2015.5.03.0090 - 9/8/2018.[11]

9. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 925-07.2016.5.05.0281**. Relator: Claudio Mascarenhas Brandao, Brasília, 12 dez. 2019. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 22 mai. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/bd1cb2ee3ae45f038e57164f1cd665cc. Acesso em: 4 out. 2021.

10. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 191**. Brasília. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho 27, 30 e 31 mai. 2011. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm#TEMA191. Acesso em: 4 out. 2021.

11. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Tese firmada para o Tema nº 6 de Recurso Repetitivo**. Brasília, 11 mai. 2017. Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/10157/19550834/IRR+06.pdf/28ced088-6465-5aff-753d-56f10a6a0be7?t=1596812468160. Acesso em: 4 out. 2021.

Por fim, em se tratando de obrigações trabalhistas eventualmente descumpridas por Associações de Pais e Mestres, também não cabe, nos termos da jurisprudência do TST, a responsabilização do Estado:

> O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador.[12]

Assim, embora a Lei federal nº 8.666/1993 vede expressamente e sem ressalvas a responsabilização do ente contratante por verbas trabalhistas eventualmente inadimplidas pelo contratado, tem-se entendimento jurisprudencialmente construído de que, sob o pressuposto de falha de fiscalização pelo contratante, este poderá ser responsabilizado subsidiariamente. Ademais, embora o STF tenha firmado que é impossível a responsabilização automática do ente público, este é que teria, segundo o entendimento atualmente predominante no TST, o ônus de comprovar que fiscalizou adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas.

O que se pode observar, porém, é que o conteúdo desse dever de fiscalização carece de delimitação objetiva. Embora, no voto vencedor no julgamento dos já citados Embargos em Recurso de Revista nº 925-07.2016.5.05.0281, tenha-se firmado que a fiscalização exigida recai sobre o cumprimento de obrigações trabalhistas rotineiras e se dá por amostragem, inexiste definição sobre quais documentos o ente público contratante deve (e sequer pode) exigir de seus contratados. Além disso, na prática, há diversas interpretações aplicadas por diversos órgãos julgadores, inexistindo conduta que, adotada pelo ente contratante, exima-lo-á indubitavelmente de qualquer responsabilidade.

Também não restam claras as providências que deve o contratante adotar em face de eventual notícia de descumprimento de obrigações trabalhistas. Há precedentes que definem a possibilidade de o ente público ajuizar ação de consignação em pagamento perante a Justiça do Trabalho, a fim de evitar responsabilização subsidiária, mas a medida carecia, na Lei federal nº 8.666/1993, de regulamentação.

A Instrução Normativa 2/2008 da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e a Instrução Normativa 5/2017 do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (que sucedeu a primeira) estabeleceram regramento para a fiscalização de obrigações trabalhistas pelos contratados no âmbito federal. Em semelhante sentido, foi editada a Resolução nº 169/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que fixou regramento a ser observado no Poder Judiciário.

Ocorre que essas disciplinas infralegais não abrangem os demais Entes Federados ou os demais Poderes. Sequer se pode afirmar que materializam o dever de fiscalização das obrigações trabalhistas decorrente da Lei federal nº 8.666/1993.

A título de exemplo, no julgamento do RE nº 760931/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso deixou assente o seguinte:

> 19. É importante ter em conta, ademais, que as referidas instruções MPOG – que determinam uma fiscalização extremamente detalhada e rigorosa dos terceirizados – foram

12. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 185**. Brasília. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho 20, 22 e 25 abr. 2005. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm#TEMA185. Acesso em: 4 out. 2021.

> provavelmente produzidas como resposta à sistemática condenação do Poder Público pela Justiça do Trabalho, independentemente da fiscalização exercida ou das medidas tomadas junto às empresas contratadas, quando constatado o inadimplemento. São normas defensivas, muito extensas, eventualmente de difícil compreensão ou execução, que prevêem uma fiscalização abrangente não porque se julga esta a providência mais adequada, mas sim para proteger a Administração, diante das decisões judiciais proferidas em seu desfavor. Levam em conta, ademais, a realidade de pessoal técnico e de recursos da União. Por isso, as instruções normativas
>
> do MPOG podem se configurar excessivas e não constituir um bom parâmetro a ser seguido para definir o que é uma fiscalização adequada por parte do Poder Público de qualquer nível da federação, apta a cumprir a afastar a configuração de culpa in vigilando e, ao mesmo tempo, não onerar excessivamente a opção por terceirizar um serviço.
>
> 20. De fato, estudo desenvolvido pelo Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) sobre o tema, consubstanciado na NOTA AA/DEJUR Nº 54, AA/DELIC Nº 19 E AA/DEPAD Nº 01, de 19.04.2013, produzida pelo Grupo de Trabalho sobre Contratações com Considerável Risco Trabalhista Associado, chega a assertivas muito semelhantes àquelas acima (embora valha ressalvar que posteriormente ao estudo novas instruções normativas tenham produzido algumas modificações na redação original das instruções normativas do Ministério do Planejamento). De todo modo, o estudo em questão defende a adoção da sistemática de fiscalização por amostragem pelo Banco, a despeito do quanto previsto nas Instruções Normativas do MPOG (mais restritivas então), com base nos argumentos parcialmente transcritos abaixo:
>
> > "[...]. Com e efeito, a fiscalização integral praticamente **transforma os gestores administrativos dos contratos e a equipe que os auxilia em departamento de recursos humanos das empresas contratadas, com a responsabilidade por checar cada pagamento, de cada prestação trabalhista devida aos trabalhadores alocados na execução do ajuste público.**
> >
> > Esse problema tende a se agravar com a expansão do fenômeno da terceirização no Poder Público, no rastro da substituição do perfil administrativo-burocrático de trato da coisa pública pelo administrativo-gerencial, focado nos resultados. Vale destacar, inclusive, **o contrassenso de se expandir ou intensificar o emprego da terceirização, com o intuito de tornar mais eficiente a atuação administrativa, e atrelar a tal instrumento um ônus tão pesado de acompanhamento contratual.** [...]".[13]

Atualmente, pois, não se tem definição sobre exatamente em que consiste o dever de fiscalização do ente contratante, nem quais medidas deve adotar em face de eventual inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo contratado.

Todo esse cenário contribuiu para a instauração de um quadro de insegurança jurídica para o contratante. Se não estão claras as "regras do jogo", ao tomador de serviços é praticamente impossível realizar cálculo econômico adequado sobre as reais vantagens e desvantagens de uma contratação para execução indireta de serviço. Ganhos de eficiência que poderiam advir da contratação vão sendo progressivamente eliminados com condenações fundadas em responsabilidade subsidiária, além de que potencial economia de recursos (financeiros e humanos) vão se esvaindo ante a criação de deveres cada vez mais abrangentes, inespecíficos e irrazoáveis.

13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760931**. Relatora: Rosa Weber, Redator para o acórdão: Luiz Fux, Brasília, 26 abr. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, 12 set. 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144. Acesso em: 4 out. 2021.

No âmbito processual, por sua vez, impossibilita-se o devido exercício do direito de defesa do ente público, possibilita-se o casuísmo, provoca-se insegurança jurídica e, portanto, estimula-se a instauração e o prolongamento de litígios judiciais.

3 PRESSUPOSTO PARA A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS QUE POSSIBILITAM RESPONSABILIZAÇÃO DO ENTE CONTRATANTE POR OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS EVENTUALMENTE INADIMPLIDAS PELO CONTRATADO

Embora se tratem de considerações, a princípio, extrajurídicas, reputa-se importante assentar algumas observações sobre o contexto fático no qual recai a discussão jurídica ora abordada.

Especialmente no presente caso, o contraste entre as realidades percebidas pelos diversos intérpretes do ordenamento jurídico acarreta divergências sobre o conteúdo das normas vigentes. É que, ao perceberem e ponderarem a realidade de modos diversos, os intérpretes têm visões distintas (às vezes opostas) sobre qual o conteúdo dos textos normativos.

Reputa-se particularmente importante, primeiramente, delimitar, ainda que de forma breve, em que consiste a terceirização e quais seus efeitos para solucionar adequadamente as questões sobre a possibilidade de responsabilização dos entes públicos pelas obrigações trabalhistas eventualmente inadimplidas pelos contratados e sobre as condições para que isso ocorra.

No Direito Trabalhista, a terceirização pode ser do seguinte modo conceituada:

> Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.[14]

Na ementa do acórdão do STF no RE 760931/DF, por outro lado, trouxe-se o seguinte conceito:

> 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de "arquiteto vertical" ou "organizador da cadeia de valor".[15]

14. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 502.

15. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760931**. Relatora: Rosa Weber, Redator para o acórdão: Luiz Fux, Brasília, 26 abr. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, 12 set. 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144. Acesso em: 4 out. 2021.

Trata-se de modelo de negócio que permite maior especialização dos agentes econômicos no que tange a suas atividades produtivas: aos envolvidos é possível centrar esforços nas tarefas que melhor desempenham.

Por exemplo, um agente econômico que desenvolvesse com notável eficiência ou aptidão a produção de determinado bem, ao terceirizar serviços de manutenção de espaços físicos do estabelecimento empresarial, disporia de mais tempo e capacidade gerencial para exercer a atividade que melhor desempenha. Especializando-se na gestão dos empregados prestadores dos serviços, por outro lado, o prestador de serviços poderia fazê-lo com maior eficiência e com menores custos. A tendência, nesse quadro, é o aumento da produtividade na economia.

Com bens e serviços passíveis de produção ou prestação em menor tempo, a menor custo e em maior escala, tem-se aumento de riqueza da sociedade: reduz-se a escassez desses bens e serviços e há mais utilidades disponíveis a maior quantidade de pessoas por menor preço.

Ademais, em um arranjo mais eficiente, os empregados são capazes de produzir mais em suas funções. O mesmo empregado gera maior produção em uma empresa eficiente do que em uma empresa ineficiente. Isso possibilita o aumento dos lucros, o pagamento de maiores salários e o oferecimento de melhores condições aos trabalhadores. Em contraste, é impossível, a médio e longo prazos, que uma empresa ineficiente ofereça altos salários a seus empregados: se o empresário pouco produz e tem altos custos com o pagamento de salários, a tendência é que não haja sustentabilidade ao longo do tempo.

De modo algum, pois, o instituto da terceirização é, por si, prejudicial ao trabalhador. Em verdade, por viabilizar um arranjo que propicia o aumento da riqueza e da produtividade em uma sociedade, tende a ser favorável ao empregado e àqueles de menor renda.

A utilização da terceirização como meio de sonegar direitos trabalhistas é, na verdade, uma perversão do instituto e deve ser objeto de punição expressiva em face dos agentes de má-fé. Sua utilização pelo contratante de boa-fé, porém, não deve ser encarada, de largada, como maléfica.

Veja-se, a título de exemplo das diversas visões que existem sobre o tema e de suas repercussões na interpretação do ordenamento jurídico, trecho do voto da Ministra Rosa Weber no julgamento do RE 760931/DF:

> VITOR ARAÚJO FILGUEIRAS, Auditor Fiscal do Trabalho, considerados os índices obtidos em recentes operações de resgate de trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravo, faz importante registro sobre a relação existente entre terceirização e trabalho escravo no Brasil:
>
> > "Enquanto o trabalho análogo ao escravo e a vida dos trabalhadores constituem limites da relação de emprego, a terceirização é uma estratégia de gestão do trabalho que objetiva justamente driblar limites impostos ao assalariamento (sejam eles advindos dos sindicatos, do direito do trabalho, etc.). É essa relação que explica a ampla prevalência de trabalhadores terceirizados entre aqueles que morrem trabalhando e que são submetidos a condições análogas à de escravos.[16]

16. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760931**. Relatora: Rosa Weber, Redator para o acórdão: Luiz Fux, Brasília, 26 abr. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, 12 set. 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144. Acesso em: 4 out. 2021.

É natural que, sob a compreensão de que a terceirização tem como finalidade a precarização das relações de trabalho e de que tem íntima relação com condições análogas à de escravo, se interprete o ordenamento jurídico (o qual repudia ambas as circunstâncias) de modo a, se não a proibir, coibir e dificultar sua utilização.

Ademais, o tomador de serviços passa a ser visto praticamente como cúmplice nessa prática tida por reprovável, hipótese em que sua responsabilização no caso de eventual descumprimento passa a ser o caminho natural.

Ocorre que os problemas apontados não são ínsitos ao instituto da terceirização. Os direitos trabalhistas são os mesmos em relação a qualquer outra espécie de contratação e os empregadores estão sujeitos às mesmas restrições. Eventuais descumprimentos de obrigações trabalhistas se devem, portanto, às condutas individuais dos empregadores ou à completa perversão do instituto (utilização para fins ilícitos).

O descumprimento de obrigações trabalhistas é uma anomalia não relacionada à natureza da terceirização. Deve ser responsabilizado unicamente aquele que o promoveu. Estranhos à relação trabalhista somente devem ser responsabilizados em caso de fraude e de malversação do instituto.

A presunção de que a terceirização é prejudicial ao empregado e a atribuição de diversos encargos adicionais aos envolvidos, além de serem indevidas, criam óbices ao avanço e ao aperfeiçoamento desse e de outros modelos de negócio (os quais, reitere-se, são lícitos) e têm o potencial de eliminar seus efeitos positivos: entraves exacerbados impossibilitam ganhos de eficiência e responsabilização indiscriminada de terceiros em relação ao vínculo empregatício anula eventuais ganhos de produtividade.

Sem essa compreensão, nenhuma das razões jurídicas a seguir apresentadas trará contribuição efetiva à discussão, que se limitará à busca de argumentos e de interpretações para fundamentar o desincentivo ao uso da terceirização.

4 DAS DISPOSIÇÕES DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO POR VERBAS TRABALHISTAS

A Lei federal nº 14.133/2021 trouxe disposição semelhante àquela do § 1º do art. 71 da Lei federal nº 8.666/1993. No § 1º de seu art. 121, a nova lei dispõe:

> § 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.[17]

O novo diploma, entretanto, foi além: incorporou, em outros dispositivos, o entendimento preconizado pelo STF no sentido de que é possível, em determinadas situações, a responsabilização do ente contratante pelo inadimplemento de verbas trabalhistas, trazendo previsão expressa nesse sentido.

17. BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Casa Civil, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

4.1 Da redução de escopo da responsabilidade subsidiária do ente público pelo descumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado

O § 2º do art. 121 da Lei federal nº 14.133/2021 dispõe sobre a possibilidade de transferência de encargos do contratado ao contratante, em caso de inadimplemento. Ao contrário da legislação anterior, houve previsão expressa sobre a possibilidade de transferência de encargos trabalhistas:

> § 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.[18]

Percebe-se que a nova lei não utilizou como base o teor do item V da súmula de jurisprudência nº 331 do TST. Em verdade, buscou o novo dispositivo legal trazer balizas mais nítidas e definidas à disciplina do tema.

Nota-se, de logo, que a responsabilização subsidiária sofreu clara limitação de escopo: caberá exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Já havia menção à categoria "serviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra" na Instrução Normativa nº 2/2008 da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, embora sem a fixação de seu conceito. Na Instrução Normativa nº 5/2017 do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, por outro lado, houve conceituação.

Na Lei federal nº 14.133/2021, há definição de "serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra" no inciso XVI de seu art. 6º. Segundo o citado dispositivo, são aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços, que o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos e que o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Ante essa expressa limitação de escopo, é possível concluir que não é cabível a responsabilização do ente contratante por obrigações trabalhistas inadimplidas por quaisquer contratados, e nem mesmo no âmbito de qualquer terceirização. A limitação é razoável e reflete, em outras espécies de contratação (diversas das que têm como objeto a prestação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra), a impossibilidade de o Poder Público fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado.

Em um contrato de prestação de serviços contínuos sem dedicação exclusiva de mão de obra (a título de exemplo, manutenção de aparelhos condicionadores de ar), comparecendo diversos funcionários da contratada ao local da prestação do serviço em intervalos de tempo inconstantes, não há que se cogitar em relação de causalidade entre

18. *Ibidem*.

qualquer conduta (comissiva ou omissiva) do ente público e eventual inadimplemento de obrigações trabalhistas. Além de o ente público não ter sido o único beneficiário dos serviços prestados, não teria meios para, nos breves e inconstantes período de tempo da prestação, fiscalizar o cumprimento de obrigações trabalhistas. Ademais, exigi-lo fulminaria a noção de responsabilidade pessoal (visto que atos de terceiros seriam imputados a inúmeras pessoas cujos atos não têm nexo de causalidade com eventual dano), além de que inviabilizaria qualquer execução indireta de serviço.

Relembre-se que a súmula de jurisprudência nº 331 do TST se refere de forma ampla a contrato de prestação de serviços, dispondo, em seu item V, que os entes integrantes da Administração Pública respondem subsidiariamente "[...] caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora."[19] Com base nessa previsão, a responsabilidade subsidiária dos entes públicos contratantes vem sendo reconhecida, via de regra, sem quaisquer considerações quanto ao caráter do serviço prestado pela contratada.

Por exemplo, no RRAg-1001946-86.2017.5.02.0042, o TST entendeu que "A Súmula nº 331, IV, do TST não faz restrição à imputação de responsabilidade subsidiária nos casos em que haja prestação de serviços simultânea a vários tomadores de serviços, sendo suficiente que as empresas tenham se beneficiado diretamente dos serviços."[20] No mesmo sentido foi a decisão exarada no RR-1000991-28.2016.5.02.0030.

Assim, com a Lei federal nº 14.133/2021, o empregado, para perquirir a os direitos trabalhistas que invocar perante a Justiça do Trabalho em face do ente público contratante, deverá alegar e comprovar que seu empregador era parte em contrato administrativo de prestação de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra. Deve, ainda, demonstrar que exercia seu labor unicamente perante o mesmo ente público, por força da previsão do art. 6º, XVI, *b*, da Lei federal nº 14.133/2021.

4.2 Da previsão legal expressa do ônus da prova quanto à fiscalização pelo ente contratante

O citado § 2º da nova lei também traz importante disposição sobre o ônus da prova acerca da eventual conduta culposa do ente público. Previu-se expressamente que o ente contratante responderá subsidiariamente pelos encargos trabalhistas "[...] se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado."

O dispositivo, para além de fixar requisito objetivo para a responsabilização (falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado), traz regra processual, relativa à distribuição do ônus probatório sobre a presença desse requisito. Assenta-se inequivocamente que a eventual falha na fiscalização deve ser comprovada para que se configure caso de responsabilização subsidiária.

19. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Brasília. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 27, 30 e 31 mai. 2011. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 4 out. 2021.

20. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1001946-86.2017.5.02.0042**. Relatora: Dora Maria da Costa, Brasília, 24 abr. 2021. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 3 mai. 2021. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/18d8c8566d32a0443c1ff7b5787dce5e. Acesso em: 4 out. 2021.

A previsão normativa está alinhada com o decidido pelo STF no julgamento do RE 760931/DF, em que se rechaçou qualquer forma de responsabilização automática do ente contratante, seja na forma de responsabilidade objetiva, seja na forma de responsabilidade subjetiva com culpa presumida, seja com inversão do ônus da prova. De fato, a norma prestigia o entendimento de que não é possível a atribuição de responsabilidade automaticamente aos entes contratantes (o que prevaleceria se fosse atribuído ao ente público o ônus de comprovar que não incidiu em culpa).

Ademais, a própria regra geral sobre distribuição do ônus probatório no processo do trabalho (art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho) já corroborava essa conclusão: o reclamante (empregado terceirizado) tem o ônus de provar os fatos constitutivos (falha do contratante na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado) do direito que alega em face do ente público (adimplemento de obrigações trabalhistas via responsabilização subsidiária).

Estar-se-ia diante de cenário diverso caso o novo diploma legislativo dispusesse, por exemplo, que o ente contratante não seria responsabilizado se comprovada a regular fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado. Não foi, porém, o que se previu.

Conclui-se que, pela disposição legal, não é a correta fiscalização que deve ser comprovada para afastar a responsabilização: é a falha que deve ser concretamente alegada e comprovada para que se atribua responsabilidade subsidiária.

4.3 Da especificação do dever de fiscalização e das medidas cabíveis caso verificado descumprimento de obrigações trabalhistas

O art. 50 da Lei federal nº 14.133/2021 também traz previsão relevante. É estabelecido rol de documentos que o contratado deverá, sob pena de multa, apresentar, quando solicitado, ao ente contratante. São documentos relativos à comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato.

O prévio conhecimento pelo ente contratante, com clareza, de quais são seus deveres e de qual conduta deve adotar, além de garantir a observância dos direitos dos trabalhadores, presta-se a evitar aumento na litigância e perdas de eficiência (e, portanto, prejuízos ao erário). A objetividade nessa especificação seria recomendável para a promoção da segurança jurídica, a otimização da aplicação dos recursos públicos e a própria eficácia da fiscalização.

Observa-se, porém, que o rol inscrito no art. 50 é meramente exemplificativo (o dispositivo o introduz com a expressão "em especial quanto ao"). Pelos fatores referidos, reputa-se prejudicial o não estabelecimento de rol taxativo. Embora seja louvável a atribuição de maior poder de fiscalização ao contratante, o cenário de responsabilização perante a Justiça do Trabalho que hoje prevalece faria recomendável, no mínimo, a inserção de dispositivo prevendo que a não exigência de um ou de alguns dos documentos arrolados não induziriam presunção de falha na fiscalização, sob pena de se deixar margem para subjetivismos nessa avaliação.

Relembre-se que a terceirização – conforme reconhecido pelo STF, o qual confirmou a constitucionalidade do instituto no RE 958252/MG –, longe de consistir em artifício que visa à precarização das relações de trabalho, possibilita que o tomador de serviços, desincumbindo-se da necessidade de gerenciamento de determinada mão de obra e de determinadas atividades, volte-se à atividade que lhe é mais rentável ou na qual é mais produtivo.

O que deve ser combatido e exemplarmente punido – tanto em face do prestador quanto em face do tomador de serviços – são conluios e fraudes para a sonegação da justa remuneração dos empregados que exerceram seu labor. Inexistindo intuito fraudatório, as consequências pelo inadimplemento de verbas trabalhistas devem recair sobre o prestador de serviços, apenas.

Se ao tomador de serviços é atribuído ônus de fiscalizar uma multiplicidade sequer bem delimitada de fatores – possibilitando que, por mais que envide esforços em supervisionar o correto cumprimento das obrigações trabalhistas, ainda possa, ao final, ser responsabilizado –, esvazia-se o propósito da terceirização. A eficiência potencialmente possibilitada por esse modelo se esvairia no cumprimento de diversas obrigações acessórias, com potencial responsabilização ao final (implicando pagamento dobrado pelos serviços).

Assim, o caráter exemplificativo do rol não deve conduzir a um entendimento de que a fiscalização deve ser a mais ampla e profunda possível, tendo em conta o propósito da terceirização e os benefícios potenciais que pode ocasionar ao tomador de serviços e à produtividade em geral. O rol exemplificativo confere poder ao contratante para, ante indícios ou notícias de descumprimento de obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços, melhor apurar os fatos – e não obrigação de exercer fiscalização ampla e profunda durante toda a vigência da relação contratual.

Deve-se ter em mente, repita-se, que a obrigação do ente contratante é de meio (e, não, de resultado), além de que o próprio TST tem precedentes no sentido de que a fiscalização por amostragem é a adequada (a título de exemplo, Ag-RR - 120-57.2019.5.10.0007).

Assim, sob pena de se responsabilizar automaticamente o tomador de serviços pelo tão só descumprimento de obrigações trabalhistas pela contratada, a falta de exigência pelo ente contratante de documento não constante no rol do art. 50 da Lei federal nº 14.133/2021 não deve induzir à conclusão de que houve falha ou desídia na fiscalização. A interpretação do conteúdo do dever de fiscalização pelo tomador de serviços, previsto expressamente da Lei federal nº 14.133/2021, necessita ser restritiva e tendente à objetividade, sob pena de se desvirtuar o instituto da terceirização e de se frustrarem seus potenciais efeitos benéficos.

No § 3º de seu art. 121, a nova lei prevê, ainda, providências cabíveis para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, desde que previstas em edital ou em contrato.

Pelo fato de não ter a norma em caráter cogente, mas, sim, permissivo (mesmo porque somente poderão as medidas ser adotadas se previstas em edital ou contrato), não se pode concluir que a não adoção de alguma dessas providências, por si só, implica falha

na fiscalização ou algum tipo de desídia por parte do ente contratante. Relembre-se que a obrigação de fiscalização por parte do ente público é de meio, e não de resultado (caso contrário, reconhecer-se-ia a responsabilidade automática, em razão do tão só descumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado).

Contrastando com o panorama anterior à nova lei, percebe-se que, pelo fato de a Lei federal nº 8.666/1993 sequer ter previsto a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas descumpridas pela contratada, não houve, em seu âmbito, preocupação em estabelecer como se daria fiscalização específica quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada. Tampouco, na jurisprudência trabalhista, houve especificação de como essa fiscalização deveria ocorrer.

O quadro de insegurança jurídica instaurado é tal que, em muitas hipóteses, mesmo que comprovado o cumprimento de todas as normas da Lei federal nº 8.666/1993 no que tange à fiscalização do contrato, é atribuída responsabilidade em face dos entes públicos sob o argumento de que o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada não fora fiscalizado de modo satisfatório ou suficiente. A avaliação sobre a existência ou não de falha na fiscalização facilmente, sob essa perspectiva, fica atrelada à existência de descumprimento de obrigações trabalhistas pela contratada: se houve descumprimento, houve falha na fiscalização. Novamente, o entendimento implica responsabilização automática, vedada pelo STF.

5 DA ABRANGÊNCIA DAS NORMAS DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO POR VERBAS TRABALHISTAS

A Lei federal nº 14.133/2021 entrou em vigor na data de sua publicação (1º de abril de 2021), conforme previu seu art. 194. Não obstante, dispôs, em seu art. 191, que as licitações e os procedimentos de contratação direta poderão ser regidos, até 1º de abril de 2021, ou por seu regramento ou pelas Leis federais nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011, vedada a aplicação destas combinada com aquela.

Nesse sentido, surge dúvida sobre a aplicabilidade das disposições abordadas na seção anterior aos casos que envolvem contratos administrativos regidos pela Lei federal nº 8.666/1993.

Em uma primeira análise, poder-se-ia defender que as normas não são, em absoluto, aplicáveis aos casos em que o contrato administrativo é regido pelas Leis federais nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011. Afinal, se o ente público optar por licitar de acordo com essas leis, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência, conforme a norma do art. 191, parágrafo único, da Lei federal nº 14.133/2021. O ponto merece, porém, análise mais detida.

5.1 Da correta interpretação do disposto no art. 191 da lei federal nº 14.133/2021

Conforme já referido, a Lei federal nº 14.133/2021 entrou em vigor na data de sua publicação. A norma do art. 191, portanto, não teve por objeto diferir a vigência ou a

aplicabilidade da nova lei, mas apenas permitir a utilização do regramento anterior por maior período de tempo, possibilitando uma espécie de período de adaptação à nova lei.

Houve, pois, apenas restrição da aplicabilidade de algumas das normas da Lei federal nº 14.133/2021: não será possível sua aplicação a licitações realizadas e contratos firmados com base nas leis anteriores. Observe-se, pois, que essa limitação de aplicabilidade se volta apenas às normas da Lei federal nº 14.133/2021 que regem a licitação e o contrato administrativo.

Há outras disposições, porém, que indiscutivelmente se aplicam desde logo, independentemente da escolha de uma ou outra legislação. Por exemplo, o art. 174 prevê a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas, o qual já está em operação.

Assim, as normas que não digam respeito especificamente à promoção do certame licitatório e à relação contratual são aplicáveis sem restrições.

5.2 Da aplicabilidade da restrição da responsabilização aos contratos que têm por objeto a prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra

Conforme anteriormente referido, a previsão do § 2º do art. 121 da Lei federal nº 14.133/2021 materializou limitação de escopo da responsabilização subsidiária dos entes públicos contratantes (possibilitando-a apenas no âmbito das contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra).

A citada responsabilidade subsidiária não tem natureza contratual: o empregado do prestador de serviços não tem relação jurídica com o ente público e não é parte no contrato administrativo. Segundo o entendimento jurisprudencialmente construído, o que possibilita a responsabilização subsidiária é a norma do art. 37, § 6º, da CRFB/1988, que trata da responsabilidade extracontratual do Estado.

Embora o art. 121 esteja localizado no capítulo VI da nova lei, relativo à execução dos contratos, alguns de seus parágrafos dizem respeito a temas diversos. A localização explica-se pelo fato de que o *caput* do art. 121, de fato, prevê norma relativa à execução do contrato: "Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato."[21] As disposições de seus parágrafos são afins à norma decorrente do *caput*, mas, por dizerem respeito à responsabilidade extracontratual, não se voltam, por sua natureza, à regência do contrato administrativo.

A disposição em comento, do § 2º do art. 121 da Lei federal nº 14.133/2021, portanto, não sofre limitação de aplicabilidade pela norma do art. 191. Não se trata de norma que rege a relação contratual, mas, sim, que regula a norma do art. 37, § 6º, da CRFB/1988.

21. BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Casa Civil, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

5.3 Da aplicabilidade da disposição sobre a necessidade de prova da falha de fiscalização do estado para que seja possível a responsabilização

Não obstante o entendimento adotado pelo TST no E-RR-925-07.2016.5.05.0281 (sobre o ônus da prova quanto à existência ou não de falha de fiscalização), entende-se que o STF já firmara, no julgamento do RE 760931/DF, que é indevida qualquer espécie de presunção de que o ente público concorreu para o descumprimento de obrigações trabalhistas dos empregados de prestador de serviços. A regra inscrita no art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, ademais, atribui ao reclamante o ônus da prova do fato constitutivo do direito que alega (a comprovação de falha na fiscalização pelo ente público é fato constitutivo do direito de perquirir em face deste as obrigações trabalhistas inadimplidas).

O § 2º do art. 121 meramente explicitou, no âmbito legal, qual a correta distribuição do ônus da prova para essa discussão em específico. Trata-se de norma processual, pois.

Novamente, não se está a reger a relação contratual entre o tomador e o prestador de serviços, motivo pelo qual a regra do art. 191 da nova lei não limita a aplicabilidade da norma.

Incide, em verdade, o art. 14 da Lei federal nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015), aplicável ao processo trabalhista, neste particular, por força do art. 15 da mesma lei:

> Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.[22]

Assim, pelo princípio *tempus regit actum*, essa norma que especifica, no âmbito legal, a distribuição do ônus da prova nesse caso, tem aplicabilidade imediata aos processos em curso.

Assim, desde o início da vigência da Lei federal nº 14.133/2021 pode-se invocar, mesmo em ações trabalhistas em que se alega descumprimento do dever de fiscalização pelo ente público em contratos administrativos regidos pela Lei federal nº 8.666/1993, que (além dos fundamentos já referidos, os quais, defende-se, já conduziam ao mesmo entendimento) a norma do art. 121, § 2º, da nova lei atribui expressa e inequivocamente ao empregado o ônus da prova quanto à eventual falha do ente público ne fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado.

5.4 Da aplicabilidade das normas que especificam o dever de fiscalização do ente público

Tem-se cenário diverso quando são analisadas as normas decorrentes da Lei federal nº 14.133/2021 que especificam o dever de fiscalização do ente público quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado ou que estabelecem quais medidas podem ou devem ser tomadas em face do descumprimento.

22. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

Essas normas regem, diretamente, a execução do contrato administrativo. Assim, por força da regra do art. 191 da Lei federal nº 14.133/2021, não podem ser aplicadas a relações contratuais regidas pelas leis anteriores.

Desse modo, não é devida responsabilização do ente público contratante que, em relação contratual regida pela Lei federal nº 8.666/1993, não exige documentos com fundamento na previsão do art. 50 da Lei federal nº 14.133/2021.

Além disso, em face de eventual descumprimento de obrigações trabalhistas, não se pode cogitar que a não adoção das medidas previstas no § 3º do art. 121 da Lei federal nº 14.133/2021 constituiria elemento ensejador de culpa do ente público (mesmo porque, conforme defendido anteriormente, já não se tratariam de medidas obrigatórias, ante o fato de que a própria lei prevê que sua adoção depende de previsão expressa em edital ou contrato).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, podem ser elencadas as seguintes conclusões do presente trabalho:

a) no panorama anterior à vigência da Lei federal nº 14.133/2021 sobre a responsabilização dos entes públicos contratantes por obrigações trabalhistas inadimplidas por prestadores de serviços, embora o STF tenha reconhecido que a norma do art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/1993 é constitucional e que é indevida a transferência automática da responsabilidade do contratado pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, prevalece no TST o entendimento de que o ente público tem o ônus de, no âmbito processual, comprovar que exerceu fiscalização adequada nos contratos de prestação de serviços;

b) a terceirização (bem como a execução indireta de atividades em geral) não deve ser percebida como instituto cuja finalidade é a precarização das relações de trabalho, pois eventuais descumprimentos de obrigações trabalhistas não decorrem do modelo de negócio em si, mas da ação de pessoas específicas, sobre as quais deve recair responsabilização, além de que a terceirização, caso não seja utilizada indevidamente, tem o potencial de melhoras as condições de trabalho (em razão dos aumentos que possibilita na produtividade e na riqueza da sociedade);

c) a Lei federal nº 14.133/2021, na norma do § 2º de seu art. 121, reduziu a possibilidade de responsabilização subsidiária dos entes públicos contratantes pelo descumprimento de obrigações trabalhistas por prestadores de serviços durante a execução de contrato administrativo, limitando-a a hipóteses em que a Administração Pública tem efetiva possibilidade de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas do contratado, as de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra;

d) ante a redução de escopo mencionada na alínea anterior, o empregado passa a ter o ônus de alegar e comprovar que exercia suas atividades unicamente perante ente público demandado com fundamento em responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigações trabalhistas;

e) a norma do art. 121, § 2º, da Lei federal nº 14.133/2021, prevê expressamente, no âmbito legal, que, para que o contratante seja responsabilizado subsidiariamente pelo

inadimplemento de obrigações trabalhistas do contratado, o empregado tem o ônus de comprovar que o ente público não exerceu fiscalização adequada;

f) as providências cabíveis para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado previstas no § 3º do art. 121 da Lei federal nº 14.133/2021 não são de adoção cogente, de modo que a não implementação de uma ou alguma delas, por si só, não implica falha na fiscalização ou desídia por parte do contratante;

g) o art. 50 da Lei federal nº 14.133/2021 prevê rol exemplificativo de documentos que o ente contratante pode exigir do contratado para fins de averiguar o correto cumprimento das obrigações trabalhistas das quais os trabalhadores envolvidos na prestação do serviço são credores;

h) o caráter exemplificativo do rol previsto no art. 50 da Lei federal nº 14.133/2021 se presta a oferecer meios eficazes para a apuração de indícios ou notícias de descumprimento de obrigações trabalhistas, não autorizando a conclusão de que o ente público contratante tem o dever de exercer fiscalização ampla e profunda do cumprimento das obrigações trabalhistas do prestador de serviços, sob pena de desvirtuamento do instituto da terceirização e de ofensa ao entendimento de que a obrigação de fiscalização é de meio (e, não, de resultado) e é cumprida por meio de fiscalização por amostragem;

i) a norma do art. 191 da Lei federal nº 14.133/2021 tem o intuito de possibilitar a convivência de dois regimes jurídicos para a regência de licitações e contratos administrativos, desde que não sejam combinados;

j) a norma do art. 191 da Lei federal nº 14.133/2021 não reduz a aplicabilidade de normas que não digam respeito ao certame licitatório ou à relação contratual;

l) a norma do § 2º de seu art. 121 da Lei federal nº 14.133/2021 que reduz o escopo da responsabilização subsidiária às hipóteses de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra diz respeito à responsabilidade extracontratual do Estado (constituindo, pois, regulamentação do art. 37, § 6º, da CRFB/1988), não regendo quaisquer aspectos de licitações ou de relações contratuais, motivo pelo qual não sofre limitação de aplicabilidade pela norma do art. 191 da mesma lei e incide sobre situações originadas mesmo no âmbito de contratos administrativos regidos pela Lei federal nº 8.666/1993;

m) a norma do § 2º de seu art. 121 da Lei federal nº 14.133/2021 que atribui ao empregado o ônus de comprovar que o ente público não exerceu fiscalização adequada das obrigações trabalhistas do contratado para que haja responsabilização tem natureza processual, por não reger certames licitatórios ou contratos administrativos, motivo pelo qual tem aplicabilidade imediata sobre todos os processos em andamento que discutam o tema da responsabilidade subsidiária do ente público por obrigações trabalhistas inadimplidas por prestadores de serviços e

n) as normas da Lei federal nº 14.133/2021 que delimitam o dever a cargo do ente contratante de fiscalização das obrigações trabalhistas do prestador de serviços (a exemplo daquelas constantes nos art. 50 e no § 3º do art. 121), por dizerem respeito à execução do contrato administrativo (normas sobre fiscalização do contrato), somente são aplicáveis às contratações regidas pela nova lei, por força de seu art. 191.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Casa Civil, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760931**. Relatora: Rosa Weber, Redator para o acórdão: Luiz Fux, Brasília, 26 abr. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, 12 set. 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tese firmada para o Tema nº 246 de Repercussão Geral**. Brasília, 26 abr. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 100700-72.2008.5.02.0373**. Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, Brasília, 11 abr. 2012. Diário da Justiça, 20 abr. 2012. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/fe2ad6c0b7b1e32319611621d44ca417. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 925-07.2016.5.05.0281**. Relator: Claudio Mascarenhas Brandao, Brasília, 12 dez. 2019. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 22 mai. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/bd1cb2ee3ae45f038e57164f1cd665cc. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Recurso de Revista nº 297751-31.1996.5.04.5555**. Relator: Milton de Moura Franca, Brasília, 11 set. 2000. Diário da Justiça, 20 out. 2000. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/d7959ccb8bc6094b5e90b5d7593ea286. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 185**. Brasília. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho 20, 22 e 25 abr. 2005. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm#TEMA185. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 191**. Brasília. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho 27, 30 e 31 mai. 2011. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm#TEMA191. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Brasília. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 27, 30 e 31 mai. 2011. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Tese firmada para o Tema nº 6 de Recurso de Revista Repetitivo**. Brasília, 11 mai. 2017. Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/10157/19550834/IRR+06.pdf/28ced088-6465-5aff-753d-56f10a6a0be7?t=1596812468160. Acesso em: 4 out. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; CEPAL – COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. **Cadernos Brasil na OCDE**: Compras Públicas. Brasília: Ipea, jul. 2021. Disponível em: http://dx.doi.org/10.38116/cbocdecp/compraspublicas. Acesso em: 26 set. 2021.

Segunda seção
Peça Histórica

Trata-se de um parecer jurídico primoroso, o qual viabilizou a remuneração garantida do magistério público estadual. Com uma tese inovadora e corajosa, superou a Lei Complementar 173 e suas restrições e viabilizou não apenas o benefício ao magistério, mas, do ponto de vista do Executivo, assegurou o cumprimento do mínimo constitucional de 25% (que sem essa solução não seria possível).

Consubstancia-se em uma minuta de Proposta de Emenda à Constituição do Estado de Santa Catarina (PEC) que "Altera a Constituição do Estado para estabelecer a remuneração mínima devida aos integrantes da carreira do magistério público estadual."

Com vasta fundamentação legal e jurídica, a peça fez história, tendo sido comentada nacionalmente e elogiada por Procuradores de vários Estados.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA

PARECER Nº 328/2021-PGE

Florianópolis, data da assinatura digital.

Referência: SEA 7114/2021

Assunto: Análise de minuta de PEC

Origem: Secretaria de Estado da Administração (SEA)

Interessada: Secretaria de Estado da Educação (SED)

EMENTA: Minuta de Proposta de Emenda à Constituição do Estado de Santa Catarina, que estabelece remuneração mínima para os integrantes da carreira do magistério público estadual. Percentual constitucional mínimo de aplicação vinculada de recursos na Manutenção e Desenvolvimento da Educação (MDE). CRFB, art. 212. Emenda Constitucional n. 108, de 2020. Introdução do § 7º ao art. 212 da CFRB. Novas regras. Constitucionalização do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) e do dever de remuneração condigna dos profissionais da educação básica. Introdução do art. 212-A. Obrigação constitucional de destinação de percentual mínimo dos recursos do Fundeb estadual ao pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício. Elevação de 60% para 70%. Art. 212-A, XI. Atendimento dos requisitos do art. 169, § 1º, da CRFB e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Estimativa de impacto orçamentário-financeiro. Lei Complementar n. 173, de 2020. Art. 8º. Restrições de gastos com pessoal. Constitucionalidade reconhecida pelo STF. Superveniência da EC 108/2020. Princípios da supremacia e da máxima efetividade da Constituição. Interpretação Sistemática. Compreensão do alcance da norma infraconstitucional. Não incidência das restrições gerais do art. 8º da LC 173 especificamente aos profissionais da educação básica para fins de cumprimento da norma constitucional superveniente. Regularidade formal. Aplicação vinculada de recursos na educação em razão de norma constitucional específica. CRFB, Art. 167-F, § 2º, II. LRF, art. 25, § 1º, IV, "b". Demonstração de ausência de detrimento da satisfação do direito (e consequente cumprimento do dever) fundamental à saúde e à alocação de recursos necessários ao enfrentamento da pandemia. Constitucionalidade formal e material da minuta de PEC.

Senhora Procuradora-Chefe da Consultoria Jurídica,

RELATÓRIO

Trata-se de minuta de Proposta de Emenda à Constituição do Estado de Santa Catarina (PEC) que "Altera a Constituição do Estado para estabelecer a remuneração mínima devida aos integrantes da carreira do magistério público estadual".

Os autos estão instruídos, além da minuta de PEC, com: Exposição de Motivos n. 99/2021,

Documento assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

subscrita pelos Secretários de Estado da Administração, Fazenda e Educação; Declaração de Estimativa de Impacto Financeiro para os exercícios de 2021, 2022 e 2023, assinada pela Diretora de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas e pelo Secretário Adjunto da Administração; Resumos de Impacto Financeiro; Atestado do Secretário de Estado da Educação e Ordenador Primário da Unidade Orçamentária 45001 de adequação financeira-orçamentária; Atestado de adequação financeira-orçamentária subscrita pela Presidente da Fundação Catarinense de Educação Especial.

Despacho da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Administração, considerando que o presente processo trata de proposta de Emenda Constitucional apresentada conjuntamente por três Secretarias de Estado, encaminhou o feito ao Órgão Central do Sistema de Serviços Jurídicos do Estado para parecer jurídico inerente ao processo legislativo, para verificação da regularidade legal e formal, previsto no art. 7º, VII, c/c art. 12, ambos do Decreto Estadual n. 2.382, de 28 de agosto de 2014, e com supedâneo no art. 4º, VIII da Lei Complementar n. 317/2005.

Por despacho do Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos (PGAAJ), os autos foram encaminhem-se os autos a esta Consultoria Jurídica, para exame e manifestação.

Eis a íntegra da proposta:

> Art. 1º O art. 162 da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art.162. ....
> ....
> VIII-A – garantia de remuneração mínima aos integrantes da carreira do magistério púbico estadual, na forma da lei;
> ...." (NR)
>
> Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado passa a vigorar acrescido do art. 58, com a seguinte redação:
>
> "Art. 58. Em decorrência do art. 212 da Constituição Federal e do art. 167 da Constituição do Estado, a partir do exercício de 2021, a remuneração mínima de que trata o inciso VIII-A do *caput* do art. 162 da Constituição do Estado fica definida como medida de valorização do profissional da educação, sendo garantida ao integrante da carreira do magistério público estadual, tendo o seu valor definido em lei específica, observadas as seguintes condições:
>
> I – a base de cálculo da remuneração do integrante da carreira do magistério público estadual, para fins de verificação do alcance da remuneração mínima garantida, engloba o somatório das espécies remuneratórias percebidas pelo servidor, conforme discriminado em lei específica;
>
> II – será devida parcela de complemento remuneratório ao integrante da carreira do magistério público estadual cuja base de cálculo mencionada no inciso I deste artigo não alcance o valor da remuneração mínima garantida, observada a jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais." (NR)
>
> Art. 3º Até que seja editada a lei de que trata o art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, fica a remuneração mínima garantida regulamentada na forma do disposto nesta Emenda Constitucional.
>
> Art. 4º O valor da remuneração mínima devida aos integrantes da carreira do magistério público estadual fica fixado, a contar de 1º de fevereiro de 2021, nos

...nado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

seguintes valores:

I – R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) para o nível I da estrutura de carreira do Quadro de Pessoal do Magistério Público Estadual de que trata o inciso I do art. 4º da Lei Complementar nº 668, de 28 de dezembro de 2015;

II – R$ 4.000,00 (quatro mil reais) para o nível II da estrutura de carreira do Quadro de Pessoal do Magistério Público Estadual de que trata o inciso II do art. 4º da Lei Complementar nº 668, de 2015; e

III – R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para os níveis III a VI da estrutura de carreira do Quadro de Pessoal do Magistério Público Estadual de que tratam os incisos III a VI do art. 4º da Lei Complementar nº 668, de 2015.

Parágrafo único. Os valores estabelecidos neste artigo correspondem à jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais, devendo ser observada a proporcionalidade em relação às jornadas de trabalho de menor duração.

Art. 5º Para fins de pagamento da remuneração mínima de que trata o art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, o integrante do Quadro de Pessoal de que trata a Lei Complementar nº 668, de 2015, fará jus a uma parcela de complemento remuneratório equivalente à eventual diferença positiva existente entre:

I – o valor fixado no art. 4º da desta Emenda Constitucional, como minuendo; e

II – o somatório de todas as espécies remuneratórias percebidas pelo servidor, como subtraendo.

§ 1º Ficam excluídas do somatório de que trata o inciso II do *caput* deste artigo as seguintes vantagens:

I – retribuição financeira transitória pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento;

II – retribuição financeira transitória pela participação em grupos de trabalho ou estudo, em comissões legais e em órgãos de deliberação coletiva, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei nº 6.745, de 1985;

III – gratificação por aula complementar de que trata o art. 29 da Lei Complementar nº 668, de 2015;

IV – gratificação pelo exercício de direção de unidade escolar de que trata o art. 30 da Lei Complementar nº 668, de 2015; e

IV – gratificação pelo exercício de assessoria de direção de unidade escolar de que trata o art. 31 da Lei Complementar nº 668, de 2015.

§ 2º Eventual diferença paga a título de parcela de complemento remuneratório para atingir o valor da remuneração mínima garantida não integra a base de cálculo de qualquer outra vantagem, ressalvados o décimo terceiro vencimento e o terço constitucional de férias.

Art. 6º O disposto no inciso VIII-A do art. 162 da Constituição do Estado constitui-se em instituto jurídico distinto do piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública de que trata a Lei

Av. Prefeito Osmar Cunha, 220, Ed. J.J. Cupertino, Centro - 88015-100 – Florianópolis-SC – Fone: (48) 3664-7600

nado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

Federal nº 11.738, de 16 de julho de 2008, e o inciso XII do art. 212-A da Constituição Federal.

Art. 7º Aplicam-se as disposições desta Emenda Constitucional aos inativos e aos pensionistas respectivos com direito à paridade em seus benefícios, nos termos da Constituição da República, bem como ao pessoal admitido em caráter temporário de que trata a Lei nº 16.861, de 28 de dezembro de 2015.

Parágrafo único. O pagamento devido a título de remuneração mínima ao pessoal admitido em caráter temporário de que trata a Lei nº 16.861, de 2015, relativo ao período de 1º de fevereiro de 2021 até a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, será realizado em parcela única, considerando-se como competência o mês do seu pagamento.

Art. 8º Fica o Poder Executivo autorizado a promover alterações no Plano Plurianual bem como na Lei Orçamentária Anual para fins de cumprimento da garantia de remuneração mínima de que trata o art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado.

Art. 9º Esta Emenda à Constituição do Estado entra em vigor na data de sua publicação.

É o relatório do necessário.

FUNDAMENTAÇÃO

Da Regularidade e Constitucionalidade formal

A Procuradoria-Geral do Estado (PGE) é o Órgão Central do Sistema de Serviços Jurídicos do Estado de Santa Catarina, segundo dispõe o art. 126, V, da Lei Complementar Estadual n. 741/2019, a qual dispõe sobre a estrutura organizacional básica e o modelo de gestão da Administração Pública Estadual, no âmbito do Poder Executivo, e também o art. 3º, I, do Decreto Estadual n. 724/2007, que regulamenta a organização, estruturação e funcionamento do Sistema de Serviços Jurídicos da Administração Direta e Indireta, e que elenca, em seu art. 5º, as atribuições desse Órgão Central, dentre as quais a competência para elaborar ou examinar anteprojetos de lei, decretos e regulamentos (inciso IX).

Assim também estabelece a Lei Complementar Estadual n. 317/2005, que trata da organização e o funcionamento da Procuradoria-Geral do Estado, cujas competências institucionais estão fixadas no seu art. 4º, incluindo a de manifestar-se nos projetos de lei encaminhados pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo (inciso VIII). O Decreto n. 1458/2018 - Regimento Interno da PGE, arts. 1º, 2º, § 1º, V, reitera tais competências, dispondo, no art. 12, VIII e IX, que compete à COJUR examinar ou elaborar anteprojetos de lei, decretos, regulamentos e instrumentos relativos a contratos, convênios e acordos, assim como elaborar pareceres em minutas de decretos, projetos de lei, bem como nos autógrafos aprovados pela Assembleia Legislativa.

A seu turno, o Decreto Estadual n. 2.382/2014, o qual dispõe sobre o Sistema de Atos do Processo Legislativo, estabelece, acerca dos anteprojetos de lei, que estes deverão tramitar

Este documento foi assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

instruídos com parecer analítico, fundamentado e conclusivo de lavra da consultoria jurídica do proponente, que deverá se manifestar sobre: a) a constitucionalidade e legalidade do anteprojeto proposto, observadas as orientações, os pareceres e os atos normativos expedidos pela Procuradoria-Geral do Estado (PGE), órgão central do Sistema de Serviços Jurídicos da Administração Direta e Indireta; b) a regularidade formal do anteprojeto proposto, observadas as orientações e os atos normativos expedidos pela SCC, órgão central do Sistema de que trata este Decreto (art. 7º, VII, "a" e "b").

Passa-se, pois, à análise da regularidade formal da minuta proposta e da sua constitucionalidade, legalidade e juridicidade.

Constata-se, de início, que o Chefe do Poder Executivo possui competência para dar início a processo legislativo em matéria de regime jurídico e remuneração de servidores públicos estaduais, inclusive de propor emenda à Constituição do Estado.

Em simetria com o disposto nos art. 59, I, e 60, II, da Constituição Federal (CRFB), a Constituição do Estado de Santa Catarina (CESC) dispõe que o processo legislativo estadual compreende a elaboração de proposta de emenda à Constituição estadual, que pode ser apresentada pelo Governador do Estado (arts. 48, I e 49, II).

Não se vislumbra, outrossim, a ocorrência de limitações materiais ao poder de reforma constitucional estadual previstas no § 4º do art. 49 da CESC, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda que: I - ferir princípio federativo; ou II - atentar contra a separação dos Poderes.

Tampouco há afronta à competência legislativa da União, haja vista que a proposição contida na minuta em tela não versa sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 24, XXIV, da CRFB). Vale lembrar, de todo modo, que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (art. 24, § 2º, da CRFB; art. 10, § 1º, CESC). Como adiante se verá, a proposta tem como objeto instituto jurídico distinto do piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério da educação básica pública, e visa, na verdade, dar efetividade aos preceitos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e sobretudo da Emenda Constitucional n. 108, de 2020, como medida de valorização do profissional da educação.

Trata-se de matéria para a qual cada unidade da federação possui competência inerente à sua autonomia e poder de auto-organização (arts. 18 da CRFB e art. 1º, II, da CESC). Nos termos do art. 25, caput, e § 1º, da CRFB, os Estados *organizam-se e regem-se pelas Constituições* e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição, sendo reservadas a tais entes federativos as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. Preceitua a CESC, *verbis*:

> Art. 5º O Estado de Santa Catarina organiza-se política e administrativamente nos termos desta Constituição e das leis que adotar.
>
> Art. 8º Ao Estado cabe exercer, em seu território, todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal, especialmente:
> [...]
> I - produzir atos legislativos, administrativos e judiciais;
> II - organizar seu governo e a própria administração;

Sobre a competência legislativa em temas de Direito Administrativo, o qual abrange o capítulo dos servidores públicos e sua remuneração, lembra Rafael Maffini que cada ente federado tem competência para legislar sobre o seu próprio Direito Administrativo, tratando-se de uma decorrência lógica da autonomia político-administrativa dos entes federados, tal como disposta no art. 18 da CRFB. Vale transcrever a acurada exposição do referido administrativista:

Assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA

> Por premissa, deve-se ter que, com o Direito Administrativo, a distribuição de competência não ocorre tal como o Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual e outros tantos ramos da ciência jurídica, em relação aos quais se destina a competência privativa da União (art. 22, I, da CF). *A distribuição de competências no Direito Administrativo* não se apresenta exatamente do mesmo modo - concorrente - que em relação ao Direito Tributário. *Há concorrência, sim, na distribuição de competência legislativa sobre o Direito Administrativo, mas ela se apresenta peculiar, própria de tal área do Direito.* Com efeito, considerando a autonomia político-administrativa que cada ente federado possui (art. 18 da CRFB), bem assim o fato de que *não se atribui à União (por exemplo, no art. 22 da CF) uma competência geral de legislação sobre o Direito Administrativo*, impõe-se a conclusão de que, como regra, cada ente federado detém competência para legislar sobre os assuntos de seus respectivos interesses. [...] Depreende-se disso que, embora numa perspectiva teórica, o Direito Administrativo brasileiro deva ser considerado como uma área específica e sistematizada de conhecimento humano, numa outra perspectiva, de Direito objetivo, ou seja, de leis aplicáveis, seria possível a afirmação de que, em regra, existem tantos Direitos Administrativos quantos são os entes federados que compõem a República Federativa do Brasil. Daí a clássica diferença proposta por Geraldo Ataliba (Pareceres de direito tributário, v. 3, p. 16-17) entre lei federal e lei nacional .... [...]
> *Por óbvio, pode ocorrer a coincidência de a legislação estadual conter regra idêntica à existente em âmbito federal. Neste caso, não se trata de aplicação da lei federal aos servidores estaduais, mas de mera coincidência, como o referido.* [...]
> Tal regra, contudo, comporta exceções, as quais somente podem ser previstas na própria Constituição Federal, uma vez que nesta se encontra a regra excepcionada. A *ratio* de tais exceções também é de singela compreensão. Trata-se de matérias que, segundo a própria Constituição Federal, merecem uniformização nacional. É o caso das desapropriações (art. 22, II, da CF) e das normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, da CF).[...]
> Seguindo-se os parâmetros antes desenvolvidos, tem-se que *o tema "´processo administrativo" consiste num daqueles que se situam na regra geral, pela qual cada ente federado teria competência para editar normas que lhe dissessem respeito. Isto porque "processo administrativo" se trata de questão que abarca toda a atividade decisória inerente à função administrativa pública*, não se enquadrando em nenhuma das exceções constitucionais. Dito de outro modo, em matéria de processos administrativos, cada ente federado possui competência legislativa para dispor sobre o assunto. [...] (Elementos de direito administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 27-30; *Comentários à Lei das Empresas Estatais. Lei nº 13.303/16.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 34-35).

Em resumo, a partir da análise colacionada, tem-se que, conquanto numa perspectiva teórico-científica se possa reconhecer a existência de um Direito Administrativo brasileiro, amalgamado pelas normas constitucionais presentes, especialmente, nos arts. 37 a 43 da CRFB (Título III, Capítulo VII), as quais devem ser respeitadas por todos os entes federados, existem, com regra e na perspectiva do direito posto, vários "Direitos Administrativos" no arranjo federativo vigente: um federal, um distrital, vários estaduais e milhares de municipais.

Por fim, em atendimento ao que determinam os arts. 1º e 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) a minuta contém disposição sobre a entrada em vigor da norma.

Manifesta-se, portanto, no sentido de que a minuta em exame apresenta regularidade formal, estando apta a ser encaminhada à Casa Civil para as providências de estilo.

Av. Prefeito Osmar Cunha, 220, Ed. J.J. Cupertino, Centro - 88015-100 – Florianópolis-SC – Fone: (48) 3664-7600

Assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

Da constitucionalidade material

Não se percebe na proposta qualquer contrariedade à Constituição Federal no que concerne à Administração Pública e a temática dos servidores públicos em geral (Capítulo VII do Título III), especialmente as disposições art. 37, X e XIII e o art. 39, § 1º. O texto do art. 5º, § 2º, da minuta observa expressamente a regra contida no art. 37, XIV, da CRFB, e no art.23, VI, da CESC. Confira-se, nesse sentido, do STF: RE 44.800 ED, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-9-2009, 1ª T, *DJE* de 2-10-2009.

1. Da Emenda Constitucional n. 108, de 2020

O art. 212 da Constituição Federal estabelece que o Estado aplicará anualmente no mínimo vinte e cinco por cento (25%) da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino (MDE).

A Emenda Constitucional n. 108, de 26 de agosto de 2020, que alterou a Constituição Federal para dispor sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), acrescentou os §§ 4º, 6º e 7º ao art. 211 e os §§ 7º, 8º e 9º ao art. 212, bem como incluiu o artigo 212-A, a fim de esclarecer as competências e a forma de funcionamento dos sistemas de ensino, a composição dos gastos com MDE, bem como para conferir base constitucional para o FUNDEB.

Com isso, o novo Fundeb consolidou-se como instrumento permanente de financiamento da educação básica no país.

E o art. 4º previu que tal Emenda Constitucional deverá produzir efeitos financeiros já a partir de 1º de janeiro de 2021.

2. Da vedação do § 7º do art. 212 e da exigência do inciso XI do art. 212-A, da CRFB.

Dentre as inovações no arcabouço jurídico nacional, a EC 108/2020 incluiu o § 7º ao art. 212 da Constituição, vedando, para a manutenção e o desenvolvimento do ensino (MDE), o uso dos recursos referidos *no caput* (receita de impostos e transferências) e nos §§ 5º e 6º (contribuição social do salário-educação) deste artigo para pagamento de aposentadorias e de pensões.

Com isso, na aplicação de no mínimo 25% da renda resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino, os Estados não poderão doravante computar os gastos com o pagamento de aposentadorias e pensões.

Tal positivação deu-se em consonância com o julgamento da ADI 5719, publicada em 09 de setembro de 2020 (com trânsito em julgado em 24/09), no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade de norma que permitia ao Estado de São Paulo contabilizar as despesas com servidores inativos da educação estadual como gastos em manutenção e desenvolvimento de ensino. Concluiu o Plenário que somente o pagamento de servidores da educação em atividade preenche a hipótese normativa e pode, portanto, ser contabilizada para fins do percentual mínimo de 25% da receita de impostos a ser aplicado em educação (artigo 212, *caput*, da CRFB). O relator, Min. Edson Fachin, ressaltou que o conceito de manutenção e desenvolvimento de ensino não pode ter parâmetros distintos para diferentes estados e, por isso, dever ser definido na lei federal. Eis a ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E

nado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

> FINANCEIRO. EDUCAÇÃO. ARTS. 26, I, E 27 DA LEI COMPLEMENTAR 1.010/2007 DO ESTADO DE SÃO PAULO. CÔMPUTO DE DESPESAS COM PREVIDÊNCIA E INATIVOS PARA EFEITO DE CUMPRIMENTO DE VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL ORÇAMENTÁRIA EM EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA PARA EDIÇÕES DE NORMAS GERAIS DE EDUCAÇÃO JÁ EXERCIDA PELA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LEI ESTADUAL DISPOR DO ASSUNTO DE FORMA DIVERSA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 22, XXIV, 24, IX § 1º § 4°; 212 CAPUT, E 167, VI. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A Constituição prevê o dever de aplicação de percentual mínimo para investimentos na manutenção e desenvolvimento do ensino. 2. A definição de quais despesas podem ou não ser consideradas como manutenção e desenvolvimento de ensino é definida em regra geral de competência da União, qual seja, os artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de n° 9.394/1996. Disposição diversa de lei local significa afronta aos arts. 22, XXIV, e 24, IX da CRFB. 3. **O cômputo de despesas com encargos previdenciários de servidores inativos ou do déficit de seu regime próprio de previdência como manutenção e desenvolvimento de ensino importa em violação a destinação mínima de recursos exigida pelo art. 212 da CRFB**, bem como à cláusula de não vinculação de impostos do art. 167, IV da CRFB 4. Ação julgada parcialmente procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade integral do art. 26, I da Lei Complementar nº 1.010/2007 do Estado de São Paulo e (ii) declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 27 da Lei Complementar nº 1.010/2007 do Estado de São Paulo, para que os valores de complementação ao déficit previdenciário não sejam computados para efeitos de vinculação ao investimento mínimo constitucional em educação. (grifou-se)

Até recentemente, porém, diferentes interpretações da Constituição Federal permitiam que os entes federativos computassem as despesas com inativos para efeitos de cumprimento de vinculação constitucional com MDE.

Além do Estado de São Paulo, outros entes federativos computavam como gastos com educação as despesas com o pagamento de professores aposentados, como o Estado do Espírito Santo, no qual a Resolução n. 238/2012 do próprio Tribunal de Contas Estadual declarava legítima e inclusive regulamentava a inclusão do pagamento de aposentadorias e pensões de servidores públicos originários da educação como despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE). Considerando a EC 108/2020, que passou a vedar o uso de recursos vinculados à MDE para o pagamento de aposentadorias e pensões, o TCE/ES revogou, por meio da Instrução Normativa n. 64, de 18/09/2020, os §§ 4º e 5º do art. 21 da aludida Resolução. Desta forma, as despesas com aposentadorias e pensões do magistério não poderão mais ser computadas como gasto com Educação para fins de apuração do limite mínimo constitucional.

Considerando os princípios da segurança jurídica e da anualidade orçamentária e ainda que, ao estabelecer a referida vedação, a EC 108/2020 atrelou a produção de efeitos financeiros a 1º de janeiro de 2021, o TCE/ES estabeleceu que a IN 64 produzirá efeitos financeiros igualmente a partir de 1º de janeiro de 2021. Posteriormente, transitou em julgado a decisão final na ADI 5691, que impugnava mencionada Resolução do TCE/ES, na qual o STF reiterou o entendimento sufragado na ADI 5719.

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC), embora com ressalva quanto a essa questão (aplicação de metodologia que considerava as despesas realizadas com inativos da Educação), vinha aprovando as contas do Governo Estadual.

Não foi diferente no ano de 2021, quando o Relatório do TCE/SC aprovou por unanimidade o parecer prévio das contas do Governo do Estado referentes ao exercício de 2020. Dentre as ressalvas, o Relatório apontou que foram investidos R$ 5,4 bilhões na área da educação, o que corresponde a 24,05% das receitas. O percentual ficou abaixo do mínimo constitucional de 25% devido à exclusão pelo TCE dos gastos com os servidores inativos da educação e das despesas realizadas com recursos do FUNDEB. Contudo, foram considerados os efeitos da pandemia na

Assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

área da educação para justificar o percentual abaixo do mínimo constitucional. Em relação ao exercício de 2020, considerou a Corte de Contas estadual ser inevitável a ponderação adicional acerca dos efeitos da pandemia de Covid-19, desde seu início em março de 2020 e que ainda persistem em alta intensidade, sendo o setor educacional um dos mais afetados.

Em consequência, nesse novo cenário trazido pela EC 108/2020, que impede o cômputo dos gastos com aposentadorias de professores, muitos Estados terão que incrementar sobremaneira o volume de recursos destinados à educação já nesse ano de 2021, por imposição da EC 108/2020, mesmo em meio ao estado de calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19 e à vigência de normas temporárias e excepcionais relacionadas com o combate a essa doença.

As ações de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) podem ser entendidas como todas aquelas que visam alcançar os objetivos básicos da educação nacional, voltadas para uma educação de acesso universal e de qualidade em todos os níveis.

É relevante ressaltar, em segundo lugar, que a EC n. 108/2020 impôs o aumento do gasto com o pagamento da remuneração dos profissionais da educação básica em efetivo exercício na rede pública de 60% (art. 22 da Lei n. 11.494/2007, revogada pela Lei n. 14.113/2020) para 70%, conforme prescreve o art. 212-A, XI, *verbis*:

> Art. 212-A Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 desta Constituição à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais, respeitadas as seguintes disposições:
> [...]
> XI - proporção não inferior a 70% (setenta por cento) de cada fundo referido no inciso I do *caput* deste artigo, excluídos os recursos de que trata a alínea "c" do inciso V do *caput* deste artigo, será destinada ao pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício, observado, em relação aos recursos previstos na alínea "b" do inciso V do *caput* deste artigo, o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) para despesas de capital;

Foi editada, então, a Lei n. 14.113/2020 (nova Lei do Fundeb), regulamentando o art. 212-A, obrigando os Estados, Distrito Federal e Municípios a aumentarem o gasto público para efetivação do direito social à educação consagrado no art. 6º da CRFB. Reiterando o novel art. 212-A da CRFB, o art. 2º da nova Lei do Fundeb declara que os Fundos dos Estados e do Distrito Federal destinam-se à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização dos profissionais da educação, incluída sua condigna remuneração, observado o disposto nesta Lei.

Portanto, na aplicação dos recursos do Fundeb, deve-se atentar para a exigência de que a remuneração dos profissionais da educação básica em efetivo exercício deverá absorver não menos de 70% daqueles valores, e ao conjunto de outras despesas, para as quais pode ser direcionado o percentual remanescente de até 30% do Fundeb.

E do art. 4º da EC 108 resulta clara e inequívoca a intenção do Congresso Nacional de que as alterações promovidas na Constituição, no tocante ao MDE e ao Fundeb, sejam efetivadas ainda no ano de 2021, num contexto de pandemia do coronavírus, caso contrário o Parlamento teria postergado os efeitos financeiros decorrentes da aplicação da EC 108 para 1º de janeiro de 2022 ou após a superação do estado de calamidade pública.

Em virtude desse novo cenário constitucional que torna impositiva a alteração da metodologia de cálculo das despesas com MDE, com forte impacto nas contas públicas estaduais, o Estado de Santa Catarina terá que aumentar significativamente os gastos com MDE já a partir do corrente ano de 2021, sob pena de inviabilizar-se o atingimento do percentual constitucional mínimo de gastos em MDE.

A proposta de emenda constitucional ora em análise deve, pois, ser compreendida como

Assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

uma medida necessária, de esforço conjunto dos Poderes Executivo e Legislativo, de imediata e significativa ampliação do volume recursos destinados ao pagamento dos profissionais de ensino e da educação básica em efetivo exercício, como medida de valorização do profissional da educação, a fim de adequar-se à nova ordem constitucional atinente à educação instituída pela EC 108/2020.

3. Da instituição da remuneração mínima estadual

O texto acrescido do art. 162 da Constituição do Estado estabelece remuneração mínima aos profissionais da educação básica pública estadual, *verbis*:

> Art. 1º O art. 162 da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art. 162 [...]
> [...]
> VIII-A - garantia de remuneração mínima aos integrantes da carreira do magistério público estadual, na forma da lei."

Infere-se da minuta a proposta de um mínimo remuneratório global a tais profissionais, a englobar todas as parcelas remuneratórias, e não somente o vencimento básico.

Conforme define o art. 81 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina (Lei n. 6.745/08), remuneração é a retribuição mensal paga ao funcionário pelo exercício do cargo, correspondente ao vencimento e vantagens pecuniárias. Nos termos do art. 83, as vantagens pecuniárias são acréscimos ao vencimento constituídos em caráter definitivo, a título de adicional, ou em caráter transitório ou eventual, a título de gratificação. Já o vencimento é a expressão pecuniária do cargo, consoante nível próprio, fixado em lei (art. 83).

Tais conceitos foram reproduzidos pelos arts. 71 a 74 do Estatuto do Magistério Público do Estado de Santa Catarina (Lei n. 6.844/86).

Pelo § 1º do art. 5º da proposta, ficam excluídas do somatório de que trata o inciso II do *caput* deste artigo as seguintes vantagens de caráter transitório: I – retribuição financeira transitória pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento; II – retribuição financeira transitória pela participação em grupos de trabalho ou estudo, em comissões legais e em órgãos de deliberação coletiva, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei nº 6.745, de 1985; III – gratificação por aula complementar de que trata o art. 29 da Lei Complementar nº 668, de 2015; IV – gratificação pelo exercício de direção de unidade escolar de que trata o art. 30 da Lei Complementar nº 668, de 2015; e IV – gratificação pelo exercício de assessoria de direção de unidade escolar de que trata o art. 31 da Lei Complementar nº 668, de 2015.

Trata-se de figura distinta, destarte, do piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, instituído pela Lei n. 11.738/2008, a qual regulamentou a alínea "e" do inciso III do caput do art. 60 do ADCT. De acordo com o art. 2º, § 1º, dessa Lei, tal piso salarial profissional nacional consiste no "valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais".

O piso salarial nacional diz respeito, portanto, apenas ao vencimento básico, e não à remuneração global, conforme, aliás, decidido pelo STF na ADI 4167, cuja ementa foi assim redigida:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E

Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

> REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. **CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL.** RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, CAPUT, II E III E 8º, TODOS DA LEI 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO. 1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008). 2. É constitucional a norma geral federal que fixou o **piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global.** Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador. 3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008. (ADI 4167, Rel. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, DJe-162 DIVULG 23-08-2011 PUBLIC 24-08-2011 EMENT VOL-02572-01 PP-00035 RTJ VOL-00220-01 PP-00158 RJTJRS v. 46, n. 282, 2011, p. 29-83) (grifou-se)

Em sintonia com os arts. 205 e seguintes da CRFB, preceitua o art. 161 da Constituição do Estado de Santa Catarina (CESC) que a educação, direito de todos, dever do Estado e da família, será promovida e inspirada nos ideais da igualdade, da liberdade, da solidariedade humana, do bem-estar social e da democracia, visando ao pleno exercício da cidadania.

Consoante explicita o art. 162 da Carta Estadual, o ensino será ministrado com base, entre outros, nos princípios da *garantia do padrão de qualidade* (inciso VII) e da *valorização dos profissionais de ensino*, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos (inciso VIII).

Para tanto, o art. 167, em simetria com o disposto no art. 212 da Constituição Federal, estabelece que o Estado aplicará anualmente vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento de seu sistema de ensino.

O art. 70 da LDB traz o rol de despesas consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), assim entendidas as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, entre elas a remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação.

A Emenda Constitucional n. 108, de 2020, que alterou a Constituição Federal para dispor sobre o MDE e o Fundeb, inseriu o § 7º ao art. 212 vedando, doravante, o uso dos recursos referidos no *caput* para pagamento de aposentadorias e de pensões.

A EC n. 108/2020, introduziu, também, o art. 212-A, pelo qual prescreve que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e *à remuneração condigna de seus profissionais*, respeitadas as disposições contidas nos incisos I a XIII, entre elas a de que *proporção não inferior a 70% (setenta por cento) de cada fundo* referido no inciso I do *caput* deste artigo, excluídos os recursos de que trata a alínea "c" do inciso V do *caput* deste artigo, *será destinada ao pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício,* observado, em relação aos recursos previstos na alínea "b" do inciso V do *caput* deste artigo, o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) para despesas de capital.

Nessa tessitura, pode-se depreender a criação de um especial regime constitucional

Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

relativo à valorização dos profissionais da educação básica, que engloba os arts. 205, V, e 212 da Constituição Federal e foi reforçado após a EC 108/2020, a qual, além de inserir no corpo da Constituição a expressa vedação ao cômputo de gastos com inativos no percentual de aplicação em MDE, incluiu o art. 212-A, trazendo também para o bojo das disposições permanentes da Magna Carta o dever de remuneração condigna dos profissionais da educação, a ser concretizado com a obrigação explícita de os entes destinarem não menos de 70% dos recursos do Fundeb a tal desiderato (percentual que, até 2020, era de 60%, consoante art. 22 da Lei n. 11.494/2007, que regulamentava o antigo Fundeb, revogada pela Lei n. 14.113/2020).

Nesse norte, independentemente da existência de um piso salarial profissional nacional (art. 212-A, XII), relativo ao vencimento básico, a proposição ora examinada almeja estabelecer, mais que isso, a garantia de uma remuneração mínima para os profissionais da educação, a ser regulamentada por lei específica, com a finalidade de cumprir integralmente a EC 108/2020 e dar concretude ao princípio da valorização dos profissionais de ensino e majorar a destinação de recursos à remuneração condigna desses profissionais.

A garantia constitucional de uma remuneração mínima, para além da valorização dos profissionais da educação mediante remuneração condigna certamente contribuirá para a concretização do princípio constitucional da garantia do padrão de qualidade do ensino na educação básica (art. 205, VII), na medida em que evitará a evasão de meritosos e preparados profissionais da carreira do magistério público estadual, atraindo cada vez melhores quadros nos futuros concursos e seleções.

4. Das disposições transitórias

Em razão da vigência da EC 108 a partir de 2021, consta da minuta que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado (ADCT-CESC) será acrescido do art. 58, estabelecendo que, em decorrência do art. 212 da Constituição Federal e do art. 167 da Constituição do Estado, a partir do exercício de 2021, a remuneração mínima de que trata o inciso VIII-A do *caput* do art. 162 da Constituição do Estado fica definida como medida de valorização do profissional da educação, sendo garantida ao integrante da carreira do magistério público estadual, tendo o seu valor definido em lei específica, observadas as seguintes condições: I – a base de cálculo da remuneração do integrante da carreira do magistério público estadual, para fins de verificação do alcance da remuneração mínima garantida, engloba o somatório das espécies remuneratórias percebidas pelo servidor, conforme discriminado em lei específica; e II – será devida parcela de complemento remuneratório ao integrante da carreira do magistério público estadual cuja base de cálculo mencionada no inciso I deste artigo não alcance o valor da remuneração mínima garantida, observada a jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais." (NR)

De acordo com os arts. 3º e 4º da minuta de PEC, até que seja editada a lei de que trata o art. 58 do ADCT da Constituição do Estado, fica a remuneração mínima garantida regulamentada na forma do disposto nesta Emenda Constitucional, de modo que o valor da remuneração mínima devida aos integrantes da carreira do magistério público estadual fica fixado, a contar de 1º de fevereiro de 2021, nos seguintes valores: I – R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) para o nível I da estrutura de carreira do Quadro de Pessoal do Magistério Público Estadual de que trata o inciso I do art. 4º da Lei Complementar nº 668, de 28 de dezembro de 2015; II – R$ 4.000,00 (quatro mil reais) para o nível II da estrutura de carreira do Quadro de Pessoal do Magistério Público Estadual de que trata o inciso II do art. 4º da Lei Complementar nº 668, de 2015; e III – R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para os níveis III a VI da estrutura de carreira do Quadro de Pessoal do Magistério Público Estadual de que tratam os incisos III a VI do art. 4º da Lei Complementar nº 668, de 2015.

Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26. ...nado digitalmente.

Os valores estabelecidos neste artigo correspondem à jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais, devendo ser observada a proporcionalidade em relação às jornadas de trabalho de menor duração.

Já o art. 5º prescreve que, para fins de pagamento da remuneração mínima de que trata o art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, o integrante do Quadro de Pessoal de que trata a Lei Complementar nº 668, de 2015, fará jus a uma parcela de complemento remuneratório equivalente à eventual diferença positiva existente entre: I – o valor fixado no art. 4º desta Emenda Constitucional, como minuendo; e II – o somatório de todas as espécies remuneratórias percebidas pelo servidor, como subtraendo.

Por fim, segundo a disposição do art. 6º, aplicam-se as disposições desta Emenda Constitucional aos inativos e aos respectivos pensionistas com direito à paridade em seus benefícios, nos termos da Constituição da República, bem como ao pessoal admitido em caráter temporário de que trata a Lei nº 16.861/2015.

Pela exposição de motivos, "o termo inicial considerado para o início da vigência da presente proposta se justifica com a retomada presencial iniciada em 18 de fevereiro de 2021, baseada em três pilares: estrutura física, de pessoal e equipamentos de proteção individual", vindo a garantir com eficiência a prestação desse serviço público essencial à efetividade do direito social à educação.

5. Da superveniência da EC 108/2020 à Lei Complementar n. 173/2020

Cumpre, em razão dessas disposições transitórias constantes da minuta de PEC, proceder à análise da legalidade e juridicidade da proposta de emenda constitucional diante das proibições da Lei Complementar n. 173/2020 relativas a gastos com pessoal até dezembro de 2021.

A Lei Complementar n. 173/2020, a qual estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), destinou recursos da União aos Estados, impondo, em contrapartida, até 31 dezembro de 2021, uma série de proibições e restrições ao aumento de gastos com o pagamento de pessoal, como concessão, a qualquer título, da vantagem, aumento, reajuste ou adequação da remuneração dos servidores (art. 8º, I), alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa (art. 8º, III) e criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório (art. 8º, VI).

Dessa última vedação só foram excluídos, por disposição expressa constante do § 5º, os profissionais de saúde e de assistência social, desde que a vantagem esteja relacionada a medidas de combate à calamidade pública referida no *caput* do art. 8º cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

O art. 8º da LC proíbe, ainda, (VII) criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º e (VIII) adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do *caput* do art 7º da CRFB. A exceção fica por conta das medidas de combate à calamidade pública cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração. Além disso, o disposto no inciso VII não se aplica em caso de prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, observado que: I - em se tratando de despesa obrigatória de caráter continuado, assim compreendida aquela que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por período superior a 2 (dois) exercícios, as medidas de compensação deverão ser permanentes; e II - não implementada a prévia compensação, a lei ou o ato será ineficaz enquanto não regularizado o vício, sem prejuízo de eventual ação direta de inconstitucionalidade.

O STF reconheceu a constitucionalidade do art. 8º da Lei Complementar n. 173/2020, que proíbe os entes federados de conceder aumento ou reajustes a servidores públicos até 31 de dezembro de 2021. Foi relator o ministro Alexandre de Moraes, tendo a Corte julgado

Documento assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6447, 6450, 6525 e 6442, ajuizadas por partidos políticos.

Menciona-se, também a tese fixada no Tema 1137, em sede de recurso extraordinário representativo de controvérsia de repercussão geral, no qual a Corte Suprema, reafirmando sua jurisprudência dominante sobre a matéria, decidiu pela constitucionalidade do inciso IX do art. 8º da LC 713/2020. Confira-se:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. PROGRAMA FEDERATIVO DE ENFRENTAMENTO AO CORONAVÍRUS SARS-COV-2 (COVID-19). SERVIDOR PÚBLICO. CONTENÇÃO DE DESPESAS COM PESSOAL. ARTIGO 8º, INCISO IX, DA LEI COMPLEMENTAR 173/2020. CONSTITUCIONALIDADE. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.442, 6.447, 6.450 E 6.525. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL DOTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. [...]
> Destarte, para os fins da repercussão geral, proponho a seguinte tese:
> "É constitucional o artigo 8º da Lei Complementar 173/2020, editado no âmbito do Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19). "
> [...]
> (RE 1311742 RG, Rel. MIN. PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-100 DIVULG 25-05-2021 PUBLIC 26-05-2021)

Em razão do entendimento firmado pelo STF, o TCE/SC reviu sua posição externada nos Prejulgados 2259 e 2269, os quais enunciavam que a LC 173/2021 "não restringiu a possibilidade dos entes federados concederem a revisão geral anual, uma vez que se trata de direito constitucional assegurado nos termos do art. 37, X, da Constituição Federal" e que, observada a situação financeira e orçamentária do ente, a concessão da revisão deve estar "condicionada ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA". Editou-se, então, o Prejulgado 2274, segundo o qual "as vedações estabelecidas no inciso I do art. 8º da Lei Complementar n. 173/2020, vigentes até 31 de dezembro de 2021, contemplam a revisão geral anual de que trata o art. 37, inciso X, da Constituição Federal".

Verifica-se, da leitura dos acórdãos do STF, que os fundamentos jurídicos das supracitadas ações diretas foram, essencialmente, dois: 1) a norma, ao tratar do regime jurídico de servidores públicos, não poderia ser de iniciativa parlamentar, mas do presidente da República, o que implicaria inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa; e 2) ofenderia o pacto federativo, a separação de poderes e a autonomia dos entes federados, caracterizando inconstitucionalidade material; além de argumentos outros em torno das garantias constitucionais da irredutibilidade de remuneração e do direito adquirido.

Entretanto, não é na (in)constitucionalidade, em si, da norma inserida no art. 8º da LC 173 que se situa a questão ora analisada, mas na sua não incidência especificamente aos servidores da educação por força da superveniência de norma constitucional inserida pela EC 108/2020, a gerar efeitos a partir de 2021, como adiante será exposto.

Cumpre, de todo modo, o exame acurado dos motivos expendidos pelo Ministro relator por ocasião do julgamento dessas ações de controle concentrado.

Ao afastar a tese de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, entendeu-se que os dispositivos questionados não versam sobre o regime jurídico dos servidores públicos, mas sobre a organização financeira dos entes federativos, ao fixar *medidas de prudência fiscal para o enfrentamento dos efeitos econômicos negativos causados pela pandemia aos cofres públicos*. Por se tratar de normas sobre finanças públicas, há competência comum de iniciativa legislativa (arts. 23, parágrafo único, e 24, inciso I, da CRFB). Retira-se da ementa:

Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

> [...] MÉRITO. ARTS. 2º, § 6º; 7º E 8º. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DAS NORMAS. NORMAS GERAIS DE DIREITO FINANCEIRO E RESPONSABILIDADE FISCAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO [...]
> Ausência de vício de iniciativa legislativa, uma vez que as normas versadas na lei não dizem respeito ao regime jurídico dos servidores públicos, mas sim sobre a organização financeira dos entes federativos.

O fundamento da afronta ao pacto federativo, por sua vez, foi repelido com base na premissa de *a situação fiscal vivenciada* pelos estados e municípios brasileiros, especialmente durante a pandemia, demanda maior atenção em relação aos gastos públicos. Destarte, ao contemplar medidas destinadas a impedir aumento de despesas, a lei permite o *direcionamento de esforços para políticas públicas de combate à Covid-19*. Sobre essa questão, a ementa do julgado é esclarecedora:

> [...] CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL PRINCÍPIOS FEDERATIVO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PADRÕES DE PRUDÊNCIA FISCAL. MECANISMOS DE SOLIDARIEDADE FEDERATIVA FISCAL. *ENFRENTAMENTO DE CRISE* SANITÁRIA E *FISCAL DECORRENTES DA PANDEMIA*. COMPETÊNCIA BASEADA NO ART. 169 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
> [...]
> Nesse sentido, a norma impugnada traz medidas de contenção de gastos com funcionalismo, destinadas a impedir novos dispêndios, congelando-se o crescimento vegetativo dos existentes, permitindo, assim, o direcionamento de esforços para políticas públicas de enfrentamento da calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19.
> [...]
> 8. As providências estabelecidas nos arts. 7º e 8º da LC 173/2020 versam sobre normas de direito financeiro, cujo objetivo é permitir que os entes federados empreguem *esforços orçamentários para o enfrentamento da pandemia* e impedir o aumento de despesas ao fim do mandato do gestor público, pelo que se mostra compatível com o art. 169 da Constituição Federal. Não há redução do valor da remuneração dos servidores públicos, uma vez que apenas proibiu-se, temporariamente, o aumento de despesas com pessoal para possibilitar que os entes federados enfrentem as crises decorrentes da pandemia de COVID-19, *buscando sempre a manutenção do equilíbrio fiscal.*

A justificativa da edição da Lei em tela foi de que a COVID-19 representou uma condição de consequências gravíssimas, a afetar drasticamente a execução orçamentária anteriormente planejada pelos entes federativos, e a exigir das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, mediante a destinação prioritária de recursos financeiros e o direcionamento de esforços orçamentários para a saúde pública, no sentido de minimizar os reflexos nefastos do estado de calamidade pública.

A finalidade da norma foi, com base na "situação fiscal vivenciada pelos Estados e Municípios brasileiros, sobretudo nessa conjuntura de pandemia, de contemplar "medidas de prudência fiscal para o enfrentamento dos efeitos econômicos negativos causados pela pandemia aos cofres públicos", e evitar situações em que "decisões a respeito dos gastos públicos de um ente local são tomadas na esperança de que as suas consequências econômico-financeiras sejam posteriormente absorvidas por um nível central de governo". Dito de outro modo, visou prevenir que "a irresponsabilidade fiscal do ente federativo, por incompetência ou populismo, seja sustentada e compensada pela União, em detrimento dos demais entes federativos".

Dessa forma, "o art. 8º da LC 173/2020 se revela como um importante mecanismo que

...nado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

justifica atitudes tendentes a alcançar o equilíbrio fiscal". Enfim, "traduzem verdadeira alternativa tendente, a um só tempo, a alcançar o equilíbrio fiscal e combater a crise gerada pela pandemia". Esse é o sentido das normas em questão, conforme o voto condutor dos acórdãos.

Em suma, extrai-se de toda a motivação do julgamento que a teleologia da Lei consiste na garantia da autossuficiência financeira e operacional dos entes federativos, devendo estes, nas palavras do Ministro relator, "*diligenciar em busca de uma maior arrecadação dentro do seu próprio orçamento*".

É induvidoso, pois, que o objeto da norma foi garantir a concentração de esforços orçamentários-financeiros no combate à calamidade pública decorrente da pandemia do coronavírus, sob a premissa fática da ocorrência de crise fiscal a ser vivenciada pelos Estados e Municípios ante os efeitos econômicos negativos causados pela pandemia, contexto a exigir responsabilidade fiscal.

No que toca à tese de que o art. 8º da LC 173 extrapolaria a exigência do art. 169 da Constituição, que se refere ao limite de despesas com pessoal ativo e inativo dos três níveis de governo a ser estabelecido em lei complementar, a argumentação das ADIs foi igualmente repelida pela Alta Corte, que salientou a importância da "geração de superávits primários e eliminação do déficit público". Registrou o relator, de início, que, no intuito de evitar que os gastos dessa natureza fossem perenemente patrocinados por dívidas, o Constituinte derivado positivou a regra do art. 167, X, que veda a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação da receita, pelos Governos Federal e Estadual e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Depreende-se que, na visão do STF, o art. 8º visa a *impedir o crescimento de gasto público* com despesa de pessoal, a fim de *viabilizar o combate à pandemia* causada pelo coronavírus (e, no âmbito municipal, impedir o aumento de despesas ao fim do mandato do gestor público no ano de 2020).

A motivação do *decisum* é esclarecedora quanto ao objetivo do art. 169 e da Lei de Responsabilidade Fiscal, qual seja, de obstar os processos de endividamento crescentes dos Estados que afetam a realidade de uma federação como um todo, ante o perigo de absorção das dívidas locais pela União e por toda a federação.

Todavia, não é esse o intento da proposta de emenda constitucional em exame, na medida em que mira, precisamente, a responsabilidade político-financeira do Ente estadual no cumprimento das supervenientes obrigações constitucionais impostas pelos arts. 212 e 212-A, especialmente o inciso XI, nos termos da EC 108/2020, destinadas a efetivar o direito social fundamental à educação assegurado nos arts. 6º e 205 da Constituição, um dos principais direitos fundamentais que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III), e de importância ímpar para atingimento dos objetivos fundamentais traçados pelo art. 3º do Pacto Constitucional.

A não-observância de aplicação do percentual mínimo das receitas com MDE traria consequências severas ao Estado de Santa Catarina, entre elas a rejeição das contas governamentais anuais, a impossibilidade de celebração de convênios, contratos de repasse e termos de parceria com a Administração Federal e a suspensão dos repasses de verbas federais, que acarreta comprometimento da execução das políticas públicas.

É o que estabelece a Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar n. 101/2000:

> Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.
>
> § 1º **São exigências para a realização de transferência voluntária**, além das

Assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

> estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:
> [...]
> IV - **comprovação, por parte do beneficiário, de**:
> [...]
> b) **cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação** e à saúde;
> [...]

O descumprimento desse preceito constitucional é considerado tão grave pelo Poder Constituinte que desafia inclusive a drástica e excepcional intervenção federal, conforme disposição contida no art. 34 da CRFB, *verbis*:

> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
> [...]
> VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
> [...]
> e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Da mesma forma, dispõe o art. 35, III, da CRFB, que o Estado intervirá em seus Municípios quando não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Realça Juliana Paniago Alcantara que, na hipótese de descumprimento das regulamentações relacionadas ao cumprimento dos valores mínimos exigidos na aplicação referente aos Direitos Sociais à Saúde e Educação, considera-se agredido um dos *princípios sensíveis* estabelecidos pela *lex fundamentalis*, assim chamados, pois ensejam a mais grave sanção que se pode impor a um partícipe do condomínio federativo brasileiro: a intervenção, ou seja, ato em que o ente tem suspenso temporariamente sua autonomia organizacional (administrativa e financeira) até que seja restabelecido *status quo ante*. E conclui que a "saúde, consubstanciada na materialização do direito à vida digna e garantia das necessidades vitais básicas do indivíduo, a educação como pilares indispensáveis para a manutenção e desenvolvimento da sociedade, foram consideradas valores sensíveis para manutenção da existência de uma organização social pacífica e justa" (in: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/os-direitos-sociais-a-saude-e-educacao-no-brasil-analise-do-instituto-da-intervencao).

Ocorre que as disposições aprovadas pelo Congresso Nacional para serem observadas no ano corrente de 2021, quais sejam, a LC 173/2020 e a posterior EC 108/2020, mostram-se em inequívoco descompasso, o qual não foi objeto ou causa de pedir de nenhuma das ADIs ou outras ações constitucionais até agora julgadas pelo STF, como acima demonstrado,

Tal cenário acarreta aos Estados extrema dificuldade em dar fiel cumprimento ao ordenamento jurídico como um todo, ante o dilema criado, entre cumprir norma de cariz constitucional, que impõe dever do Estado voltado à efetivação do direito fundamental à educação básica, desatendendo à norma infraconstitucional temporária de índole financeira, e dar aplicação plena, fazendo-a incidir mesmo na área da educação, a LC 173/2020, descumprindo, porém, a EC 108/2020.

O Poder Legislativo federal criou verdadeiro conflito normativo ao promulgar a EC 108/2020 e exigir sua aplicação já em 2021, quando ainda em vigor os efeitos da LC 173, limitadora de gastos com pessoal em geral.

Por conseguinte, frente a um impasse dessa natureza, para o qual não existe solução dentro dos limites e possibilidades de gestão administrativa a cargo do Poder Executivo, e que se

Este documento foi assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

mostra ainda mais dramático em relação ao Estado de Santa Catarina, o qual vem registrando, conforme documentação acostada aos autos, aumento de arrecadação no ano corrente, afigura-se inarredável a necessária ponderação dos valores da ordem jurídica em jogo, com a consequente interpretação sistemática e compreensão do conflituoso quadro normativo à luz dos princípios da supremacia e da máxima efetividade da Constituição.

Com efeito, a superveniência da EC 108/2020 é, efetivamente, fator de *distinguinsh* em relação à causa de pedir das ADIs já julgadas pelo STF a respeito da constitucionalidade do art. 8º da LC 173/2020, permitindo sustentar-se, não a sua inconstitucionalidade, mas a inaplicabilidade das proibições nela contidas aos servidores da educação por força da necessidade de cumprimento imediato das normas constitucionais que instituíram o novo Fundeb.

É imperioso reconhecer, portanto, a não incidência do art. 8º da LC 173/2020 aos profissionais da educação básica, sobressaindo, na interpretação do seu alcance, o princípio da supremacia da Constituição e a hierarquia das normas, pelo qual as normas de matriz infraconstitucional devem ser interpretadas e aplicadas à luz do texto constitucional vigente.

Pode-se adicionar outra razão para tal delimitação do alcance da lei complementar. É que ela contém proibição de concessão de aumento remuneratório *genérica* a todos os servidores públicos até dezembro de 2021, enquanto a Constituição, com a reforma promovida pela EC 108/2020, *além de ser superior e posterior, trouxe determinação específica,* relativamente à remuneração dos profissionais da educação básica, a ser observada a partir de 2021.

Enfatiza-se que, juntamente com os recursos mínimos as serem destinados a ações e serviços públicos de Saúde (art. 198, § 2º), os recursos mínimos a ser destinados à educação são recursos de *aplicação vinculada* por mandamento constitucional (art. 212), figurando ambos como exceção à vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa (art. 167, IV, todos da CRFB). A aplicação constitucionalmente vinculada de recursos mínimos na educação, assim como na saúde, é corroborada pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em seu art. 25, § 1º, IV, "b".

Tanto é que o inciso II do art. 167-F, introduzido pela EC 109/2021, e segundo o qual "o superávit financeiro apurado em 31 de dezembro do ano imediatamente anterior ao reconhecimento [da calamidade pública] pode ser destinado *à cobertura de despesas oriundas das medidas de combate à calamidade pública* de âmbito nacional e ao pagamento da dívida pública", não se aplica às fontes de recursos decorrentes das vinculações estabelecidas pelos arts. 195, 198, 201, *212, 212-A* e 239 da Constituição, conforme expressa disposição do II do § 2º do mesmo art. 167-F incluído pela EC 109/2020.

Logo, os recursos que a proposta em tela destina à remuneração de professores são de aplicação vinculada, que já seriam destinados à educação por mandamento constitucional.

Inclusive, vale frisar que as obrigações constitucionais e legais dos entes federativos não podem sequer ser contingenciadas (*ex vi* do art. 9º, § 2º, da LRF) ou seja, não seriam passíveis de limitação de empenho mesmo que a realização da receita não comportasse o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal, nos termos do art. 9º da LRF, que busca compatibilizar receitas e despesas para manutenção do equilíbrio fiscal. Em outras palavras, as obrigações diretamente vinculadas aos direitos e objetivos fundamentais da República (previdência e assistência social, seguro-desemprego), mínimos constitucionais de saúde e educação, despesas de pessoal e encargos sociais, e precatórios, insertos na Constituição, prevaleceriam sobre o estrito equilíbrio fiscal buscado pela LRF.

Sublinha Facury Scaff sobre a proteção constitucional à saúde e à educação:

> A *vinculação financeira de receitas às despesas com educação* é uma exceção ao *princípio da liberdade orçamentária do legislador* (artigo 167, IV, CF) e é uma cláusula pétrea constitucional (artigo 60, § 4º, IV), pois *quem impõe a obrigação deve também dar os meios*, e, em face da importância da educação para o país, o constituinte estabeleceu fontes perenes e protegidas para seu financiamento. Considere-se que a *vinculação financeira das verbas para educação* é um

Av. Prefeito Osmar Cunha, 220, Ed. J.J. Cupertino, Centro - 88015-100 – Florianópolis-SC – Fone: (48) 3664-7600

...nado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

> patamar *mínimo* de financiamento obrigatório, podendo o Poder Legislativo, de cada nível federativo, estabelecer valores superiores para essa espécie de investimento em pessoas, ou, como se diz nos dias atuais, em *capital humano.* [...] Ocorre apenas que os gastos com educação e saúde são duplamente protegidos, pois possuem fonte própria de financiamento *mínimo* estabelecida na Constituição e, como tal, estão inseridos na proteção das *cláusulas pétreas,* por força do artigo 60, parágrafo 4º, IV, CF. (*in:* https://www.conjur.com.br/2019-mai-14/contas-vista-eproibido-proibir-notas-bloqueio-verbas-educacao).

E a EC n. 108/2020, reitera-se, além de vedar o uso dos recursos do MED para pagamento de inativos, impôs a majoração imediata do uso dos recursos do Fundeb com o pagamento da remuneração dos profissionais da educação básica em efetivo exercício na rede pública, passando de 60% (até então exigido pelo art. 22 da Lei n. 11.494/2007) para 70% (setenta por cento), conforme prescreve o novel art. 212-A, XI, da Constituição.

Desse modo, entre uma interpretação tendente à fiel observância de uma imposição específica e superveniente, de *status* constitucional, endereçada à efetividade de um direito social fundamental, e, de outra ponta, uma exegese que privilegie a observância, de um modo geral e assistemático, de uma obrigação decorrente de lei infraconstitucional que lhe é anterior, deve prevalecer, com todas as forças, aquela que reverencie a de maior hierarquia na estrutura escalonada ou pirâmide das normas, conforme clássica noção kelseniana.

Em outras palavras, não é a LC 173 em si injurídica, mas apenas e tão-somente a compreensão da incidência do seu art. 8º especificamente aos profissionais da educação básica que deve ser interpretada como inconstitucional diante da superveniência da EC 108/2020, compatibilizando-se, assim, a interpretação da lei complementar anterior com a alteração posteriormente promovida na Constituição.

Com isso, conserva-se a validade da norma infraconstitucional, permanecendo íntegro o texto legal, mas se delimita o seu sentido e alcance de sorte a excluir apenas e tão-somente linha interpretativa que contravenha a Constituição tal qual configurada após o multicitado processo de emenda.

A interpretação, como assinala Luís Roberto Barroso, é "*atividade prática de revelar* o conteúdo, o significado *e o alcance de uma norma*, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto" (*Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 103. Grifou-se). A aplicação da norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato. O hoje ministro Barroso acrescenta que a interpretação constitucional exige, ainda, a especificação de um outro conceito relevante, que é o de *construção*, a qual significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados; são conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma (p. 104).

Discorrendo a interpretação e compreensão do direito, Eros Roberto Grau anota que "*a norma* não é apenas o *texto normativo* nela transformado, pois resulta do conúbio entre o *texto* e a *realidade*". E, com apoio na lição de Pontes de Miranda, faz a advertência de que pouco importa, ou nada importa, que a letra seja *clara*, que a lei seja *clara*, porque a lei pode ser clara e obscuro o direito que, diante dela, se deve aplicar. "A clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada. Isso é de uma clareza sem par, embora poucos o percebam".

Prossegue o ex-ministro do STF:

> Por que se impõe a interpretação do direito?
>
> Praticamos a interpretação do direito não – ou não apenas por isso – porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas *porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação*. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo,

Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

> não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também *compreendermos (=interpretarmos) a realidade e os atos aos quais o direito há de ser aplicado.*
>
> O intérprete procede à interpretação dos textos normativos no quadro da realidade, *tal e qual a realidade é no momento da interpretação dos textos e dos fatos.* Este ponto desejo enfatizar: o intérprete apreende o significado dos textos no quadro da realidade do momento no qual as normas serão aplicadas. Daí que a realidade do momento no qual os acontecimentos que compõe o caso se apresentam pesará de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso.[...]
>
> Gadamer [1991, 612] afirma que *a tarefa da hermenêutica jurídica não é compreender as proposições jurídicas vigentes, mas encontrar direito, isto é, interpretar as leis de modo a que a ordem jurídica cubra inteiramente a realidade social.* [...] (*A interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 28-33) (grifou-se)

Luís Roberto Barroso, ao tratar dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação constitucional, uma vez que sínteses dos valores mais relevantes de uma ordem jurídica, assevera que o *princípio da supremacia da Constituição*, superioridade jurídica ou "superlegalidade", que tem seu fundamento associado à distinção entre poder constituinte e poder constituído e entre Constituições rígidas e flexíveis, *"*é a nota mais essencial do processo de interpretação*"*. (obra citada, p. 107; 149-171). A Constituição, como "estatuto jurídico do político", na expressão de J.J.G. Canotilho, está no ápice do ordenamento jurídico. E não se pode interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional, ainda que se trate de lei complementar, mas, ao contrário, é a lei infraconstitucional que deve ser interpretada e aplicada em face das normas constitucionais.

Acerca dos métodos de interpretação, Luís Roberto Barroso afirma que o sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo, sendo fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular. (obra citada, p. 135). Essa ideia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o *princípio da unidade da Constituição*, o qual "impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas". (obra citada, p. 136 e 192) E arremata que, "além dessa unidade interna, *a Constituição é responsável pela unidade externa do sistema*" (obra citada, p. 136).

Eros Grau vai dizer que a interpretação em sentido estrito desenrola-se em três contextos distintos, o linguístico, o funcional e o sistêmico, assim definido:

> No segundo – *contexto sistêmico* –, as dúvidas que a reclama manifestam-se quando o significado *prima facie* de um texto normativo resulta inconsistente ou incoerente em presença de outro ou outros textos normativos do sistema jurídico no qual o primeiro se encontra inserido. A *interpretação em sentido estrito*, então, se impõe, seja porque (i), os textos normativos de um sistema jurídico relacionam-se substantiva e formalmente, (ii) seja não apenas porque há hierarquia entre eles, mas também porque assumem formas e modalidades diversas (normas gerais e normas especiais; normas primárias e secundárias; normas de conduta, normas de organização e normas-objetivo), ou ainda, (iii) porque não se presume contradição entre eles (consistência do sistema) e, ademais, (iv) a harmonia entre eles é pressuposta (coerência do sistema). (obra citada, p. 36) (grifou-se)

Como observa Eros Grau, não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços, posto que não é um mero agregado de normas, devendo seu conjunto de princípios ser ponderado na sua globalidade. "A interpretação do direito é interpretação do *direito*, e não de textos isolados,

Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

desprendidos do *direito*. Não se interpreta *textos de direito*, isoladamente, mas sim *o direito* no seu todo" (*A Interpretação/Aplicação do Direito e os princípios*. 8 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. p. 86), e assim também a Constituição (cf. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 190; e voto do Min. Eros Grau na ADI 3685, conferindo interpretação conforme a Constituição ao artigo 2º da EC 52/06, para definir que o seu artigo 1º - a nova redação do § 1º do artigo 17 - não se aplicava às eleições de 2006).

A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição, pontua o ex-ministro do STF, reafirmando que a interpretação do direito desenrola-se no âmbito de três distintos contextos. No *linguístico*, no qual é discernida semântica dos enunciados normativos. Mas *o significado normativo* de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no *contexto do sistema*, para após afirmar-se, plenamente, no *contexto funcional* (obra citada, 2017, p. 86-7).

Sobre a coerência do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio aponta a unidade sistemática do ordenamento jurídico. Para o jurista italiano, sistema é uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais exista uma certa ordem, e, para que se possa falar em ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em um relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Assim, a ideia de que um ordenamento constitui um sistema está diretamente ligada à premissa de que as normas que o compõe estão num relacionamento coerente entre si. (*Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 71). Logo, assim se refere à interpretação sistemática:

> Aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito privado, o Direito penal) constituam uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que se deva entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado 'espírito do sistema', mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal. (obra citada, p. 76)

Ainda de acordo com o jurista italiano, "diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis",* isto é, *o Direito não tolera antinomias* (obra citada, p. 80-81), sendo as regras fundamentais para solução de antinomias os critérios cronológico (*lex posterior derogat priori*); hierárquico (*lex superiori derogat inferiori*), e da especialidade (*lex especial derogat generali*). "A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. [...] Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu)" (obra citada, p. 96).

A par do princípio da supremacia da Constituição na hierarquia das normas, e da necessidade de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, é relevante trazer à baila o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Ressaltam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior que a norma contida na Constituição é *autolegitimante*, à medida que serve como polo irradiador da legitimação do interior do sistema jurídico (Curso de Direito Constitucional, p. 49). E nesse contexto se insere o *princípio interpretativo da máxima efetividade da Constituição*, segundo o qual lhe deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda. Segundo J. J. G. Canotilho, "é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)" (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 6. ed. p. 227, *apud*

Documento assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

Pedro Lenza. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 179).

Por conseguinte, na solução de problemas jurídicos, deve-se conferir máxima efetividade às normas constitucionais, devendo prevalecer as soluções hermenêuticas que contribuam para uma eficácia ótima da Constituição, no dizer de Canotilho.

Tal princípio interpretativo se amolda plenamente ao caso das normas constitucionais que visam a dar efetividade (arts. 212 e 212-A) ao direito social à educação, que, aliás, como direito fundamental inserido no Título II da CRFB, deve ter aplicação imediata (art. 5º, § 1º). Cabe repisar que os recursos que estão sendo destinados à Educação para remuneração de professores são recursos de aplicação vinculada, ou seja, que já seriam destinados à Educação por mandamento constitucional.

Impende registrar, sob outro vértice, embora não se aplique ao caso vertente, a existência da chamada *inconstitucionalidade superveniente*, na acepção moderna, referindo à lei que sofreu um *processo de inconstitucionalização*, significando que uma lei que foi considerada constitucional pelo STF pode, em virtude de mudanças na Constituição, tornar-se incompatível com o mesmo texto constitucional em um novo exame do tema.

Costuma-se citar o voto do Min. Dias Toffoli (redator para o acórdão) na ADI 3937 que mencionou a inconstitucionalidade superveniente, sob a ótica material, da Lei Federal n. 9.055/95 (utilização do amianto crisotila).

Nesta, e também na ADI 3470, o Min. Toffoli consignou que, na doutrina constitucional, admite-se o fenômeno pelo qual uma lei antes reconhecida como constitucional vem a ser considerada incompatível com a Constituição após determinado período de vigência. Esse fenômeno pode ocorrer, basicamente, de duas formas: em razão de mudança no parâmetro de controle, decorrente de alteração formal do texto constitucional ou do sentido da norma constitucional (no último caso, tem-se a chamada mutação constitucional); ou por força de alterações nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica.

Calha transcrever do voto:

> Outrossim, conforme se observa a partir de Marcelo Borges de Mattos Medina, toda legislação é editada tendo-se em conta determinados prognósticos, que podem vir ou não a ser confirmados após um considerável período de vigência da norma. Frustradas as expectativas em relação ao cumprimento desses prognósticos, e atestada sua inaptidão para colaborar com a concretização dos valores constitucionais, cabe reavaliar sua validade. Nas palavras do autor mencionado: "Acontece que, às vezes, mesmo os melhores prognósticos legislativos, em face dos quais determinado estatuto, de início constitucional, tenha sido elaborado, acabam por ser infirmados em virtude da evolução da realidade. E, assim, tempos depois da edição da lei, cumprirá renovar a apreciação dos fatos da vida, a fim de se verificar a validade da medida no contexto social então presente. (…) justificar-se-á o reexame pela permanente necessidade de tornar ótima a efetividade das normas da Constituição, afastando-se, no plano infraconstitucional, quaisquer diplomas que obstem a plena realização desse grave desiderato" (Constituição e Realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 47).

Igualmente, no julgamento da Rcl 4.374/PE, da qual foi relator o Min. Gilmar Mendes, a respeito do benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, em razão da "ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro.

Na situação ora enfrentada, não há que se falar, como já acentuado, da ocorrência do

nado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

processo de sua inconstitucionalização ou inconstitucionalidade superveniente da LC 173/2020. Contudo, as premissas teóricas dessa orientação do STF no sentido de que, com a alteração formal do texto constitucional por meio de uma emenda constitucional a lei anterior torna-se incompatível com a nova redação, vem a corroborar a compreensão no sentido de que a aplicação do art. 8º da LC 173/2020 especificamente aos profissionais da educação, tornou-se injurídica ante o advento – e por força – da EC 108/2020 que regulou o MDE e o novo Fundeb.

Pelo exposto, em face da superveniência da EC 108/2020 à Lei Complementar n. 173/2020, compreende-se pela juridicidade das disposições transitórias previstas na minuta de proposta de emenda constitucional.

Cabe reportar a existência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 791, ajuizada pelo Governador do Estado do Espírito Santo, que postula, não a declaração de inconstitucionalidade do incisos I a V da art. 8º da LC 173/2020, mas a sua adequada interpretação para fins de exclusão, como regra de exceção, de sua eficácia e aplicabilidade para contemplar profissionais da educação básica em efetivo exercício, em cumprimento ao disposto no art. 212-A da CRFB (incluído pela Emenda Constitucional n. 108/2020), permitindo-se a adoção de quaisquer das medidas previstas art. 8º, incisos I a V, da Lei Complementar n. 173/2020 exclusivamente para esse grupo. Na fundamentação da ADPF, salienta-se que "há uma verdadeira encruzilhada normativa a ser enfrentada por Governadores e Prefeitos: ou bem cumprem as normas constitucionais do novo Fundeb, ampliando o gasto público para a "(…) manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais (…)", na forma regulamentada pela Lei n. 14.113/20; ou bem observam as vedações da Lei Complementar n. 173/2020, *especificamente as que proíbem, de um modo geral, o aumento de gasto com pessoal (art. 8º, incisos I a V, da Lei Complementar n. 173/2020)*" . Ressaltou, em síntese, que, caso não afastada a eficácia e a aplicabilidade das vedações do art. 8º, incisos I a VI, da LC 173/2020, resulta seriamente prejudicado, se não faticamente impossibilitado, o cumprimento das normas constitucionais do FUNDEB, atraindo para os gestores públicos todas as consequências decorrentes do não-cumprimento dos limites constitucionais de gasto mínimo com educação.

6. Das peculiaridades do ente federativo

Há que se tomar em consideração, ademais, as peculiaridades de cada ente federativo. Explica-se.

A documentação acostada ao processo administrativo e a exposição conjunta de motivos apresentada pelas Secretaria de Estado da Fazenda, Administração e Educação atestam que:

1) o Estado de Santa Catarina possui recursos financeiros suficientes e necessários ao enfrentamento da pandemia da COVID até o prazo final de vigência das restrições de gastos com pessoal trazidas pela LC 173/2020, ou seja, 31 de dezembro de 2021.

Transcreve-se o seguinte excerto da Exposição de Motivos:

> Para a elaboração da proposta, foram realizados estudos no âmbito das três Pastas que subscrevem a presente Exposição de Motivos, os quais evidenciaram a viabilidade orçamentária e financeira da proposição, sem qualquer prejuízo ao atendimento de demais ações de Governo bem como na prestação de serviços públicos, especialmente em relação à alocação de recursos para o enfrentamento da pandemia do coronavírus.
>
> [...]
>
> Ainda, diante do atual contexto de pandemia do coronavírus, é importante dizer

Documento assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

que as despesas decorrentes desta proposta não afetam os recursos voltados ao enfrentamento da pandemia, tendo em vista que:

a) os recursos que ora estão sendo destinados à Educação em folha de salários de professores, são recursos de aplicação vinculada, ou seja, que já seriam destinados à Educação por mandamento constitucional;

b) na elaboração da Lei Orçamentária Anual para o exercício corrente, houve aporte de 14% (quatorze inteiros por cento) da Receita Líquida de Impostos para ações e serviços de saúde, superior aos 12% (doze inteiros por cento) previstos constitucionalmente, além de aportes extras por *superávit* financeiro apurados diretamente no Fundo Estadual de Saúde e no Fundo Estadual de Apoio aos Hospitais Filantrópicos, Hemosc, Cepon e Hospitais Municipais, cujo saldo atual é superior a R$ 140 milhões de *superávit* verificados nesta data para a utilização nos serviços de Saúde;

c) estão sendo comprovadamente alocados recursos adicionais à Saúde – de acordo com o último RREO, até o segundo bimestre foram empenhados R$ 574 milhões acima do limite mínimo constitucional – aportes estes suportados pelo Tesouro Estadual;

d) em função das ações para a contenção de despesas em áreas diversas da administração pública estadual, somadas à adesão do Estado na prorrogação de parcelas da dívida pública com a União e com bancos nacionais, além de ações e adoção de políticas públicas para retomada econômica e consequente recuperação de arrecadação, desde o último quadrimestre de 2020, o Tesouro do Estado apurou no encerramento de 2020 um *superávit* financeiro de aproximadamente R$ 860 milhões, recursos estes reservados em grande parte para ações de enfrentamento à pandemia de coronavírus que, infelizmente, adentrou o presente exercício.

Quanto ao item "a", adiciona-se que o inciso II do art. 167-F, introduzido pela EC 109/2021, segundo o qual "o superávit financeiro apurado em 31 de dezembro do ano imediatamente anterior ao reconhecimento [da calamidade pública de âmbito nacional] pode ser destinado *à cobertura de despesas oriundas das medidas de combate à calamidade pública* de âmbito nacional e ao pagamento da dívida pública", *não se aplica às fontes de recursos decorrentes das vinculações estabelecidas pelos arts.* 195, 198, 201, 212, 212-A e 239 da Constituição, conforme ressalva expressamente o II do § 2º do mesmo art. 167-F.

Esse panorama fático atestado pelos órgãos da Administração e da Fazenda estaduais demonstra que o Estado tem empregado, e continuará empregando, esforços orçamentários e financeiros necessários para o enfrentamento da pandemia. De outra ponta, as verbas recebidas da União para o enfrentamento da pandemia foram e têm sido devidamente aplicadas nesse desiderato. Agrega-se, nesse passo, a constatação do avanço na vacinação da população brasileira no decorrer de 2021, com previsão de imunização de toda a população adulta até o fim deste ano, o que tende a reduzir a pressão e as internações sobre a rede pública de saúde.

Nessas circunstâncias, fica patente que a proposta em análise não implicará qualquer colisão prática entre os direitos fundamentais sociais à saúde e à educação durante estado de calamidade pública, isto é, a emenda constitucional que se pretende seja aprovada pelo Parlamento estadual, com vistas à observância do dever constitucional afeto à educação, não acarretará prejuízo, oposição ou detrimento ao cumprimento do dever constitucional inerente à saúde e ao enfrentamento da pandemia que assola o país.

2) o Estado de Santa Catarina vem experimentado, ao longo do ano de 2021, excesso de arrecadação fiscal frente ao estimado na lei orçamentária.

As informações trazidas pelas Secretarias evidenciam que a proposta não coloca em risco a manutenção do equilíbrio fiscal do Estado, que, diferentemente dos primeiros meses da calamidade pública e devido ao *lockdown* decretado, vem obtendo excesso de arrecadação em

Este documento foi assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

2021, que não só reforçará os recursos vinculados à saúde, mas também deverá ser computado para fins de cumprimento dos gastos mínimos com a educação, por força do art. 69, §§ 3º e 4º, da LDB, de modo que as diferenças entre a receita e a despesa previstas e as efetivamente realizadas, que resultem no não atendimento do percentual mínimo obrigatório de 25%, deverão ser apuradas e corrigidas a cada trimestre do exercício financeiro.

Relata a Exposição de Motivos:

> Importa destacar, a partir do cenário econômico que se apresenta no Estado, o crescimento de 28,5% (vinte e oito inteiros e cinco décimos por cento) das receitas de impostos no primeiro semestre do exercício corrente, em cotejo com o mesmo período do exercício anterior. Estima-se, com base neste cenário, que a receita com impostos no exercício de 2021 apresentará incremento de 17,7% (dezessete inteiros e sete décimos por cento) a 20% (vinte inteiros por cento), em relação ao exercício de 2020. Considerando-se, pois, a vinculação constitucional estabelecida no art. 212 da Constituição Federal, este incremento irá refletir diretamente no acréscimo de aproximadamente R$ 1 bilhão nos recursos destinados à Educação.
>
> Registramos, por oportuno, que no exercício de 2020 foram computadas despesas com o pagamento de aposentadorias e pensões para fins de cumprimento do percentual de aplicação em Educação, no montante de cerca de R$ 400 milhões, situação que não poderá se repetir em 2021, tendo em vista o advento da Emenda Constitucional nº 108, que veda expressamente tal prática.

Vale consignar que a Lei n. 9.394/94, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação (LDB), dispõe, no art. 69, § 3º, que, para fixação inicial dos valores correspondentes aos percentuais mínimos, deve ser considerada a receita estimada na lei do orçamento anual, *ajustada, quando for o caso, por lei que autorizar a abertura de créditos adicionais, com base no eventual excesso de arrecadação.* O § 4º preceitua que "as diferenças entre a receita e a despesa previstas e as efetivamente realizadas, que resultem no não atendimento dos percentuais mínimos obrigatórios, *serão apuradas e corrigidas a cada trimestre do exercício financeiro*". Para fins de apuração dos valores aplicados em manutenção e desenvolvimento do ensino, são consideradas pelo TCE/SC as despesas liquidadas no exercício, acrescidas das despesas inscritas em restos a pagar, liquidadas ou não liquidadas, deduzindo-se aquelas sem disponibilidades financeiras e vinculadas à Manutenção e Desenvolvimento do Ensino – MDE, nos termos estabelecidos pelo art. 1° e § 1°, do mesmo artigo, da Decisão Normativa N. TC-02/2004.

Destaca-se, ainda, que Relatório divulgado em junho deste ano pela Secetaria do Tesouro Nacional (STN) informa que o governo de Santa Catarina cumpriu todas as metas e compromissos previstos no Programa de Reestruturação e Ajuste Fiscal (PAF) relativas ao ano de 2020. De acordo com a STN, órgão do Ministério da Economia, Santa Catarina atingiu os compromissos previstos sobre dívida consolidada, resultado primário, despesa com pessoal, arrecadação própria, gestão pública e caixa líquido

Tais compromissos referem-se às seis metas desse Programa, revistas anualmente: Relação Dívida Financeira / Receita Líquida Real; Resultado Primário (diferença entre as Receitas e as Despesas não Financeiras); Despesa com Funcionalismo Público; Receitas de Arrecadação Própria; Reforma do Estado, Ajuste Patrimonial e Alienações de Ativos; Despesas de Investimentos.

De acordo com a Secretaria de Estado da Fazenda, na primeira meta, que é a relação entre a *dívida consolidada e a Receita Corrente Líquida*, SC conseguiu reduzir o comprometimento de 109,9% em 2017 para 89,89% em 2020. Em *resultado primário*, o Estado conseguiu *superávit* de R$ 2,68 bilhões, no qual manteve o crescimento do ano anterior.

No caso de *despesas com pessoal* frente à Receita Corrente Líquida consolidada houve

Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

um *recuo* de 58,47% para 54,88%. Mas considerando somente as despesas com pessoal do poder executivo do Estado, elas atingiram 44,92% em 2020. Outro destaque foi a arrecadação. O Estado vem alcançando *aumento da arrecadação própria* que chegou a 76,15% no ano de 2020 enquanto em 2015 estava em 69,31%.

A evolução da receita de arrecadação própria indica o grau de *independência da receita estadual* em relação às receitas de transferências governamentais, permitindo que o Estado viabilize sua *sustentação financeira e fiscal com base nas receitas de sua competência*, evitando que flutuações nos valores dos repasses governamentais comprometam seu equilíbrio.

Além disso, a STN conferiu ao Estado nova classificação na nota de capacidade de pagamento de dívidas (Capag), subindo de C para B. Assim, passou a poder fazer financiamentos com aval da União junto a instituições financeiras.

Esses documentos oficiais expedidos pela STN comprovam a responsabilidade do Estado de Santa Catarina com a gestão fiscal e com o equilíbrio financeiro mesmo durante a pandemia.

3) O incremento de gastos e investimentos na área da educação, além de não poder absorver percentual de recursos superior ao previsto na lei, não se mostrará suficiente, até o final de 2021, para o atingimento da obrigação constitucional de aplicação de 25% da receita resultante de impostos e transferências, diante da recente vedação, promovida pela EC 108/2020, de usar tais recursos para pagamento de aposentadorias e de pensões, e da elevação de 60% para 70% a proporção do uso dos recursos do Fundeb para o pagamento da remuneração dos profissionais da educação básica em efetivo exercício na rede pública.

É o que se retira da Exposições de Motivos da proposta:

> Considerando-se este cenário – crescimento da arrecadação e impossibilidade de se computar despesas com o pagamento de aposentadorias e pensões – o Estado, no exercício corrente, deverá aumentar em aproximadamente R$ 1,2 bilhão a aplicação de recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino para fins de cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal, em relação aos valores executados no exercício de 2020.
>
> No entanto, a Secretaria de Estado da Educação (SED) apresenta para o exercício corrente uma perspectiva de gasto em custeio e investimento de aproximadamente R$ 1,6 bilhão em manutenção e desenvolvimento de ensino na própria SED e em outros órgãos e entidades que adotam políticas educacionais, tais como Fundação Catarinense de Educação Especial (FCEE), Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) e Polícia Militar do Estado de Santa Catarina (PMSC), entre outros, o que representa um aumento de R$ 600 milhões em relação ao custeio e investimento do exercício de 2020, quando seria necessário, para o cumprimento do art. 212 da Constituição Federal, pelo menos o dobro do acréscimo estimado, considerando-se as etapas de contratação e entrega de todos os projetos planejados.
>
> A ampliação da aplicação de recursos apenas no custeio e investimento, a par de apresentar-se improvável, não é recomendável. Isso porque outra inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 108 consiste na majoração do percentual de utilização dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) no pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício, passando de 60% para 70%.
>
> A ampliação do gasto em custeio e investimento, tão somente, incide no não cumprimento dessa diretriz quanto à utilização dos recursos do FUNDEB. No mais recente Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO), que abrange o período de janeiro a abril de 2021, essa proporção era de 62,33%, ou seja, aquém ao percentual exigido pela atual redação da Constituição Federal, o que deve ser corrigido.

...nado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

> Portanto, com os recursos adicionais a serem desembolsados com ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, a valorização do magistério público estadual se apresenta como alternativa meritória, justa e pertinente.

Caracterizará irresponsabilidade financeira e política do Estado eventual descumprimento dos arts. 212 e 212-A da Constituição, na redação dada pela EC 108/2020, que instituiu o novo Fundeb, o que se vislumbra caso os gastos e investimentos realizados no ano corrente não sejam complementados mediante a concessão de remuneração mínima e condigna dos professores.

Sobretudo, porque a *mens legis* da LC 173 foi de garantir recursos financeiros para o combate da pandemia num contexto de eventual redução da arrecadação decorrente das medidas restritivas à circulação e ao comércio. Logo, na conjuntura atual, de crescimento da arrecadação tributária estadual, de alocação de recursos necessários e suficientes ao enfrentamento da COVID-19 e de vacinação em curso, avulta como desproporcional e irrazoável eventual omissão, de índole constitucional, na obediência ao comando derivado do próprio Poder Constituinte.

Em suma, o Estado de Santa Catarina apresenta-se autossuficiente, capaz de cumprir suas atribuições financeiras, e diligenciando em busca de uma maior arrecadação dentro do seu próprio orçamento. Não se pode admitir, nesse contexto, que o Estado venha a "ser punido" pela ausência de crise fiscal ou pelo excesso arrecadatório obtido durante a pandemia, sendo-lhe obstado envidar todos os meios e esforços necessários, para além dos já implementados, ao atendimento da vinculação constitucional de percentual mínimo com a educação de acordo com Emenda Constitucional superveniente à LC 173/2020.

Nessas circunstâncias, frente a todo o exposto, e à ocorrência de *distinguish* com a tese fixada no Tema 1137 pelo STF, compreende-se que não há que se falar, pois, em inconstitucionalidade do art. 8º, especialmente seu inciso I, da LC 173, já afastada pelo STF, mas na não aplicabilidade dos seus ditames especificamente aos servidores públicos da área da educação, em virtude da superveniência da Emenda Constitucional n. 108/2020, que regulamentou o novo Fundeb e alterou dispositivos constitucionais relativos à educação, com relevantes repercussões para os Estados, entre elas a vedação, doravante, de usar os recursos para o pagamento de aposentadorias e pensões dos professores.

Assim, conclui-se, salvo melhor juízo, que a minuta em análise não apresenta vício de ilegalidade, revestindo-se de plena juridicidade.

7. Dos requisitos da Lei de Responsabilidade Fiscal

Consta dos autos o necessário estudo prévio da situação orçamentária e financeira do Estado, certificando a disponibilidade de recursos financeiros e observância da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000).

A exposição de motivos da PEC em análise evidencia que a implementação da remuneração mínima dos professores obedecerá ao disposto no art. 169 da CRFB e no art. 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal, respeitando o limite de despesas com pessoal.

Além disso, cumpre as exigências da LC 101/2000, tendo sido demonstrada a origem dos recursos para seu custeio mediante a comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, bem como que seus efeitos financeiros serão compensados nos períodos seguintes, pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

Verifica-se que o processo administrativo está devidamente acompanhado de Declaração de Estimativa de Impacto Financeiro decorrente da implementação da PEC nos exercícios de 2021, 2022 e 2023.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2021 (Lei n. 17.996/2020) *excluiu dos limites estabelecidos para as despesas primárias correntes* (que tomam por base a despesa primária

Este documento foi assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA

corrente empenhada do exercício financeiro de 2019, acrescida da inflação apurada pelo IPCA) as despesas classificadas como precatórios e as despesas das funções de saúde e *educação*, de acordo com a Portaria nº 42, de 14 de abril de 1999, do Ministério da Economia. (art. 31, § 3º).

Já o art. 56 da LDO/2021 dispões que os projetos de lei relacionados a aumento de gastos com pessoal e encargos sociais, inclusive transformação de cargos, deverão ser acompanhados de: I – declaração do proponente e do ordenador de despesas, com as premissas e a metodologia de cálculo utilizada, conforme estabelecem os arts. 16 e 17 da Lei Complementar federal nº 101, de 2000; II – simulação que demonstre o impacto da despesa com a medida proposta, destacando ativos e inativos; e III – pareceres técnicos da Secretaria de Estado da Administração (SEA) e da SEF, órgãos centrais dos Sistemas Administrativos de Gestão de Pessoas e de Administração Financeira e Contabilidade, respectivamente.

O parágrafo único estabelece que os projetos de lei de que trata o *caput* deste artigo não poderão conter dispositivos com efeitos financeiros retroativos a exercícios financeiros anteriores à sua entrada em vigor.

De acordo com a minuta apresentada, contudo, o termo inicial considerado para o início da vigência da proposta é fevereiro de 2021, portanto, sem efeitos financeiros retroativos a exercícios financeiros.

Cabe ressalvar que a Constituição Federal não veda a eficácia retroativa das leis, salvo, é claro, se prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), garantias fundamentais que são. Na seara tributária, a CRFB veda expressamente a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (art. 150, III, "a"). E, na esfera penal, a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), chamada pelos doutrinadores de "lei das leis", reza no seu art. 6º que a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

As leis devem, em regra, possuir efeitos concretos prospectivos, devendo a retroatividade ser tratada como medida de excepcionalidade para atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, à vista no art. 5º da mesma LINDB, e desde que não arranhadas a legalidade e a moralidade administrativa.

Destarte, a excepcional retroatividade de efeitos financeiros deverá, em primeiro lugar, estar autorizada por lei, não podendo, nunca, ser presumida. *In casu,* o requisito é preenchido ante a previsão expressa, na minuta de PEC, e a retroação está circunscrita ao exercício financeiro corrente, em obediência à LDO estadual.

Em segundo lugar, a proposta de lei deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, e ser motivada pelos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum, não podendo servir como mecanismo para malferir a moralidade administrativa. Tais requisitos, salvo melhor juízo, encontram-se satisfeitos frente aos elementos fáticos-jurídicos evidenciados na exposição de motivos, realçando-se, ainda, que a proposta almeja dar conta do cumprimento de mudança abrupta ocorrida nas regras constitucionais, desacompanhada de cláusula ou regime de transição para seu eficaz acatamento, assim como a imprevisibilidade do percentual de aumento de arrecadação anual em relação ao estimado.

Nesse sentido, encontram-se os Prejulgados 575 e 2045 do TCE/SC, este último que assim enuncia:

> Segundo a jurisprudência dominante, a eficácia normativa retroativa é admitida como exceção no ordenamento jurídico pátrio, requerendo, por isso, expressa disposição do texto lega, porquanto não se presume, e necessitando, ainda, respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.
> [...]

Assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

> Todavia, ao discorrer sobre a retroatividade de leis, os Tribunais, de forma majoritária, vem admitindo sua possibilidade jurídica na forma de exceção, desde que haja expressa disposição no texto legal, posto que não se presume, além do dever de respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme art. 5°, XXXVI da Constituição Federal e art. 6° da Lei de Introdução ao Código Civil.
> [...]
> A propósito, José Afonso da Silva assenta:
>
> Vale dizer, portanto, que a Constituição não veda a retroatividade da lei, a não ser da lei penal que não beneficie o réu. Afora isto, o princípio da irretroatividade da lei não é de Direito Constitucional, mas princípio geral de Direito. Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos, quando elas próprias o estabeleçam (vedado em matéria penal, salvo a retroatividade benéfica ao réu), resguardados os direitos adquiridos e as situações consumadas evidentemente. (Processo n. 900730021, Parecer COG 014/10)

Nesse tópico, colhe-se precedente do E. STF:

> [...] O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao "status libertatis" da pessoa (CF, art. 5. XL), (b) ao "status subjectionais" do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, "a") e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5., XXXVI). - Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. - As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade;
> [...]
> Não questiono a afirmação de que, em princípio, as leis devem sempre dispor para o futuro. Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos – com o que romperia a estabilidade e a segurança que devem reger as relações jurídicas no domínio social –, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo.
>
> (STF. Adin 605 MC/DF. Tribunal Pleno. J. em 23/10/91. DJ. 05/03/93. Rel. Min. Celso de Mello).

Do Superior Tribunal de Justiça, colaciona-se, ilustrativamente:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RETROOPERÂNCIA DE NORMA LEGAL QUE ALTERA A FORMA DE RETRIBUIÇÃO FINANCEIRA DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL. MP 43/2002 E LEI 10.549/2002. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA RETROAÇÃO NORMATIVA TOTAL OU COMPLETA DA LEI AFLUENTE. RETROAÇÃO APENAS PARCIAL. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO.
> 1. A retroatividade normativa é sem dúvida alguma admitida no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se pode extrair do art. 1o. da Lei de Introdução ao Código Civil, mas se requer (a) que haja expressa disposição nesse sentido e (b)

Documento assinado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

> que sejam respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (arts. 5o., XXXVI da Carta Magna e 6o. da LICC); entende-se por retroativa a norma que produz efeitos quanto a fatos anteriores à sua edição. [...] (AgRg no REsp 1273619/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, julgado em 05/06/2012, DJe 29/06/2012)

É da jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

> A retroatividade normativa é sem dúvida alguma admitida no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se pode extrair do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, mas se requer (a) que haja expressa disposição nesse sentido e (b) que sejam respeitados o direito adquirido, o ato perfeito e a coisa julgada (arts. 5º, XXXVI da Carta Magna e 6º da LICC); entende-se por retroativa a norma que produz efeitos quanto a fatos anteriores à sua edição. (STJ, REsp 963680/RS, Min. Napoleão Nunes Maia Filho). (Apelação Cível n. 2009.047110-3, de Capital Relator: Luiz Cézar Medeiros. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Público. Data: 03/02/2010).

Invoca-se o Parecer n. 320/20, desta COJUR, exarado pelo Procurador do Estado Rafael do Nascimento, salientando que, quanto ao ponto da eficácia da lei no tempo, a previsão da aplicação da norma a fatos pretéritos não viola a Constituição.

Por último, pelo art. 7º da minuta de PEC, o Poder Legislativo autoriza o Poder Executivo a promover alterações no Plano Plurianual bem como na Lei Orçamentária Anual, ante a necessidade de remanejamento de dotações e abertura de créditos adicionais por excesso de arrecadação, efetivo e projetado, tudo para fins de cumprimento da garantia de remuneração mínima de que trata, pelo acréscimo proposto, o art. 58 do ADCT da Constituição do Estado.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina-se no sentido da regularidade formal da minuta de Proposta de Emenda à Constituição do Estado, bem como pela sua constitucionalidade formal e material, não havendo óbice ao encaminhamento à Casa Civil.

É a manifestação que se submete à consideração superior.

EVANDRO RÉGIS ECKEL
Procurador do Estado

...nado digitalmente. Para conferência, acesse o site https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo e informe o processo SEA 00007114/2021 e o código DLH42T26.

Terceira seção
Estatísticas

INFORMAÇÕES ESTATÍSTICAS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA 2020-2021

Em 2020, o Governo do Estado implementou o programa de Monitoramento de Resultados Estratégicos, que tem por finalidade acompanhar o aprimoramento da gestão pública e medir os resultados entregues à sociedade catarinense, buscando tornar Santa Catarina o melhor lugar para se viver, visitar, trabalhar e empreender. São, ao todo, 269 indicadores estratégicos, de diferentes órgãos da Administração Estadual, distribuídos nas áreas de gestão pública, infraestrutura e mobilidade, desenvolvimento econômico sustentável e desenvolvimento social, que são acompanhados mês a mês.

A Procuradoria-Geral do Estado está inserida no grupo de gestão pública e se integra a esse Programa por meio da gestão de três indicadores:

- Litigiosidade na Saúde,
- Litigiosidade Administrativa e
- Arrecadação da Dívida Ativa.

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.

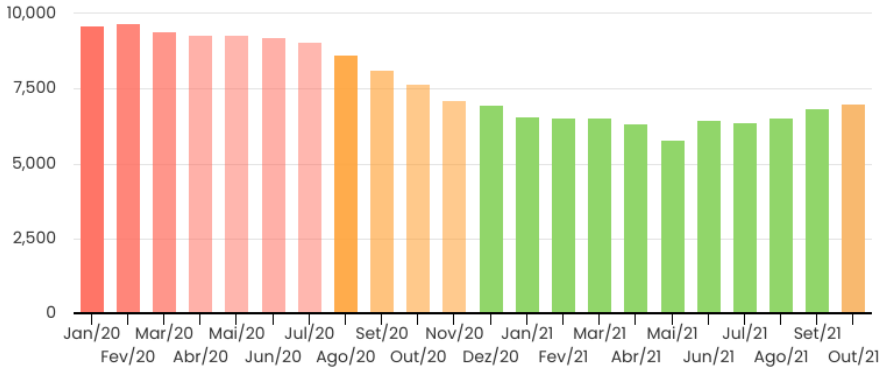
Por fim, há o indicador **Arrecadação da Dívida Ativa**. O propósito desse indicador estratégico é medir, em relação aos últimos 12 meses, a efetividade do esforço de cobrança judicial e administrativa de débitos inscritos em dívida ativa empreendido pela PGE, propiciando o planejamento de novas ações e projetos que possam impactar positivamente o resultado.

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 2020.

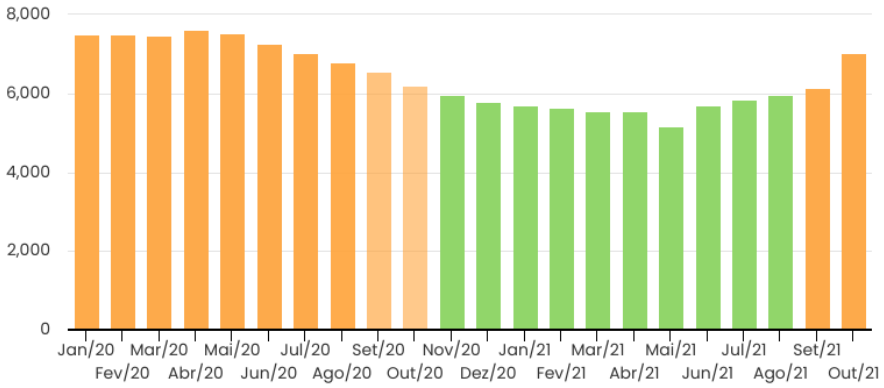
Indicador de Litigiosidade Administrativa

Este indicador é medido pela quantidade de novos processos judiciais envolvendo servidores públicos e contratos administrativos nos últimos 12 meses.

- 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



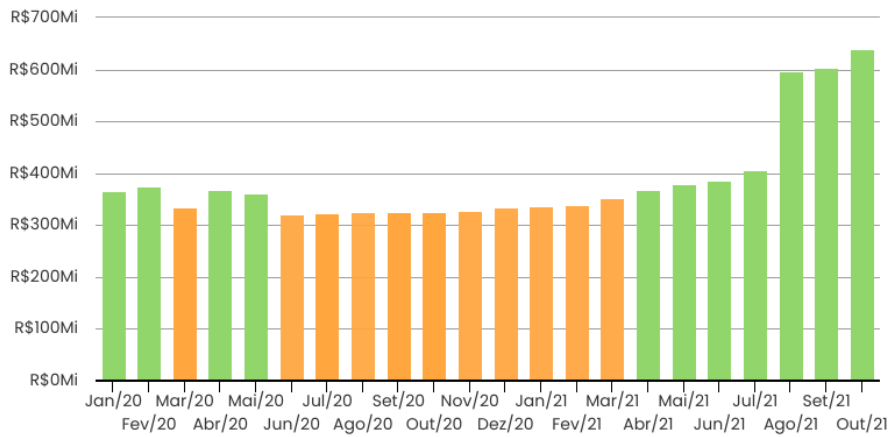
Indicador de Litigiosidade na Saúde



Este indicador é medido pela quantidade de novos processos judiciais envolvendo litígios na área da saúde nos últimos 12 meses

- Nível de Excelência - abaixo de 6.000 novos processos
- Nível de Mercado - entre 6.000 e 8.000 novos processos
- Nível Comprometedor- acima de 8.000 novos processos

Indicador de Arrecadação da Dívida Ativa



(em milhões de Reais)

- Nível de Excelência - acima de 360 milhões
- Nível de Mercado - entre 360 a 300 milhões
- Nível Comprometedor - abaixo de 300 milhões

APÊNDICE

Indicador de Litigiosidade Administrativa

2020	Valor do Indicador	2021	Valor do Indicador
Janeiro	9604	**Janeiro**	6570
Fevereiro	9670	**Fevereiro**	6534
Março	9431	**Março**	6554
Abril	9304	**Abril**	6331
Maio	9299	**Maio**	5779
Junho	9216	**Junho**	6448
Julho	9054	**Julho**	6374
Agosto	8651	**Agosto**	6519
Setembro	8113	**Setembro**	6843
Outubro	7682	**Outubro**	7015
Novembro	7108		
Dezembro	6951		

Indicador de Litigiosidade na Saúde

2020	Valor do Indicador	2021	Valor do Indicador
Janeiro	7492	**Janeiro**	5699
Fevereiro	7509	**Fevereiro**	5630
Março	7462	**Março**	5548
Abril	7615	**Abril**	5555
Maio	7530	**Maio**	5175
Junho	7254	**Junho**	5701
Julho	7030	**Julho**	5838
Agosto	6786	**Agosto**	5960
Setembro	6556	**Setembro**	6128
Outubro	6197	**Outubro**	6238
Novembro	5949		
Dezembro	5794		

Indicador de Arrecadação da Dívida Ativa

2020	Valor do Indicador (em milhões de Reais)	2021	Valor do Indicador (em milhões de Reais)
Janeiro	366	**Janeiro**	336,10
Fevereiro	374	**Fevereiro**	337,96
Março	335	**Março**	351,81
Abril	368,74	**Abril**	367,75
Maio	360,79	**Maio**	379,24
Junho	320,14	**Junho**	386,85
Julho	322,98	**Julho**	405,55
Agosto	324,92	**Agosto**	596,82
Setembro	324,66	**Setembro**	602,99
Outubro	324,86	**Outubro**	639.72
Novembro	328,08		
Dezembro	335,24		

emais editora
PGE SC
GOVERNO DE SANTA CATARINA